



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**EL ACOSO MORAL LABORAL A LA LUZ DE LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

TESIS DE DOCTORADO

Alexandre Corrêa da Cruz

Sevilla

2021

**EL ACOSO MORAL LABORAL A LA LUZ DE LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

Alexandre Corrêa da Cruz

**Tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la
Universidad Pablo de Olavide, como requisito para obtención de grado de Doctor.**

Director de Tesis: Prof. Dr. Rafael Gómez Gordillo

Sevilla

2021

Universidad Pablo de Olavide

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

La Comisión Examinadora, abajo firmante, aprueba la Tesis de Doctorado

El acoso moral laboral a la luz da la teoría crítica de los derechos humanos

Elaborada por

Alexandre Corrêa da Cruz

Como requisito parcial para a obtención del título de Doctor.

Comisión Evaluadora

.....

Prof. Dr.

.....

Prof. Dr.

.....

Prof. Dr.

Sevilla 2021.

Agradecimientos

A las/los queridas/queridos Profesoras/Profesores del
Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la
Universidad Pablo de Olavide, por darnos la esperanza de
un mundo mejor;

Al estimado Profesor Rafael Gómez Gordillo, un
verdadero “gentleman”, por su guía segura y objetiva;

Al estimado Profesor Leandro do Amaral Dorneles, por la
orientación juiciosa desde Brasil;

A estimada Profesora Carol Proner, por el incentivo de
volver aos bancos académicos;

Al estimado profesor Wilson Ramos Filho (“Xixo”),
siempre guiándonos, por la generosidad;

Al estimado colega Luiz Alberto de Vargas, por sacarme
de la inercia paralizante post golpe;

A querida amiga Rose de Azevedo, por la ayuda
incansable;

A mis queridos amigos y familiares, por todo.

*Agradecimiento especial
Al profesor Joaquín Herrera Flores,
"en memoria",
por permitirnos una nueva forma
de pensar en los derechos humanos.*

“[...] La vida continuará, lo queramos o no, después de nuestro paso por ella. Los bosques seguirán produciendo oxígeno y frutos. Los mares continuarán aportándonos lluvia y sal. La gente que amamos, seguirá amándonos, quizá aún más que cuando estábamos aquí con ellos. El árbol, la gota de agua, el sentimiento de amor estarán siempre ahí coloreando la vida con todos los colores del arco iris y con todas las miserias de nuestras necesidades. Nada es más alto o más pequeño. Todo es lo vivo, lo que perdura, lo que nos acoge y lo que nos recoge”.

Joaquín Herrera Flores

“Nas sociedades do nosso mundo ocidental altamente industrializado, o posto de trabalho constitui o último campo de batalha em que uma pessoa pode matar a outra sem nenhum risco de chegar às barras de um tribunal”.

Heinz Leymann

LISTADO DE SIGLAS

ADCT	Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias
Art.	Artículo
c/c	combinado con
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica
CCB	Código Civil Brasileño
CDC	Código de Defensa al Consumidor
CF	Constitución Federal
CR	Constitución de la República
CIPA.	Comisión Interna de Prevención de Accidentes
CLT.	Consolidación de Leyes del Trabajo
CNPS	Consejo Nacional de la Previdencia Social
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CTN	Código Fiscal Nacional
CTPS	Tarjeta de Trabajo y Seguro Social
DI.	Decreto ley
Ed.	Edición
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
FGTS	Fondo de indemnización por Despido
NR	Norma reglamentaria
p.	página
Rel.	Relator(a)
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SDI	Sección de Demandas Individuales
TRT	Tribunal Regional del Trabajo
TST	Tribunal Superior del Trabajo
Vol.	volumen

RESUMEN

El acoso moral laboral o el psicoterror laboral es un fenómeno que ocupa cada vez más la agenda de los Juzgados y a la doctrina. El acoso constituye una conducta abusiva y perversa, que se puede manifestarse a través de diferentes mecanismos de desvalorización del ser humano, de forma sistemática y frecuente, por lo general practicado por el empleador o por su representante, dentro de un contexto de sometimiento (jerarquía), que afecta un empleado o a un grupo de empleados, con el claro objetivo de desestabilizar la salud mental del trabajador para que éste produzca más, o sea anulado o excluido del mundo del trabajo, considerándolo un ser humano de segunda clase y, por lo tanto, sin derecho a ejercer su dignidad. El problema propuesto es en qué medida el acoso moral en el lugar de trabajo constituye o no una forma de violación de los derechos humanos a la luz de la teoría crítica de los derechos humanos. El método utilizado será dialéctico, con los métodos históricos y tipológicos de apoyo. En relación al tipo de investigación, debe ser cualitativa y teórica, siendo, en relación a los objetivos, preponderantemente explicativa y exploratoria. En cuanto al objeto, la investigación será bibliográfico-documental. La concepción tradicional de derechos humanos, por razón de su comprometimiento con el poder hegemónico, no plantea respuestas a las nuevas prácticas deshumanizadoras que surgen en el ambiente de trabajo. La práctica del psicoterror laboral es el producto de un proceso cultural cerrado, basado en el significado de la subordinación subjetiva o personal, y busca el mantenimiento del poder “absoluto” del empresario sobre sus bienes y sobre las personas dentro de la empresa. Esa práctica se manifiesta por medio de actitudes deshumanas que dejan en evidencia la desvalorización o la falta de respeto hacia otro ser humano. La teoría crítica de los derechos humanos debe proceder a la desestabilización de la práctica del acoso capitalista, por medio de propuestas de emancipación o antihegemónicas. El objetivo del análisis del fenómeno por parte de Diamante Ético, como un marco pedagógico de acción, es permitir la visualización del psicoterror laboral como algo típico del actual modelo capitalista de producción y buscar, como resultado obtenido de la investigación, alternativas de prevención y represión, a través de medidas de sesgo emancipatorio de naturaleza teórica y pragmática, con la última finalidad de lograr la dignidad de los trabajadores que sufren ese acoso.

Palabras clave: Acoso Moral. Teoría Crítica. Derechos Humanos. Derecho del Trabajo. Dignidad de la Persona Humana. Trabajo Digno. Diamante Ético. Prácticas Emancipadoras.

RESUMO

O assédio moral trabalhista ou psicoterror laboral é um fenômeno que cada vez mais tem ocupado a agenda dos Tribunais e doutrinadores. O assédio constitui uma conduta abusiva e perversa, que pode ser expressa por diversas formas de desvalorização do ser humano, de maneira sistemática e frequente, geralmente praticada pelo empregador ou por seu representante, em um contexto de submissão (hierarquia), direcionada a um empregado ou grupo de empregados, com notório intuito desestabilizar a saúde psíquica do trabalhador, para que ele produza mais, ou seja anulado ou excluído do mundo do trabalho, de forma a considerá-lo um ser humano de segunda categoria, sem direito, portanto, ao exercício de sua dignidade. O problema proposto é em que medida o assédio moral laboral constitui ou não uma forma de violação dos direitos humanos à luz da teoria crítica dos direitos humanos. O método utilizado será dialético, tendo como suporte o método histórico e tipológico. Em relação ao tipo de pesquisa, deve ser qualitativa e teórica, sendo, em relação aos objetivos, predominantemente explicativa e exploratória. Quanto ao objeto, a pesquisa será bibliográfico-documental. A concepção tradicional de direitos humanos, em virtude do seu comprometimento com o poder hegemônico, não apresenta resposta às novas práticas desumanas que se tornam visíveis no ambiente de trabalho. A prática do psicoterror laboral é o produto de um processo cultural fechado, que se baseia no signo da subordinação subjetiva ou pessoal, e busca a manutenção do poder “absoluto” do empresário sobre os bens e pessoas dentro da empresa, executado-se através de atos desumanos, os quais traduzem um desvalor ou desrespeito a outro ser humano. A teoria crítica dos direitos humanos deve proceder à desestabilização da prática assediadora do capitalista, através de propostas emancipatórias ou contra-hegemônicas. O objetivo da análise do fenômeno pelo Diamante Ético, como referencial pedagógico para a ação, é permitir a visualização do psicoterror ocupacional como algo típico do atual modelo de produção capitalista e buscar, como resultado obtido da investigação, alternativas para prevenção e repressão, por meio de medidas de viés emancipatório de cunho teórico e pragmático, com o objetivo último de alcançar a dignidade dos trabalhadores que sofrem tal assédio.

Palavras-chave: Assédio Moral. Teoria Crítica. Direitos Humanos. Direito do Trabalho. Dignidade da Pessoa Humana. Trabalho Digno. Diamante Ético. Práticas Emancipatórias.

ABSTRACT

Workplace harassment or bullying is a phenomenon that has been taking up increasingly more time in the agendas of Courts and jurists. Bullying consists of abusive and unreasonable conduct, which can be expressed in diverse forms of devaluation of the human being in a systematic and frequent manner. Generally practiced by the employer or their representative, it is carried out in a context of submission (hierarchy), directed at an employee or group of employees, with the full intent of disestablishing the psychiatric health of the employee, so that he/she may produce more, or may be excluded from the work environment, in a manner that would imply that this person is second class human being, and therefore without the right to exercise dignity. The proposed problem is to what extent workplace moral harassment constitutes or not a form of human rights violation in light of the critical theory of human rights. The method used will be dialectical, with the historical and typological methods of support. In relation to the type of research, it must be qualitative and theoretical, being, in relation to the objectives, predominantly explanatory and exploratory. Regarding the object, the research will be bibliographic-documentary. The traditional concept of human rights, in view of its commitment to the hegemonic power, does not present answers to the new inhuman practices that have become common place in the work environment. The practice of workplace harassment is the product of a closed cultural process, based on the idea of subjective or personal subordination, and strives for the maintenance of the manager's "absolute" power over goods and personnel within a company, being exemplified through inhuman acts, which translate as devaluation of or disrespect for another human being. The critical theory of human rights should follow the disestablishment of capitalist practice of harassment, through emancipatory or anti-hegemonic proposals. The objective of the analysis of the phenomenon by Diamante Ético, as a pedagogical framework for action, is to allow the visualization of occupational psychoterror as something typical of the current capitalist model of production and to seek, as a result obtained from the investigation, alternatives for prevention and repression, through measures of emancipatory bias of a theoretical and pragmatic nature, with the ultimate aim of achieving the dignity of the workers who suffer such harassment.

Key words: Workplace Harassment. Critical Theory. Human Rights. Labor Law. Human Dignity. Dignified Work. Ethical Diamond. Emancipatory Practices.

RIASSUNTO

Il mobbing sul lavoro o maltrattamento psicologico nell'ambiente di lavoro è un fenomeno che sempre più spesso occupa l'agenda dei Tribunali e degli educatori. Il mobbing è un comportamento abusivo e perverso che può manifestarsi sotto diverse forme dequalificanti dell'essere umano in modo sistematico e frequente, generalmente praticato dal datore di lavoro o da un suo rappresentante, in un contesto di sottomissione (gerarchia), nei confronti di un lavoratore o un gruppo di lavoratori, con il noto intuito di destabilizzare la salute psichica del lavoratore, perché sia annullato o escluso dall'ambiente di lavoro, in modo da considerarlo una persona di seconda categoria senza diritto, pertanto, all'esercizio della propria dignità. Il problema proposto è fino a che punto la molestia morale sul posto di lavoro è o non è una forma di violazione dei diritti umani alla luce della teoria critica dei diritti umani. Il metodo utilizzato sarà dialettico, supportato dal metodo storico e tipologico. In relazione al tipo di ricerca, essa deve essere qualitativa e teorica, essendo, in relazione agli obiettivi, prevalentemente esplicativa ed esplorativa. Per quanto riguarda l'oggetto, la ricerca sarà bibliografica-documentaria. Il concetto tradizionale dei diritti dell'uomo, a causa del proprio legame con il potere egemonico, non fornisce una risposta alle nuove pratiche disumane presenti e visibili nell'ambiente di lavoro. La pratica del mobbing nell'ambiente di lavoro è il prodotto di un processo culturale chiuso, basata nella subordinazione soggettiva o personale, allo scopo di mantenere il potere "assoluto" dell'imprenditore nei confronti dei beni e delle persone all'interno della ditta, attraverso azioni disumane che traducono la mancanza di rispetto o discredito nei confronti dell'altra persona. La teoria critica dei diritti dell'uomo deve procedere alla destabilizzazione della pratica vessatoria del capitalista attraverso delle proposte di emancipazione o contro egemoniche. Lo scopo dell'analisi del fenomeno da parte del Diamante Etico, come quadro pedagogico d'azione, è quello di consentire la visualizzazione dello psicoterrorismo occupazionale come qualcosa di tipico dell'attuale modello di produzione capitalistica e di ricercare, a seguito dell'indagine, alternative per la prevenzione e repressione, attraverso misure di emancipazione di natura teorica e pragmatica, con l'obiettivo ultimo di conseguire la dignità dei lavoratori che subiscono tali vessazioni.

Parole chiave: Mobbing. Teoria Critica. Diritti Umani. Diritto del Lavoro. Dignità della Persona. Lavoro Degno. Diamante Etico. Pratiche di Emancipazione.

RÉSUMÉ

Le harcèlement moral au travail, ou psychoterreur, est un phénomène qui occupe de plus en plus de place dans l'ordre du jour des tribunaux et des juristes. Il constitue une conduite abusive et perverse qui peut s'exprimer par différentes formes de dépréciation de l'être humain, de manière systématique et fréquente. Il est généralement pratiqué par l'employeur ou son représentant, dans un contexte de soumission (hiérarchie) et dirigé contre un employé, ou groupe d'employés, dans le but manifeste de déstabiliser sa santé psychique, de l'annuler ou de l'exclure du monde du travail, jusqu'à ce qu'il soit considéré comme un être humain de seconde catégorie, sans droit, donc, à l'exercice de sa dignité. Le problème proposé est de savoir dans quelle mesure le harcèlement moral au travail constitue ou non une forme de violation des droits de l'homme à la lumière de la théorie critique des droits de l'homme. La méthode utilisée sera dialectique, appuyée par la méthode historique et typologique. Par rapport au type de recherche, elle doit être qualitative et théorique, étant, par rapport aux objectifs, majoritairement explicative et exploratoire. Quant à l'objet, la recherche sera bibliographique-documentaire. En raison de son engagement aux côtés du pouvoir dominant, la conception traditionnelle des droits de l'homme ne présente aucune réponse à ces nouvelles pratiques inhumaines en milieu de travail. L'exercice de la psychoterreur est le produit d'un processus culturel fermé placé sous le signe de la subordination subjective ou personnelle. Il cherche à maintenir le pouvoir « absolu » de l'entrepreneur sur les biens et personnes à l'intérieur de son entreprise et a recours à des actes inhumains. Il traduit donc une dévalorisation ou un manque de respect envers un autre être humain. La théorie critique des droits de l'homme doit fragiliser la pratique de harcèlement du capitaliste au moyen de propositions émancipatrices ou contre-hégémoniques. L'objectif de l'analyse du phénomène par Ethical Diamond, en tant que cadre pédagogique d'action, est de permettre la visualisation de la psychoterreur professionnelle comme quelque chose de typique du modèle actuel de production capitaliste et de rechercher, à la suite de l'enquête, des alternatives de prévention et la répression, à travers des mesures émancipatrices de nature théorique et pragmatique, dans le but ultime d'atteindre la dignité des travailleurs qui subissent un tel harcèlement.

Mots-clefs: Harcèlement moral. Théorie Critique. Droits de L'homme. Droit du Travail. Dignité de la Personne Humaine. Travail Digne. Diamante Ético. Pratiques Émancipatrices.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
1 EL CONTEXTO HISTÓRICO JURÍDICO DEL TRABAJO SUBORDINADO COMO SUSTRATO LEGITIMADOR DEL ACOSO MORAL LABORAL	24
1.1 Evolución histórica normativa del trabajo subordinado	25
1.1.1 Trabajo subordinado en la antigüedad	25
1.1.2 Trabajo subordinado en la Edad Media	31
1.1.3 Trabajo subordinado en tiempos modernos y codificación	37
1.1.4 Trabajo subordinado en Brasil y la formación de su estructura normativa	42
1.2 De la institucionalidad al contractualismo: el surgimiento del concepto de subordinación.....	52
1.2.1 Teorías civilistas	52
1.2.2 Teorías laborales.....	59
1.2.3 Teoría recibida en el ordenamiento jurídico brasileño	69
1.2.4 La (aparente) evolución del concepto de subordinación	72
1.3 La consagración jurídica de la concepción subjetiva de la subordinación como legitimadora del acoso laboral.....	76
1.3.1 La construcción jurídica del concepto de subordinación.....	78
1.3.2. Especies de subordinación.....	85
1.3.3 La subordinación subjetiva o personal	89
1.3.4 La apropiación del subjetivismo del trabajador.....	93
1.4 El esfuerzo de la doctrina hegemónica en la construcción de la estructura del negocio jurídico de empleo.	97
1.4.1 La construcción dogmática del negocio jurídico	98
1.4.2 El negocio jurídico laboral	103
1.4.3 La subordinación como elemento categórico inderogable	115
1.4.4 El artificialismo de la construcción hegemónica.....	119
2 LA VISIBILIZACIÓN DEL FENÓMENO DE ACOSO MORAL LABORAL Y LA INSUFICIENCIA DEL PROCESO CULTURAL REGULADOR	123
2.1 Revelando el acoso moral laboral en su estática	124
2.1.1 Concepto y origen etimológico del acoso moral	127
2.1.2 Delimitación negativa del fenómeno	133

2.1.3 Elementos del acoso laboral	137
2.1.4 Morfología del acoso laboral	141
2.2 La dinámica del acoso moral laboral	148
2.2.1 Formas de externalización del acoso moral	148
2.2.2 Etapas del acoso moral	152
2.2.3 Efectos del acoso en la salud del trabajador	154
2.2.4 Visión multidisciplinar del fenómeno	160
2.3 El proceso cultural regulador	167
2.3.1 Cultura y proceso cultural.....	167
2.3.2 Proceso cultural como metodología de acción social	171
2.3.3 Tipos de proceso cultural.....	174
2.3.4 Carencia del proceso cultural regulador o ideológico	177
2.4 La insuficiencia del sistema jurídico positivo.....	180
2.4.1 Monismo legal y fosilización de las normas	180
2.4.2 Obstáculos a la incidencia de las normas internacionales	183
2.4.3 La falta de credibilidad en los valores y principios constitucionales	187
2.4.4 La deficiencia de las normas infraconstitucionales	190
3 LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA MEDIANTE LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FORMA DE DESESTABILIZAR EL PSICOTERROR LABORAL.....	198
3.1 Concepción clásica de los derechos humanos.....	199
3.1.1 Origen histórico de los derechos humanos	199
3.1.2 Internacionalización de los derechos humanos	205
3.1.3 "Generaciones" de derechos	214
3.1.4 Características de los Derechos Humanos.....	221
3.2 Las trampas generadas por el diseño clásico	227
3.2.1 Universalismo y eurocentrismo	227
3.2.2 Tesis generacional	231
3.2.3 Economicismo	236
3.2.4 Determinismo y naturalismo	239
3.3 Concepción crítica de los derechos humanos	240
3.3.1 Complejidad de los derechos humanos	242
3.3.2 Condiciones y deberes de una teoría crítica de los derechos humanos	245
3.3.3 La dignidad de la persona humana y el trabajo decente	246
3.3.4 El acoso laboral desde la perspectiva de la teoría crítica de los derechos humanos	255
3.4 El diamante ético.....	259
3.4.1 Compromiso político-teórico.....	259
3.4.2 Construcción alternativa	262
3.4.3 Teoría impura	265
3.4.4 El acoso moral y el diamante ético	267
4 PROPUESTAS DE SESGO DE TRANSFORMACIÓN EMANCIPATIVA BASADAS EN LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	275
4.1 Cambios teórico-dogmáticos.....	276
4.1.1 El cambio de paradigma resultante de la construcción de la concepción objetiva de subordinación.....	276
4.1.2 Abandonando los restos del institucionalismo	281
4.1.3 Rechazo del poder de castigar al empleado.....	282
4.1.4 El algoritmo de riqueza humana	285
4.2 Proceso cultural regulatorio abierto o flexible.....	289

4.2.1 La función social del contrato	290
4.2.2 El abuso de derecho y la buena fe objetiva	293
4.2.3 Acciones colectivas	298
4.2.4 Cosa juzgada flexible.....	303
4.3 El Convenio 190 de la OIT y su potencial emancipatorio.....	305
4.3.1 Propedéutica convencional	306
4.3.2 Principios informadores.....	309
4.3.3 Efectividad del convenio	314
4.3.4 Interseccionalidad e inclusión	318
4.4 La participación del Estado y la sociedad contra el acoso moral laboral	321
4.4.1 La "derecha concursada" y la necesidad de una formación crítica en derechos humanos	322
4.4.2 El compliance social como forma de implementar un medio ambiente saludable.....	325
4.4.3 El papel de los sindicatos y el empoderamiento de los trabajadores	327
4.4.4 La participación de universidades, media y redes sociales	330
CONCLUSIONES	334
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	345
ANEXO I.....	365
ANEXO II.....	370
ANEXO III	402
ANEXO IV	404

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene por objetivo analizar el acoso moral laboral como una forma de violación de los derechos humanos fundamentales, desde una perspectiva crítica.

La investigación se origina en un caso concreto, ocurrido en la ciudad de Porto Alegre, en el Estado de Rio Grande do Sul (Brasil), en el cual una institución bancaria (de hecho, un grupo empresarial de origen extranjero), luego de adquirir una empresa, desencadenó un procedimiento institucional, genérico y sistemático, con el fin de remover de su plantilla a los empleados con LER/DORT.¹

Esto se debe a que dichos trabajadores, de acuerdo al sistema jurídico brasileño, después de regresar de su licencia laboral respaldada por el INSS², tienen la garantía de estabilidad laboral por un período de un año, según lo determina el artículo 118 de la Ley 8.213/91³. Y, una de las características más llamativas de esta enfermedad (asimilada en nuestro ordenamiento jurídico como accidente laboral)⁴ es la recaída. De esta forma, los trabajadores que padecen la referida enfermedad ocupacional transitan por largo tiempo entre el empleo y la licencia laboral, pues ante la aparición de síntomas, necesitan dejar el trabajo, para recibir

¹ LER/DORT significa "*Lesiones por Esfuerzos Repetitivos / Disturbios Osteomusculares Relacionados al Trabajo*". Sebastião Geraldo Oliveira informa que la "*Norma Técnica del INSS de 1993 mencionaba que LER es una denominación genérica para afecciones que pueden afectar tendones, sinoviales, músculos, fascias, ligamentos y nervios, aislados o en asociación, con o sin degeneración de tejidos, afectando principalmente, aunque no solamente, los miembros superiores, región escapular y cuello, de origen ocupacional, resultantes, en forma combinada o no, del uso repetido de grupos musculares, uso forzado de grupos musculares o mantenimiento de una postura inadecuada*" (traducido). También enseña que, posteriormente, y a partir de estudios realizados por Previdência Social en busca de un concepto más elaborado de patología, se adoptó un nuevo nombre: DORT- Disturbios osteomusculares relacionados al trabajo (Work-related Musculoskeletal Disorders). Sin embargo, la denominación LER / DORT no es pacífica, como en otros países: Repetitive Strain Injury (RSI), en Australia; Occupation Cervicobrachial Disorder (OCD), en Japón; y Cumulative Trauma Disorders (CTD), en Estados Unidos (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2002. p. 298).

² El INSS es el Instituto Nacional de Seguridad Social, previsto en el art. 201 de la Constitución de la República de Brasil

³ "Art. 118. Al asegurado que sufra un accidente de trabajo se le garantiza, por un período mínimo de doce meses, el mantenimiento de su contrato de trabajo en la empresa, después de la cesación del seguro de enfermedad por accidente, independientemente de la recepción del seguro por accidentes".

⁴ Art. 20 de la Ley 8.213 / 91 establece: "*Se consideran accidentes de trabajo, en los términos del artículo anterior, las siguientes enfermedades mórbidas: [...] II - Enfermedad profesional, entendida así como adquirida o desencadenada en función de las condiciones especiales en que el trabajo se realiza y se relaciona directamente con el, constante de la relación mencionada en el ítem I. "*

nuevamente tratamiento, provocando, bajo la perspectiva de la empresa, pérdidas en la continuidad del servicio, baja productividad y reducción de la obtención de beneficios.

El Banco en cuestión, con el fin de presionar a dichos trabajadores para que dejaran definitivamente el puesto de trabajo, comenzó a utilizar una serie de “estrategias”, manteniendo a los trabajadores rehabilitados, que regresaban de la licencia laboral del INSS, en un lugar de trabajo diferente (en el sótano del edificio o en un lugar separado de los demás trabajadores), sin actividades, sin un jefe, sin muebles, sin un puesto de trabajo específico, manteniendo a los trabajadores en una dinámica de inercia, lo que, por consecuencia lógica, desencadenó varios problemas psicológicos en el trabajadores, inclusive casos graves de depresión.

En el curso de la investigación realizada por el Ministerio Público de Trabajo⁵, fueron confirmadas denuncias en el sentido de que el banco estaría practicando varias “formas de discriminación” contra los trabajadores diagnosticados con LER/DORT, como, por ejemplo: mantener a los empleados rehabilitados sin actividades o de forma aislada, sin un lugar específico para la prestación de sus servicios; presionar a los trabajadores para que se adhirieran al Programa de Despido Voluntario; realizar amenazas de despido; llevar a cabo la rehabilitación de los empleados en puestos en trabajo inadecuados; forzar a los trabajadores a realizar el alta precipitada del INSS (mediante información falsa al médico del INSS como la afirmación de que ya no sentían los síntomas de la enfermedad); no proceder a la emisión del Informe de Accidente laboral, entre otros.⁶

En la actualidad, estas prácticas se denominan acoso moral laboral.

La gran dificultad en la categorización jurídica del acoso moral, además de su novedad en el ámbito jurídico (circunstancia que naturalmente hace parte de los juristas refractarios a la idea de una categoría autónoma), es el poder de mando del empleador, basado en el derecho de la propiedad y sus poderes derivados, como por ejemplo, la potestad disciplinaria y la facultad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo (“*jus variandi*”). La doctrina y la jurisprudencia, reproduciendo una perspectiva hegemónica, de la que se infiere, no se preocupa por los límites de las prerrogativas del empleador, tal vez por acreditar que no habría abusos por parte del sujeto subordinante (capitalista) o por considerar que la única obligación del

⁵ En el Anexo I se puede encontrar una relación completa de los hechos contenidos en la Investigación Civil.

⁶ Los testimonios aportados se encuentran, en su casi totalidad, en los Anexos II y III.

empleador, en un sistema capitalista globalizado, sería el pago de salarios, tornando desnecesaria cualquier especie de obligación relativa a la salud psíquica de los trabajadores.⁷

La concepción original o clásica de los Derechos Humanos no parece ofrecer una solución adecuada al acoso moral laboral, asumiendo que la dignidad de los trabajadores ya estaría garantizada con el pago del salario. La concepción tradicional de los Derechos Humanos, comprometida con una visión hegemónica del mundo y de la sociedad, no respondería a las (nuevas) prácticas inhumanas que surgen en el ámbito laboral.

En consecuencia, también surge la dificultad de cohibir la práctica del acoso dentro de los arquetipos legales existentes.

Otro obstáculo para evitar que se produzca el acoso es no visibilizar los derechos sociales de los trabajadores como derechos humanos fundamentales, porque generalmente solo se consideran derechos civiles y políticos individuales. Además, existe una relativa discriminación velada en relación a los derechos de los trabajadores. Dichos derechos, en general, tienen una importancia relativa a favor del capital.

De ahí la necesidad de encontrar/construir un fundamento jurídico sólido, capaz de evitar comportamientos lesivos por parte de las empresas, dentro de la idea de daño existencial - daño a la dignidad humana -, ya que la dogmática tradicional no parece ofrecer una solución (satisfactoria) al problema.

De esta forma también se pretende proceder a una aproximación a los derechos humanos y el derecho laboral. En el pasado, los temas relacionados con los Derechos Humanos estaban completamente divorciados de los derechos de los trabajadores, algo que, en los tiempos actuales, se vuelve insostenible.

La búsqueda de la categorización legal del acoso moral laboral debe tomar en cuenta la necesidad de ampliar nuestras formas de entender los Derechos Humanos y considerarlos como procesos (normativos, culturales, sociales, políticos, económicos) que abren o consolidan espacios para la lucha por la dignidad humana, como enseña Joaquín Herrera Flores.⁸

⁷ En el mismo sentido Federico NAVARRO NIETO: *“Esta especie de principio de interpretación conforme a la Constitución adquiere un significado especial en un fenómeno (el acoso laboral) que muestra dificultades para encontrar su tutela en la legislación ordinaria, y que exige portanto una relectura de las normas desde la óptica de los derechos fundamentales en juego”*. (In: **La tutela jurídica frente al acoso moral laboral**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007. p. 58.)

⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005, p. 30.

De esta forma, se propone el siguiente problema: ¿en qué medida el acoso moral en el lugar de trabajo (o psicoterrorismo laboral) constituye o no una forma de violación de los derechos humanos a la luz de la Teoría Crítica de los Derechos Humanos?

La pregunta surge naturalmente, cuando se puede percibir, ante casos concretos, como el narrado anteriormente, que ni la concepción original de los Derechos Humanos, ni el derecho positivo parecen ofrecer condiciones para que el psicoterror laboral sea cohibido (ya sea de forma preventiva o represiva).

Con el fin de verificar esta proposición, la investigación debe empezar con un análisis del contexto histórico del surgimiento de la normatividad del trabajo subordinado y la consecuente consagración de la concepción subjetiva de la subordinación, como elemento legitimador del acoso moral laboral. Para ello, se hace necesario estudiar la evolución histórica del trabajo subordinado hasta la actualidad, así como un análisis de la transición del institucionalismo al contractualismo, a fin de verificar la evolución del concepto de subordinación en el tiempo y su concepción actual hoy.

Por tanto, en esta primera etapa, la investigación tendrá como objetivo analizar la evolución histórica de la relación poder-sumisión (subordinación) entre el empleador (capitalista) y el trabajador (proletario) y el contexto en el que se constituyó el Derecho Laboral, con el propósito de demarcar los orígenes históricos que fundamentan el concepto de subordinación y, en consecuencia, las bases de legitimación para la práctica del acoso moral laboral. También busca verificar el esfuerzo de la doctrina hegemónica en la construcción del negocio jurídico del empleo, a partir de la estructuración normativa histórica del trabajo subordinado. De ahí la necesidad de estudiar los planes del mundo jurídico, los elementos que componen el contrato de trabajo y el elemento categorial del referido contrato. En ese momento, se pretende, por tanto, examinar la conformación de la subordinación subjetiva dentro del modelo dogmático dominante y sus efectos sobre el acoso laboral.

En el segundo capítulo, se hace imprescindible una ruptura con el proceso de naturalización del fenómeno social, para poder visualizar el denominado acoso moral del trabajo o laboral (o psicoterror laboral). De esta forma, el acoso laboral se observará en su estática - el fenómeno en inercia (con el examen del concepto, origen etimológico, elementos y morfología) -, además del escrutinio indispensable de la dinámica del acoso (formas de externalización, fases y efectos del acoso en la vida del trabajador). Aquí también es esencial un análisis de este fenómeno en otras ramas de la ciencia, lo que revela un cierto carácter multidisciplinar de la investigación. Y, dada la visibilidad del acoso laboral, como producto de un proceso cultural, se torna indeclinable el intento de confrontar este fenómeno frente a los

arquetipos jurídicos existentes (nacionales e internacionales), con el objetivo de verificar si el proceso normativo cultural permite una protección satisfactoria para los trabajadores víctimas de acoso.

Como forma de desestabilizar el acoso moral laboral, el tercer capítulo abordará la Teoría Crítica de los Derechos Humanos. Para ello, se propone un abordaje de la concepción clásica de los Derechos Humanos y las trampas (obstáculos) que genera esta concepción (tales como el universalismo y el eurocentrismo, la tesis generacional, la tesis económica - “economismo” -, el determinismo y el naturalismo). Con base en estos conceptos, surge un terreno fértil para examinar la concepción crítica de los Derechos Humanos, dentro de la idea de un proceso cultural emancipador. En este punto, es interesante analizar el acoso moral dentro del llamado Diamante Ético⁹, como marco pedagógico para la acción social, cuando seá posible verificar si el acoso moral constituye una violación de los derechos humanos fundamentales, en una concepción crítica.

El último capítulo está dirigido a proposiciones de sesgo emancipatorio, con el fin de transformar la práctica del acoso moral, partiendo de un cambio en el paradigma subjetivo de subordinación, para la construcción de un concepto objetivo de subordinación, como forma de empoderamiento de los trabajadores frente al psicoterrorismo laboral. Es esencial, también, en este punto, el análisis resultante de otra mirada del proceso normativo, permitiendo así una mayor apertura o flexibilidad, con la inclusión, en el ordenamiento jurídico, de instrumentos de derecho material y procesal, con un enfoque transformador de la realidad. Y con eso, se vuelve obligatorio examinar la reciente norma internacional emitida por la OIT y su potencial emancipatorio. Finalmente, en esta etapa es necesario el estudio de propuestas emancipadoras en relación a la participación del Estado, de los sindicatos, trabajadores, de las empresas, universidades, los medios de comunicación y redes sociales.

En cuanto a la metodología, la investigación utilizará el método de abordaje dialéctico, consistente en la oposición de ideas y teorías, con el fin de buscar nuevos horizontes acerca del tema propuesto, con la intención de plantear propuestas para el problema propuesto, sin prejuicios, y por supuesto, apoyado en métodos como el histórico y el tipológico. En cuanto al tipo de investigación, lo que concierne a su naturaleza, será cualitativa y teórica, ya que en relación a los objetivos, la investigación será predominantemente explicativa y exploratoria. En cuanto al objeto, la investigación será bibliográfica y documental, ya que se basa en autores que han abordado el tema del acoso moral laboral. En efecto, la tesis se elabora con base en

⁹HERRERA FLORES. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasunõs, 2008, passim 110 a 138.

investigaciones bibliográficas, teniendo como fuentes obras doctrinales pertinentes al tema, revistas especializadas, artículos de la red mundial, jurisprudencia y legislación. Es importante recordar que la presente tesis no tiene por objetivo el análisis de un caso concreto, sirviendo la situación inicialmente relatada para ejemplificar las dificultades de enfrentar el acoso en el mundo laboral; y, lo demás como hilo conductor, haciendo “costura” entre los capítulos.

También es fundamental delimitar el objeto de la investigación al ordenamiento jurídico brasileño, con incursiones esporádicas en los sistemas jurídicos de países iberoamericanos, especialmente en español, debido a la indiscutible elección, como marco teórico de referencia, en esta investigación, por la “Escuela Crítica de Sevilla”, en especial, la obra del catedrático jusfilósofo Joaquín Herrera Flores. Y, con ello, resulta ineludible el uso de una concepción (y metodología) crítica del derecho. Según Herrera Flores, las manifestaciones de neutralidad constituyen afirmaciones cargadas de la peor ideología que existe: “*aquella que se reclama no ideológica y oculta sus reales objetivos*”.

El trabajo tendrá como alcance, por tanto, la inserción del tema dentro de una teoría crítica y dinámica de los Derechos Humanos, entendidos como resultado de procesos culturales.

Cabe señalar también que el presente estudio sobre el acoso laboral involucra únicamente la relación jurídica del trabajo, es decir, la relación laboral cualificada por la subordinación. Esto significa que los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios, de forma autónoma, no serán contemplados en la presente investigación.

En efecto, teniendo en consideración la teoría crítica de los Derechos Humanos, como una forma de relacionarse con los contextos, en primer lugar, la presente investigación debe **visibilizar** el fenómeno del acoso moral en el trabajo, para luego **desestabilizar** las bases de la conformación en las que ocurre dicha práctica, para, finalmente, intentar **transformar** la realidad (el entorno de las relaciones), sugiriendo cambios en la relación de poder-sujeción entre empleado y empleador, para permitir a los trabajadores (y a toda la sociedad, por supuesto) la prohibición de esta práctica perversa en el ambiente de trabajo.

Esta reflexión crítica sobre el acoso hace parte de un esfuerzo jurídico-político, en el sentido de romper con el silencio que lo caracteriza - ya que, la mayor parte de los casos, consisten en una agresión silenciosa -, con la intención de llevarlo al espacio público, denunciando las formas de ejercicio del poder y sumisión que, existentes desde tiempos inmemoriales, se presentan sin contornos claros, sin una forma de expresión clara o con un

discurso basado en la fluidez y la invisibilidad muy eficaces para el funcionamiento del propio acoso moral.¹⁰

De ahí que sea necesario analizar el fenómeno del acoso moral en el ámbito laboral.

Así, para comprender el fenómeno referido, se torna imprescindible, como se verá en las páginas siguientes, un breve examen (análisis) de las transformaciones históricas de la relación laboral de poder (del sujeto subordinante) y de sujeción (del sujeto subordinado), sobre cómo el acoso moral resulta – naturalmente - del contexto histórico que configura la subordinación.

¹⁰ SEIXAS Jacy; BRESCIANI, Stella (Org.). **Assédio moral**. Uberlândia: Edit. de la Universidad Federal de Uberlândia, 2006. p. 7.

1 EL CONTEXTO HISTÓRICO JURÍDICO DEL TRABAJO SUBORDINADO COMO SUSTRATO LEGITIMADOR DEL ACOSO MORAL LABORAL

El caso de acoso moral narrado en la introducción, y que sirve de ejemplo para la presente investigación, indica que los principales elementos estructurales del fenómeno poseen una base histórica¹¹.

El análisis de la concepción de la relación poder-sometimiento es fundamental para el estudio del acoso moral en el trabajo, ya que es fruto de un desarrollo histórico¹². Trae consigo una serie de características incorporadas por la evolución de las relaciones laborales en el contexto social. El jurista uruguayo Daniel Rivas¹³ afirma que la historia del Derecho Laboral se identifica con la historia de la subordinación.

Sin embargo, aquí se cuida la evolución histórica del trabajo subordinado - y su estructuración en el Derecho Positivo -, y no del desarrollo del Derecho Laboral, puesto que, aunque están íntimamente conectados, no es el objeto exclusivo de éste (pudiendo existir un relación laboral subordinada, sin que incida en la legislación laboral), aunque tampoco se termine aquí (tal rama del derecho puede regular una relación laboral no tipificada por la dependencia jerárquica). Lo que se pretende, por tanto, es una visión histórico-panorámica de la evolución del trabajo subordinado, en el análisis jurídico, abandonando así la visión histórica tradicional de gran parte de la doctrina, en el sentido de ver el trabajo subordinado tan solo desde la Revolución Industrial, incluyendo, en la medida de lo posible, las connotaciones socio-político-económico-culturales.

El juslaboralismo es un fenómeno policéntrico¹⁴, ya que no se formó por una producción legislativa unitaria, sistemática y perfectamente ordenada, sino por problemas concretos, a medida que los hechos o situaciones laborales individuales se fueron presentando.

¹¹ Como se verá oportunamente, la “historicidad” es de fundamental importancia en el análisis crítico de los derechos humanos, al insertarse en el eje material del Diario Ético de Joaquín HERRERA FLORES (In: **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008, p. 113). Según enseña: “*Conocer los orígenes históricos nos ilumina acerca de las razones por las cuales tenemos este estado de cosas y no otro*”. (*Ibidem*, p.125).

¹² MARÍN, José Marín. **Los trabajos, los días...y el derecho** – una aproximación a la “prehistoria” del derecho del trabajo. Albacete: Bomarzo, p. 55-70.

¹³ RIVAS, Daniel. **La subordinación**: criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 34.

¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 19 al 22.

En efecto, se hace necesario estudiar la evolución histórica normativa del trabajo subordinado (desde la antigüedad, pasando por el medioevo y la modernidad, hasta la actualidad, con énfasis en el sistema jurídico brasileño), el análisis del surgimiento del concepto de subordinación (desde las tesis civilistas que justificaron la aparición, en oposición al institucionalismo, ya en los padrones laborales, a las corrientes intermedias y contractuales, más actuales), la constatación de cómo la subordinación subjetiva se consagra como elemento legitimador del acoso moral y del esfuerzo de la Doctrina mayoritaria (hegemónica) en la estructuración del negocio jurídico laboral (desde el análisis de los elementos contenidos en el contrato de trabajo hasta la comprensión de la subordinación como elemento categorial inderrogable).

1.1 Evolución¹⁵ histórica normativa del trabajo subordinado

El trabajo subordinado, desde una perspectiva normativa, será objeto de análisis, de acuerdo con la división clásica de la historia humana: antigüedad, medioevo, modernidad y contemporaneidad.

Sin embargo, hay que advertir que cualquier división en el estudio de la historia, como señala Mário De La Cueva, es arbitraria¹⁶, y por tanto, necesariamente resultante de una opción.

1.1.1 Trabajo subordinado en la antigüedad

¹⁵ El término “evolución” se utiliza aquí como “un proceso gradual, progresivo de transformación, de cambio de estado o condición”, según el Diccionario Houaiss de la lengua portuguesa (Río de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.278). Evidentemente, no se puede confundir con la teoría del “evolucionismo” o con la idea de “mejorar” las condiciones humanas.

¹⁶ “*Toda división del estudio de LA HISTORIA es arbitraria*”. (En: Derecho mexicano del trabajo. 11. ed. México: Porrúa, 1969. v. 1. p. 21.).

Desde una perspectiva histórica, se puede verificar que el sistema productivo en la Antigüedad¹⁷, se basaba en la esclavitud, encarnando en el trabajo productivo que se prestaba a los otros, con absoluta ausencia de voluntad.¹⁸

La esclavitud clásica, por cierto, corresponde al último grado de subordinación soportado por el ser humano¹⁹, criticada en la actualidad, por la flagrante antinomia con el Estado Social de Derecho y también por ser contraria al propio sistema de explotación capitalista.

En el Antiguo Egipto²⁰ se conoció el trabajo rural realizado por esclavos (principal forma de mano de obra), por siervos de la tierra y por trabajadores libres. Competía al Estado, sin embargo, la dirección y regulación de los servicios, principalmente cuando se convocaba a todo tipo de trabajadores para realizar las grandes obras públicas, algunas de las cuales se conocen hoy como maravillas de la humanidad²¹. Existía, por tanto, la subordinación típica del esclavo, y la subordinación atípica, de todos los trabajadores, en relación al Faraón (en un vínculo personal y religioso).

¹⁷ En un período anterior, en la prehistoria, no hay evidencia de subordinación en las relaciones laborales, siendo esta fase marcada por la “solidaridad de clan”, en la que el trabajo se realizaba mediante la cooperación, sin división ni profesionalización de actividades, habiendo sin embargo, división de tareas por sexos, siendo las mujeres las encargadas de las tareas más sedentarias (encargadas de la alimentación vegetal - plantación y cosecha -; educación, etc.) y para los hombres las funciones de caza y protección. Se puede ver, por tanto, que solo en la Edad Antigua surgió y se desarrolló el régimen de esclavitud, como resultado de las guerras entre pueblos. Como plantea José Carlos de OLIVEIRA, “[...] *la esclavitud era un fenómeno universal en el mundo antiguo*” (In: *Formação histórica do direito do trabalho*. In: **Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. 2. ed. São Paulo: LTR, São Paulo, 1994. v. 1. p. 35). En el mismo sentido: GONÇALVES, Simone Cruxên. **Limites do jus variandi do empregador**. São Paulo: LTR, 1997. p. 29; MARÍN, José Marín. Op. Cit., p. 73 a 91.

¹⁸ Las primeras noticias históricas señalan el uso de la antropofagia en relación a los enemigos capturados. Posteriormente, el ser humano dejó de lado esta práctica, empezando a exigir a los enemigos la prestación de servicios, de manera coercitiva, en una particular señal de evolución, como bien lo expresó CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntesis, 1999. p. 25, nota 6.

¹⁹ Según el argumento planteado por Orlando GOMES: “[...] *lo que caracteriza el trabajo esclavo es el estado de subordinación perpetua y absoluta del trabajador*” (In: **Direito do trabalho: estudos**. São Paulo: LTr, 1979. p. 16).

²⁰ Lo que se sabe del derecho egipcio antiguo se basa casi exclusivamente en actos de práctica (contratos, testamentos, decisiones judiciales, actos administrativos, etc.), ya que esta civilización casi no escribió libros de derecho, ni dejó recopilaciones de leyes o costumbres. Sin embargo, es cierto que fue la primera civilización en la historia de la humanidad en desarrollar un sistema legal individualista. Cfe. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste, 1988. p. 53.

²¹ OLIVEIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 37.

Igualmente, en Mesopotamia, lugar dónde se conocen las primeras formulaciones del derecho, la esclavitud se destacó como principal forma de trabajo, llegando hasta el último estrato de la población²².

Por tanto es posible constatar, que en las “civilizaciones hidráulicas” (así denominadas porque dependían de los ríos Nilo, Tigris y Éufrates), no existe una estructura legal para el trabajo libre y subordinado. Por el contrario, la principal forma de subordinación conocida estaba inscrita en el propio sistema de esclavitud.

En los pueblos del antiguo Oriente, especialmente chinos²³ hindúes²⁴ y musulmanes²⁵, las relaciones de la vida humana y la subordinación a la que fueron sometidos partían de una premisa de naturaleza teológica o filosófica, siendo inconcebible que el individuo tomara la iniciativa de acuerdo con los principios de la libertad individual. Hubo sumisión a las instituciones creadas por una Entidad Superior divina²⁶. Las personas no asumen ninguna iniciativa o solución, ni en la vida social ni económica, que no se sometiera a las instituciones creadas por una Entidad superior, mística y sobrenatural. Los principios de las libertades

²² El Código Hamurabi, el más notable de los códigos cuneiformes (el más antiguo es el de *Ur-Nammu*), presentando un gran avance, ya contemplaba algunos derechos para los esclavos, como lo menciona José Cesar de OLIVEIRA: “[...] límite máximo de tiempo de trabajo para aquellos que, en razón de sus deudas, eran forzados a la esclavitud (§ 117). Al esclavo se le garantizaba el derecho a casarse con la hija de un hombre libre, considerándose libre la prole (§ 175), y también se le disciplinaba, en la reforma, cómo proceder a la división de herencias en estos matrimonios”. También se reglamentó el “[...] aprendizaje profesional (§§ 188-189), así como los derechos y obligaciones de clases especiales de trabajadores, por ejemplo, médicos (§§215-223), veterinarios (§§ 224-225), barberos (§§ 226-227), albañiles (§§ 228-233) y barqueros (§§ 234-240), además de establecer precios y salarios (§§ 241-277). *Ibidem*, p. 45.

²³ A diferencia de los derechos hindúes y musulmanes, estrictamente vinculados a la religión, el derecho chino está correlacionado a un ordenamiento jurídico integrado en la concepción filosófica del confucianismo, expresado, de manera antagónica, entre “*el li*” (un derecho filosófico exteriorizado respeto a los ritos) y “*el fa*” (sistema legal basado en la ley). Cfe. GILISSEN, John. Op. Cit., p. 108 a 116.

²⁴ El derecho hindú es un derecho revelado por las deidades, las reglas están escritas en los libros sagrados. La palabra "derecho" no existe en sánscrito, siendo "dharma" lo más cercano a la noción de derecho. El "dharma" consiste en el conjunto de reglas que el hombre debe seguir debido a su condición en la sociedad, que derivan del orden natural de las cosas. De ahí la división de la sociedad por castas (en niveles escalonados) y la aceptación de la noción de jerarquía. *Ibidem*, p. 101 a 108.

²⁵ El derecho musulmán es el derecho de un grupo religioso, no el derecho de un pueblo o un país. De hecho, estrictamente hablando, la ley de derecho musulmán fue constituido poco después del final de la Edad Antigua. La ley musulmana, en efecto, no es una ciencia autónoma, sino una de las fases de la religión, que comprende la teología (fija los dogmas) y *Châr'ia* (la "ley revelada", que comprende la ley). Las cuatro fuentes de *Châr'ia* son: el “*Alcorão*” o “*Qur'an*” (el libro sagrado del Islam, constituido por las revelaciones de Alá, transmitidas a la humanidad por Mahoma); el “*Idjamâ*” (conjunto de actos, comportamientos y palabras de Mahoma); el “*Idjamâ*” (es el acuerdo de la comunidad musulmana); y el razonamiento por analogía es “*Qiyâs*” (constituye lo que se puede deducir del Corán y Suna, a través del razonamiento). *Ibidem*, pág. 117 a 124.

²⁶ Cfe. COSTA, Ferrari, Edgardo. **El concepto de subordinación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, pág. 9.

individuales eran mínimos y las reglas de la justicia y la ley se confunden con los principios religiosos, lo que influía en la mente de los subordinados.

Hay registro de que, en el derecho hebreo, la esclavitud era más leve que la practicada en las civilizaciones occidentales (griegas y romanas), probablemente porque el derecho fue otorgado al pueblo por Dios, estableciendo una alianza entre Dios y el pueblo por medio de Él elegido²⁷. Sin embargo, en la civilización judía, no hay referencias de trabajo subordinado libre.²⁸

En las civilizaciones occidentales, los griegos, aunque no edificaron una ciencia del derecho, se destacaron por la filosofía, la política y, en particular, la democracia²⁹. Sin embargo, de manera antitética, la civilización helénica conocía la esclavitud como la principal forma de proporcionar trabajo, circunstancia fácilmente explicable, ya que los griegos veían en el trabajo manual una situación degradante y despreciable, incongruente con la dignidad aristocrática de la "élite" dominante³⁰.

En la antigua Roma³¹, la estructura organizativa de poder se basaba en la familia, en la que el "pater-familiae" dominaba al grupo familiar con poderes absolutos de subordinación. El esclavo recibió el tratamiento de "res", desprovisto de personalidad jurídica, sin la condición de sujeto de derechos y obligaciones y totalmente subordinado al poder del "pater-familiae".

Más allá del trabajo esclavo en el derecho romano³², existían tres tipos de locaciones, en las que se verifica el trabajo libre, las cuales fueron perfiladas por la mayoría de los sistemas

²⁷ GILISSEN, John. Op. Cit., p. 66 a 73.

²⁸ Aunque que la ley mosaica imponía restricciones al abuso de la esclavitud (Ex 21, 1-11, Lev 25,39-45 y Deut 15, 12-18), y defendía el principio de igualdad entre los hombres ante el Creador (Lev 25,42), algo que no se encuentra en los otros Códigos Orientales. Cfe. OLIVEIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 44.

²⁹ Cfe. GILISSEN, op. cit., p. 73 a 80.

³⁰ Vincenzo CASSI plantea: *Sacrificando il principio dell'autonomia cui ogni individuo aspira nella vita sociale, la conclusione aristotelica secondo la quale vi dovrebbe essere una classe di uomini destinata a comandare e una classe d'uomini destinata a servire, rappresentò un tentativo di sanzione naturale e morale dell'aspetto depressivo della subordinazione a quell'epoca imperante* (In: **La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1961. p. 9).

³¹ Como propone Paul KOSCHAKER, el estudio del derecho romano es primordial y siempre existirá posiblemente porque "[...] la tempestad no destruye la hierba, solamente los árboles robustos", por lo tanto, el derecho romano se convertirá en parte de la ciencia de la Antigüedad, situándose fuera del peculiar círculo de las disciplinas jurídicas (En: **Europa y derecho romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 218).

³² Respecto al esbozo histórico del contrato de arrendamiento: SABINO JÚNIOR, Vicente **A locação no direito brasileiro**. Río de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 7-25; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Río de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 40, pág. 10-18; CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1988, p. 200-201. No obstante la existencia de orígenes remotos del arrendamiento en la ley pre-etrusca (Código Hamurabi,

legales de tradición romano-germánico: (a) la “*locatio conductio rerum*” o “*locatio conductio rei*” (arrendamiento de cosas), con origen en el actual arrendamiento de bienes, que sólo se refería al uso y goce de un bien infungible a cambio de una “*merces*” (remuneración), normalmente periódica, y al final del plazo estipulado, el arrendatario (“*conductor*”) debe devolver al arrendador (“*locator*”) la cosa arrendada; (b) la “*locatio conductio operis*” o “*locatio conductio operis faciendo*” (arrendamiento de una obra o contrato), que se enfoca en la ejecución de una determinada obra o determinado trabajo, con miras a un fin (“*opus*”), también a cambio de “*merces*”, encontrando aquí el antecedente histórico del contrato de obra; (c) la “*locatio conductio operarum*” (arrendamiento de servicios), derivada del alquiler de esclavos³³, era relativa a una prestación de servicios económicamente apreciables, considerada en sí misma, independiente del resultado, establecida en el pacto en el que una persona estaba obligada a realizar determinadas tareas, por cuenta ajena y bajo su dirección, recibiendo, como contraprestación, “*merces*” .

párrafos 42 y siguientes; Código hitita, párrafos 4^o y siguientes; Babilonia, en el momento de la dominación persa, ya regulaba la propiedad rural; igualmente, en Palestina y Egipto, que se distinguía más por la suavidad de las obligaciones naturales que por la precisión de las obligaciones legales; en Grecia, donde toda la tierra estaba en manos de un pequeño grupo, por lo que los arrendatarios debían pagarle rentas, bajo pena de arresto), es el derecho romano el que limita jurídicamente el contrato del arrendamiento, por lo que su estudio contiene una importancia fundamental, según prescribe SABINO JÚNIOR, op. cit., pág. 07 al 09. Ebert CHAMOUN, en una posición contraria a la doctrina tradicional, afirma que el arrendamiento de servicios no pudo haber surgido en el derecho romano antiguo, debido a dos circunstancias especiales: la supremacía del trabajo esclavo (por lo que cada familia tenía sus esclavos) y, por si fuera poco, los “*pater-familias*” adquirirían otros, sin necesidad de alquilar servicios gratuitos a terceros); y la autosuficiencia del grupo familiar y el carácter notablemente agrícola de la economía de la época. (En: CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4. ed. Río de Janeiro: Forense, 1962, p. 375).

³³ La “*locatio rei*” es la figura más antigua y se origina del “*locatio operarum*”. Biondo BIONDI diserta: “*La figura più antica è la ‘locatio rei’, la quale há luogo qualora un contraente (‘locator’) si obbliga a far godere una cosa all’altro contraente (‘conductor’), il quale a sua volta si obbliga a pagare un corrispettivo (‘merces’). La ‘locatio operarum’ è sviluppo della ‘locatio rei’; poichè questa poteva avere come oggetto lo schiavo ed in tal caso importava facoltà di giovare delle ‘operae’ di lui, in seguito fu possibile che anche i liberi potessero ‘locare operas’, cioè obbligarsi verso l’altra parte ad eseguire una determinata quantità di lavoro. Nasce così, sempre nell’ambito della ‘locatio rei’, la ‘locatio operarum’, la quale importa che un contraente (‘locator operarum’, ‘mercennarius’, ‘operarius’) si obbliga a prestare determinati servigi (‘operae’) all’altra parte (‘conductor’), che si obbliga a pagare una mercede. Questa derivazione spiega perchè, secondo i romani, non ogni attività possa formare oggetto do locazione ma solo quella materiale, ossia quella che solevano prestare gli schiavi*” (In: BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952, p. 473). En el mismo sentido: CHAMOUN, Ebert. Op. Cit., p. 375.

Algunos autores³⁴ vislumbran en la “*locatio conductio operarum*” el origen remoto del contrato de trabajo o “*la matriz del régimen legal del trabajo subordinado en Roma*”³⁵. Daniel Rivas afirma que la subordinación como criterio distintivo del contrato de trabajo, emergió en los albores del Derecho Laboral, resultado de un proceso centrado en la distinción de las figuras “*locatio operis*” y “*locatio operarum*”³⁶. Aunque no se puede hablar propiamente de un contrato de trabajo, con el aspecto subordinado de los modelos actuales³⁷, es innegable el surgimiento, por primera vez - hasta donde se sabe - de un “contrato” que, dejando de lado el sistema de esclavitud, sirvió de base jurídica a los pactos que tenían como objeto la prestación de un servicio libre y por cuenta de otra persona³⁸. Sin duda, el “*locatio operarum*” sirvió como

³⁴ Entre ellos se destacan: CASAL, Angel Gómez-Iglesias. **La influencia de la conclusión romana en las relaciones laborales modernas**. Madrid: Civitas, 1995. p. 63 a 68; CASTORENA, J. Jesús. **Manual de derecho obrero**. 6. ed. México: Fuentes, 1973. p. 29; CATHARINO, José Martins, para quien “[...] *a locatio conductio operarum é ascendente direta do contrato de emprego*” (En: **Compendio de derecho laboral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1. p 174); CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., p. 38; DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 9, 521 y 522; DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de derecho del trabajo**. Madrid: Civitas, 1984. p. 92 y 93; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1994. p. 63; SANSEVERINO, Riva. **Diritto del lavoro**. Padua: CEDAM, 1971. p. 44; SINAGRA, Vincenzo. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Palumbo: [sin sitio], [sin fecha], p. 9 a 12.

³⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., p. 40.

³⁶ Daniel RIVAS dice: “*La distinción entre la locatio operis y la locatio operarum respondía originariamente y hasta la doctrina pandectista, a la necesidad de solucionar la cuestión de la imputación y repartición de los riesgos inherentes a la realización de la prestación de trabajo. Se trataba, por un lado, del riesgo de la utilidad del trabajo que, incidiendo sobre el resultado productivo de la actividad laboral, dependía de la dificultad técnico-económica del propio resultado y, en definitiva, de la misma organización de trabajo y, por otro lado, del riesgo de la imposibilidad del trabajo, determinada por el caso fortuito o la fuerza mayor, que impedían la ejecución de la prestación y determinaban consecuentemente la pérdida parcial o total de remuneración. En la locatio operis, el trabajador soportaba ambos riesgos, mientras que en la locatio operarum, el trabajador sólo debía encargarse del riesgo de la imposibilidad del trabajo. La razón de tal imputación radicaba en una distinción previa, concerniente al contenido de la obligación del trabajador en cada una de las figuras típicas: en la locación de obras, la prestación del trabajador consistía en la realización de una obra terminada (opus perfectum), cualquiera fuera el costo que debiera soportar para lograr el resultado; en la locación de servicios, consistía en prestar su propia energía de trabajo. La distinción entre mera actividad y resultado del trabajo, puso de manifiesto la sustancial identidad de la prestación, en ambos casos el trabajo humano, y en tal sentido demostró que no era apta para diferenciar las figuras controvertidas. Sin embargo, en ella estaba contenido el dato que, según la elaboración pandectista, caracterizaría a la locatio operarum, es decir, la disponibilidad temporal de las energías del trabajador en beneficio del empleador, que aparece contrapuesto desde los orígenes a la autonomía del trabajador en la locatio operis faciendi*”. (Op. Cit., p. 20.).

³⁷ En este sentido, Ubaldo PROSPERETTI: “*Ma, si aggiunge, proprio perchè la figura della locatio operarum há origine dalla locatio hominis, essa non è più idonea a spiegare il fenomeno del contrato do lavoro moderno svolgentesi in un ambiente sociale e giuridico del tutto diverso da quello in cui anche quella concezione. Sarebbe dunque opportuno abbandonare lo schema locatizio per elaborare una figura giuridica più idonea a spiegare l’odierna realtà del rapporto do lavoro.*” (In: **La posizione professionale del lavoratore subordinato**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 70).

³⁸ Según Manuel ALONSO OLEA, es de las locaciones del derecho romano de donde surge la clara distinción entre el sujeto que trabajaba, su obra como actividad y los frutos de ella. (En: **Introducción al derecho laboral**. 4. ed. São Paulo: LTR, 1984. p. 82).

arquetipo histórico y jurídico tanto para el contrato de arrendamiento de servicios (de carácter autónomo, propio del Derecho Privado), como para el contrato de trabajo (caracterizado por la dependencia jerárquica, propio del Derecho Laboral).³⁹

Aunque se constata, en la Edad Antigua, que la esclavitud deja de ser la única forma de obtener trabajo⁴⁰, y surgiendo, desde el punto de vista normativo, el origen histórico remoto del arquetipo de trabajo subordinado (bajo un modelo contractual, claramente romanista e individualista), para la estructuración histórica del acoso moral, se destacan como legados de la época: la aceptación de jerarquía sin cualquier límite ético, por parte de la comunidad y el propio subordinado; la aceptación y justificación de esta situación por razones religiosas, filosóficas o sobrenaturales; la naturalización del sometimiento personal del trabajador al soberano (proveedor de los servicios); la reducción de los derechos individuales de los trabajadores a parámetros absurdos, impidiendo la posibilidad de reacción a órdenes inhumanas; y el reconocimiento de la subordinación con un enfoque patriarcal (que en la actualidad hace que el acoso sea muy funcional para los jefes masculinos).

1.1.2 Trabajo subordinado en la Edad Media

En la Edad Media⁴¹, la subordinación estuvo presente, en el contexto social, de una manera muy efectiva y notable. Además de mantener vigente la estricta autoridad paterna

³⁹ En ese sentido: KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de trabajo**. Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 13.

⁴⁰ Cabe señalar, sin embargo, que, lamentablemente, la esclavitud no ha sido definitivamente prohibida, persistiendo, en la era contemporánea, bajo formas extracontractuales de explotación laboral. Wilson RAMOS FILHO alude, en la actualidad, a la “neoesclavitud”, que comprende las siguientes especies: “trabajo esclavo rural contemporáneo” y “trabajo esclavo urbano contemporáneo”. Este último, según el autor, tiene dos subespecies: el trabajo realizado en condiciones análogas a la del esclavo sin un sustento contractual válido (llamado “trabajo esclavo proporcionado por inmigrantes”) y el que tiene un sustento contractual válido (llamado “trabajo urbano en situaciones de neo -esclavitud”). En: Neo-esclavismo no brasil contemporáneo: crime e castigo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, 2008, p. 87 a 89.

⁴¹ Sobre la recepción del derecho romano en esa época, Franz WIEACKER aclara: “*La aplicación de formas legales tardorromanas de fructificación dependiente de la tierra influyó menos en él cuando coincidió con el deterioro de las condiciones sociales de los campesinos. Tal deterioro se ha producido desde finales de la Edad Media en los territorios del antiguo asentamiento alemán debido a la crisis económica de los terratenientes con su presión progresiva sobre los campesinos dependientes, y por nuevas ocupaciones de tierras tras la desertificación de más extensiones en los Treinta Años. «Guerra: este es siempre el caso, como en el electorado de Sajonia, desde el momento en que el terrateniente no tomó medidas para proteger a los campesinos. En esos casos, los derechos del poseedor y la situación jurídica personal de los campesinos se vieron ciertamente agravados aún más por la disciplina del derecho romano: a saber, la situación extremadamente desfavorable del poseedor al aplicar el régimen del asentamiento tardorromano con dependencia personal; la devolución hereditaria mediante la aplicación del jus enphyteuticon o de la locatio*”

característica del período romano⁴², la dependencia jerárquica se exteriorizó en diversas relaciones sociales, desde los vasallos en relación al rey, entre la Iglesia⁴³ y el rey, entre los trabajadores y sus amos. Es notable, que durante este período, el poder de subordinación estuvo directamente relacionado con la riqueza y de manera escalonada, comenzando por la realeza, pasando por los amos, hasta llegar a los siervos.

En esa época⁴⁴, el sistema sócio-político-económico-cultural imperante era el feudalismo, caracterizado por las relaciones señor feudal-vasallo, haciendo del vasallaje el elemento personal (en el que el vasallo, aunque era una persona libre, estaba comprometido con su amo por un contrato solemne por el cual se somete a su poder y se veía obligado a prestarle ayuda y consejo, a cambio de protección y manutención) el feudo y el elemento real (que consiste en la tierra cedida gratuitamente por el señor al vasallo)⁴⁵. Los vasallos, a su vez, explotaron la tierra con la ayuda de sus sirvientes, estableciendo así el servilismo.⁴⁶

conductio in perpetuum; derechos de tenencia intransferibles (lassitisch), especialmente en el este de Alemania, también a través del arrendamiento temporal de la ley romana (locatio conductio rei) muy desfavorable para el inquilino desde un punto de vista social y económico” (traducido). (En: **Historia do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1967, p. 262). En el mismo sentido, Pontes de Miranda, cuando evalúa: “*O direito romano deu as suas soluções, pondo-se do lado dos locadores. Daí as relações entre locadores e locatários terem sido transformadas entre senhores e síditos*” (In: **Tratado...** Op. cit., v. 40, p. 06).

⁴² “*En la Edad Media, en el mundo germánico, el sacerdote de la familia tenía sobre él la misma autoridad absoluta que en la familia romana concedía al padre la patria potestad, que entre los alemanes se llamaba a sí mismo “mundium” y eso significaba protección y tutela, pero al mismo tiempo, subordinación y dependencia absoluta del jefe de familia*” (En: FERRARI COSTA, Edgardo. **El concepto de subordinación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 12).

⁴³ La Iglesia jugó un papel fundamental en la época medieval, especialmente debido a la recepción del Derecho Romano en esa etapa, ya que el cristianismo nació y se desarrolló sobre la base geográfica del Imperio Romano, influyendo en la formación de la concepción cristiana del derecho desde sus inicios. John Gilissen también señala los siguientes factores que resaltan la importancia del Derecho Canónico: el carácter ecuménico de la Iglesia (desde el principio, el cristianismo ha sido la única religión verdadera para la universalidad de las personas); ciertas áreas del derecho privado fueron disciplinadas exclusivamente por el derecho canónico (y los conflictos fueron resueltos por tribunales eclesiásticos, excluidos los tribunales seculares); fue el único derecho escrito, durante la mayor parte de la Edad Media (mientras que el derecho secular permaneció esencialmente consuetudinario en esa fase); se convirtió en objeto de trabajo doctrinal ante el derecho secular (por ser un derecho escrito y erudito, habiendo ejercido una importante influencia en la estructuración del derecho secular). GILISSEN, John. Op. Cit., p. 133.

⁴⁴ Un interesante estudio del trabajo en este momento se puede encontrar en la obra de Robert FOSSIER, con énfasis en los tipos de trabajo: “gratis” (proporcionado por esclavos; en el ámbito familiar; o proporcionado por guerreros); el “dominial” (ministerial; asalariado); el “señorial”; y el “capitalista” (In: **O trabalho na idade média**. Petrópolis: Editora Vozes, 2018, p. 23 a 64).

⁴⁵ GILISSEN, John. Op. Cit., p. 189.

⁴⁶ Eran característicos de la condición de un siervo: la conexión con la tierra (que, teóricamente, pertenecía al sirviente y, por regla general, no podía ser despojada de ella por un acto arbitrario del amo, a menos que la poseyera en una base precaria); la condición hereditaria del sirviente (que estaba determinada por el nacimiento,

Se mantenía vigente la figura de la "*servidumbre de la tierra*", la esclavitud de jaez especial⁴⁷ o "esclavitud atenuada"⁴⁸, a través de la cual el siervo recibía de su amo una parcela de tierra para cultivarla, para él y su familia, obligándose a pagar una cuota anual de frutas y servicios personales. Al siervo le estaba prohibido disponer de su tierra, ya que no era dueño de esta. Todo el sistema giraba alrededor de la tierra, aunque las relaciones se transformaron gradualmente y, con el paso del tiempo, fue disminuyendo el dominio del amo sobre la tierra.⁴⁹

Por su parte, los pueblos germanicos⁵⁰, de forma más leve que en el sistema romano, también utilizaron el régimen servil. La subordinación de los sirvientes estaba presente, pero tenían cierta libertad en su "*modus vivendi*".⁵¹

como era el caso de la esclavitud); sujeción a los poderes económicos (derivados del predominio eminente del señor) y poderes políticos (que incluían la obligación de atender la convocatoria del señor para la formación del ejército, visto como una obligación de "servicio religioso"). Cfe. OLEA, Manuel Alonso. Op. Cit., p. 85 a 95.

⁴⁷ La comparación de la esclavitud con el servilismo debe usarse con cuidado y dentro de límites, porque, aunque tienen muchos puntos de contacto (ausencia de libertad plena, la adquisición de "estatus" por condición hereditaria, movilización obligatoria en ciertos casos), en el régimen de la servidumbre el siervo no se considera una cosa (objeto de derecho), como en la esclavitud, alcanzando así la personalidad jurídica. Los sirvientes también tenían algunos derechos: herencia de animales, efectos personales y uso de pastos. Ver: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Intituições de direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 1994. v. 1, p. 29 a 30.

⁴⁸ Según el nombre CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. Cit., v. 1, p. 175.

⁴⁹ SABINO JÚNIOR, Vicente. Op. Cit., p. 13 a 14. Véase también: HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 17. ed. Río de Janeiro: Zahar, 1981, p. 11 a 24.

⁵⁰ Es evidente que las conclusiones a las que llegan los estudiosos de la historia del derecho no son inmunes a la crítica, sobre todo porque el derecho de los grupos étnicos germánicos era esencialmente consuetudinario, habiendo sido reconstituido por historiadores del derecho, con la ayuda de documentos escritos de la literatura latina contemporánea. (GILISSEN, John, op. cit.).

⁵¹ *Ibidem*, p. 162 a 165.

En el continente Americano, civilizaciones precolombinas⁵², aún en la Edad Media, también experimentaron un trabajo subordinado, bajo la forma de un régimen intermedio entre la esclavitud y el servilismo, que se aprecia en los pueblos Inca y Azteca⁵³.

La civilización Inca⁵⁴ conocía, básicamente, tres formas de trabajo: el trabajo obligatorio en la agricultura, concebido como un esfuerzo colectivo en beneficio de la comunidad, para los hombres libres; el trabajo esclavo, realizado exclusivamente por los indios “yanaconas”; y la “mita-chanacuy”, que consistía en la contribución particular de trabajo para obras públicas o en la prestación de servicios personales al Inca (cacique), de carácter temporal, libre y de interés colectivo.⁵⁵

Por otro lado, la civilización Azteca,⁵⁶ geográficamente ubicada en Centroamérica (en las cercanías de donde hoy se encuentra la Ciudad del México), era semifeudal, y registra un

⁵² La referencia a los pueblos de América es necesaria, ya que la mayoría de los adoctrinadores tienen una “visión europea” de los orígenes del trabajo subordinado, olvidándose de la existencia de otras civilizaciones que, aunque no alcanzaron el estado cultural de escritura, han evolucionado social y jurídicamente. La sistematización jurídica de tales civilizaciones se denomina, de manera técnica, “derechos de pueblos no escritos”, y las expresiones “derechos consuetudinarios” o “derechos arcaicos” deben abandonarse, por impropias, como advierte GILISSEN. (Op. Cit., p. 33.). Antonio Carlos WOLKMER enseña que durante el transcurso de la “colonización” de las naciones latinoamericanas, luego de la llegada de los europeos a América, se impuso la reproducción eurocéntrica de una cultura de derecho filosófico y un aparato impuesto por el poder hegemónico de las metrópolis. (En: **Teoría crítica del Derecho desde América Latina**. España: Akal, 2017, p. 229).

⁵³ Los aborígenes del Río da Prata no alcanzaron la misma etapa, desde el punto de vista laboral, que los incas y aztecas, viviendo, básicamente, de la caza y la pesca, lo que llevó a algunos historiadores a concluir que no sabían “[...] una alegría mayor que leer toda la obra”. (Cfe. DESPONTIN, Luis A. **El derecho del trabajo: su evolución en América**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1947. p. 83). En ese momento, se destacaron los siguientes pueblos: a) “calchaquíes” (del altiplano boliviano y provincias argentinas limítrofes), quienes expresaron una impasible impaciencia ante la naturaleza hostil del lugar; b) “diaguitas” (en el centro de Argentina) y “comechingones” (en la región de Córdoba), vivían de la caza, la presa y la cría reducida de animales; c) “araucanos”, “pehuelches”, “huarpes”, “Patagones” y “onas” (en el sur de Chile y Argentina), con un sistema de trabajo de subsistencia insignificante; d) “guaranis” (en la región amazónica), también sin mucha importancia en la evolución de la obra subordinada, por la similitud con la obra desarrollada en la prehistoria (*Ibidem*, p. 83 a 90).

⁵⁴ El Imperio Inca alcanzó su apogeo entre los años 1000 y 1525, extendiéndose por gran parte de América del Sur (Ecuador, al norte, Chile, al sur, la selva amazónica, al este, y el Océano Pacífico, al oeste). (CATHARINO, José Martins. **Temas de direito do trabalho**. Río de Janeiro: Edições Trabalhistas, [sin fecha], p. 14-15).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶ Luis A. DESPONTIN observa las principales diferencias entre los aztecas y los incas: “*Los aztecas viven bajo un régimen semifeudal con una actividad comercial desarrollada. Dentro de la comunidad de Calpulli trabajamos en beneficio de cada uno, en forma de colectivismo, pero los menos disgustados, sobre todo en lo que a actividades rurales se refiere. Entre los incas el individuo se encuentra absorbido casi en absoluto por el Estado, que interviene e impone directivas, que en última instancia resultan en el soberano, supremo debido y supervisor de todo lo creado para crear, por su origen divino, que guía el bienestar. de su gente en la felicidad uniforme de sus componentes. Lo que en Méjico es una población viril e independiente -con excepción de los napas sociales inferiores-, en la constitución incanato sumisión y servilismo, que dará -este aspecto- verdaderas expresiones de cristalización y que si logra el bienestar colectivo es el precio del sometimiento y*”

historial de trabajo libre, desarrollado por los trabajadores, artesanos libres y parte de los agricultores⁵⁷, y el trabajo esclavo, que era realizado por prisioneros de guerra y criminales⁵⁸. El trabajo esclavo, sin embargo, no estuvo marcado por las mismas características que en Europa, ya que el esclavo aún era concebido como una persona, dotado de personalidad, y no era visto como una cosa, por lo que no existía la noción del ejercicio de derecho de propiedad sobre el esclavo⁵⁹, precisamente porque el trabajo manual no era motivo de inferioridad o vergüenza.⁶⁰

Las corporaciones profesionales comenzaron a surgir en Europa, a principios del siglo XII, como un fenómeno típicamente urbano. En este período, se inicia la transición del trabajo esclavo⁶¹ y del trabajo servil hacia el trabajo libre, aunque prestado en nombre de otros y bajo dependencia jerárquica⁶². La relación laboral no se estableció entre el trabajador y la corporación, sino entre el “empresario” (maestro, en la cúspide de la corporación) y el trabajador (oficiales, en escala intermedia, y aprendices, en la base de la pirámide), ambos en condición de miembros de una misma corporación, existiendo entre ellos una relación íntima, personal y jerarquizada.⁶³

la ruptura de toda su iniciativa. En el Perú, frente a la democracia militar de los aztecas, aparece un reino teocrático, con poderes ilimitados sobre sus hombres y para ellos lo aniquila”. (En: **El derecho del trabajo: su evolución en america.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1947, p. 61).

⁵⁷José Martins CATHARINO informa: “*Los agricultores, a su vez, se dividieron de la siguiente manera: los amos (teccalec); los unidos por parentesco (capullec; de calpulli: la forma azteca de colectivismo agrario); trabajadores en tierras extranjeras (mayeques; verdaderos servidores de la tierra); y los tlamanes, marginados o bestias de carga, considerados más como animales irracionales*” (traducido). (En: **Temas...** Op. Cit., p. 16).

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15 a 16.

⁵⁹ CASTORENA, J. Jesús. **Manual de derecho obrero.** 6. ed. México: Fuentes, 1973, p. 39.

⁶⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro.** Río de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 24.

⁶¹ Es importante recordar que el régimen de servidumbre fue predominante en la Edad Media (en el campesinado), aunque no excluyó por completo la esclavitud, que se sintió en el ámbito doméstico. Manuel Alonso OLEA alude a la figura del “esclavo doméstico”, mencionando también la existencia de la trata de esclavos como una forma de comercio habitual, nacional e internacional. (Op. Cit., p. 91).

⁶² Segadas VIANNA, sin embargo, entiende que el sistema era sólo “[...] una fórmula más suave para la esclavitud del trabajador”. (SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. Cit., p. 32).

⁶³ El instrumento legal utilizado para mantener la jerarquía profesional fue el contrato de aprendizaje, tal y como instruyó Manuel Alonso OLEA (Op. Cit., p. 104). En una obra clásica, Robert DARTON enfatiza las condiciones inhumanas del trabajo subordinado, que sometió a los “aprendices”, en Francia, en la Edad Moderna (hacia 1730), en los impresores de París, y la forma en que se rebelaron contra el maestro, ya llamado “burgués”, matando gatos en la Rue Saint-Séverin. (En: **O grande massacre dos gatos e outros episódios da história cultural francesa.** 2. ed. Río de Janeiro: Ediciones Grial, 1988, p. 103 a 139).

Como se puede verificar, se produce un cambio en el título legal por el que los frutos del trabajo eran cedidos a un tercero: antes, de manera obligatoria y sin espacio para la capacidad volitiva; ahora, de forma voluntaria, a través de un contrato.⁶⁴

El poder normativo de las corporaciones es otro factor relevante en el estudio de la evolución del trabajo subordinado, ya que empezaron a promover su propia reglamentación, a través de estatutos u ordenanzas corporativas, redactadas por maestros, con el propósito de disciplinar las complejidades de las condiciones laborales de cada profesión, hasta el surgimiento de la reglamentación por parte de organismos públicos⁶⁵. En esta fase, las relaciones laborales pasan a ser reguladas por el *Libro de los Oficios* o *Reglas de la Corporación*⁶⁶. Aquí se encuentra el origen de la dependencia técnica que, si bien no tipifica el contrato de trabajo, puede ser uno de los elementos relacionados con la dependencia jerárquica: el respeto a las directrices técnicas trazadas por el empleador.

Así, la Edad Media está marcada fundamentalmente por la transición del trabajo esclavo y servil, al trabajo libre, sin embargo, no ofrece una estructura jurídica propia del fenómeno del trabajo libre y subordinado.

El legado de la época medieval para el estudio del acoso laboral, no obstante, no puede considerarse tan positivo, en términos de la evolución de los derechos humanos. Aunque, en teoría, se pueda constatar que la Edad Media sería una especie de “puente civilizador” entre los regímenes de esclavitud y el servilismo y el trabajo libre, las características de opresión y exclusión de los trabajadores (tanto en relación con el centro de las decisiones de la sociedad, como al disfrute de los bienes de la vida) no se han modificado sustancialmente. Por el

⁶⁴ Manuel Alonso OLEA explica: “Se trata de un cambio, no solo jurídico, sino de esencialmente social. El contrato (relación entre dos personas libres) reemplaza la propiedad (relación entre el esclavo y su dueño) y la compleja relación de estatus, basada en la subordinación política y la propiedad de la tierra (relación entre el sirviente y su amo), y pasa a ser - el contrato - la base para atribuir los frutos del trabajo a una persona distinta del trabajador. La diferencia esencial consiste en que, en esta nueva situación, es necesaria la voluntad del trabajador, lo que no sucedía cuando se le consideraba un semoviente, falta de libertad (esclavitud), o cuando, aunque se le consideraba una persona, se le negaba justamente la opción de elegir entre trabajar o dejar de hacerlo (servidumbre)”. (Op. Cit., p. 100). Esta situación también se ve en los países de "common law", en la lección de Charles D. DRAKE “*The evolution of the modern employee form medieval serfdom confirms the truth of Sir Henry Maine's observation that progressive societies show a movement from status to contract*”. (En: **Labour law**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1973. p. 18).

⁶⁵ OLEA, Manuel Alonso. Op. Cit., p. 106 a 108.

⁶⁶ De acuerdo con Edgardo FERRARI COSTA, el “Libro de los Oficios” tenía un origen consuetudinario. En la lucha por mejorar las condiciones económicas de los artesanos se fueron estableciendo paulatinamente prescripciones, prohibiciones y otras reglas del oficio, hasta que Etienne Boileau - conocido como legislador de las Corporaciones -, escribió su gran obra, el “Libro de los oficios”. (Op. Cit., p. 15).

contrario, el ejercicio del poder de someter a otro ser humano está directamente relacionado con la riqueza y con la estructuración de clases sociales muy rígidas y definidas, aún cuando se pueda identificar que, en una u otra región o civilización, la subordinación podría ser un poco más suave. La "evolución" del contrato, tan “celebrada” por la doctrina tradicional, no alteró la situación concreta a la que los trabajadores permanecían sometidos, ni las características históricas estructuradoras del acoso, ya constatado desde la Edad Antigua.

1.1.3 Trabajo subordinado en tiempos modernos y codificación

La clase burguesa se establece en el escenario social, con el paso del tiempo, provocando la decadencia de las corporaciones, en paralelo con la expansión de las ideas de libertad, iniciativa y libre competencia. En este período, con la afirmación de la clase burguesa, también surge, en contrapartida, la clase obrera o el proletariado.

La revolución industrial⁶⁷ surgió en Europa a finales del siglo XVIII y principios del XIX, produciendo un cambio radical en la estructura de la sociedad humana, llevándola a una situación de caos,⁶⁸ denominada por la doctrina en general, como la “*cuestión social*”.⁶⁹

⁶⁷ Manuel Alonso OLEA señala como precedentes inmediatos de la Revolución Industrial: el debilitamiento de las relaciones de servidumbre (debido a la situación de pobreza del campo pre-Revolución - como consecuencia de la expansión demográfica - y la liberación de las obligaciones feudales de los siervos, aceptado así la tendencia al trabajo contractual por parte de personas que no tienen derechos reales sobre la tierra); mejoras preindustriales a las granjas (transformando la forma de vida en el campo); el tamaño de las explotaciones industriales (transformando el carácter de las artesanías o bienes semielaborados para su uso en el proceso de producción); mercantilismo de empresas y emigración a la ciudad, con el surgimiento de la ciudad industrial. (Op. cit., *passim* 160 a 169).

⁶⁸ Un relato conmovedor de la caótica situación de los trabajadores (con énfasis en el trabajo de mujeres y menores en las minas de carbón en Inglaterra), durante este período, se puede encontrar en la obra: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10 a 15.

⁶⁹ António Menezes CORDEIRO, con insuperable precisión, resume la “cuestión social”: “La búsqueda de lucro condicionada por la fuerte competencia existente en la naciente industria, la abundancia de mano de obra, la creciente especialización con el concomitante abandono de la autosuficiencia individual, sólo posible en las comunidades agrícolas, la falta de sensibilidad de las autoridades públicas ante el nuevo problema, las grandes concentraciones humanas sin la infraestructura necesaria, la falta de cuidado del ambiente, la ocurrencia cíclica de crisis económicas y una incapacidad cultural para comprender, de manera inmediata, los alcances, en las sociedades humanas, los pasos tecnológicos dados han conducido, como es sabido, a una situación de gran degradación de los trabajadores por cuenta de otros: bajos salarios, ampliación de la jornada laboral, malas condiciones de trabajo y, en general, condiciones de vida y de cultura, la falta de protección de la infancia, en la maternidad, en la enfermedad, en los accidentes y la vejez.” (En: **Manual...** Op. cit., p. 42; traducido).

En el plano jurídico, tras un largo período de ausencia de alteraciones, correspondiente a la Edad Media, se produjo, en esta etapa, un profundo choque infralegal en la regulación normativa del trabajo subordinado.⁷⁰

Movimientos ascendentes y descendentes⁷¹ fueron los principales impulsores del cambio significativo en el modelo jurídico-contractual de las relaciones laborales.⁷²

La libertad económica mantuvo al Estado, en un primer momento, indiferente a las contingencias económicas presentes en la prestación del servicio asalariado, por lo que la subordinación de la clase obrera a la burguesía estaba sujeta al libre juego de intercambios y combinaciones económicas, en una condición incuestionable de desigualdad jurídica (o contractual) y material.

La situación se agravó aún más con la proliferación de los ideales que inspiraron la Revolución Francesa⁷³, hasta que finalmente ocurrió una toma de conciencia, en el sentido de que la libertad en su forma absoluta, a nivel económico (carente de normas que regularan la prestación del trabajo subordinado), debilitaba demasiado al trabajador frente a la clase económicamente más poderosa.

⁷⁰ *Ibidem*, 1991. p. 41.

⁷¹ Segadas VIANNA enseña que los movimientos ascendentes consisten en las luchas de los trabajadores por mejores salarios y mejores condiciones de trabajo (a menudo con el uso de la violencia), mientras que los movimientos descendentes corresponden a la legislación otorgada por la intervención estatal (SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit., v. 1. p. 55). Es difícil afirmar que la normatividad del trabajo subordinado nació en algunos países (como en Brasil) exclusivamente de uno de estos tipos de movimientos, como lo hace VIANNA. Nos parece que habría, como mucho, preponderancia, ya que son movimientos coordinados y, hasta ciertos límites, interdependientes

⁷²A ellos, António Menezes CORDEIRO agrega: la difusión de diversas doctrinas sociales (cooperativismo, socialismos, doctrina social de la Iglesia), la aprobación del derecho al voto, hasta la consagración del sufragio universal (permitiendo a los trabajadores participar en los parlamentos), la decisiones judiciales (con énfasis en países de “common law”), cláusulas generales y conceptos indeterminados (en países de origen romano-alemán) y las revoluciones (que representan situaciones límite y que cambian todo el sistema legal de ciertos países). (En: **Manual...** Op. Cit., p. 43).

⁷³ Las ideas de libertad, igualdad y fraternidad triunfaron con la Revolución Francesa. El fundamento filosófico del principio de autonomía de la voluntad se basó en los siglos XIII y XIV, por los escolásticos tardíos, a través de Duns Scott y Guilherme D'Okam (responsables de la sustitución de la razón por la voluntad, como elemento determinante en la conducta de la vida humana) y por la aportación decisiva de Hugo Grotius, a principios del siglo XVII (con la valorización del hombre como centro del sistema). De esta forma, se edificaron las doctrinas del individualismo (todo en el mundo es reducible al individuo y nada en el sistema es superior al individuo) y del voluntarismo (solo la voluntad es capaz de generar derechos y deberes), su consecuencia lógica. La “fraternidad” se ha estudiado, hoy en día, como una forma de defender los derechos humanos. En este sentido, ver: BARZOTTO, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista de la Facultad de Derecho de la UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, 2018.

En efecto, el Estado empezó a intervenir en las relaciones del trabajo subordinado, estableciendo una disciplina general para el contrato de trabajo, en el cual, se presentaba con mayor fuerza el abuso de poder patronal, estableciendo cláusulas coercitivas, a fin de regular condiciones mínimas de trabajo que debían ser observadas en los contratos individuales. Por tanto, el Estado termina “legalizando” las relaciones laborales subordinadas.⁷⁴

Según Edegaro A. Ferrari Costa⁷⁵, las medidas intervencionistas dieron lugar a la estructuración jurídica de la subordinación, impulsando así la aparición de una legislación laboral, que fue adquiriendo importancia de acuerdo a la evolución económica. Llegando inclusive a imponer sus principios en los textos constitucionales, caracterizando así el fenómeno de la “verticalización de los derechos sociales”⁷⁶.

Las codificaciones modernas⁷⁷, iniciadas por el “Code” de Napoleón en 1804, e influenciadas por la Revolución Francesa de 1789⁷⁸, dieron una nueva vida al contrato de locación, con la supresión definitiva, del paradigma medieval, determinando así la permanencia

⁷⁴ Antonio de Lemos Monteiro FERNANDES enseña que el concepto de “juridificar” abarca el conjunto de procesos mediante los cuales el Estado interviene en ámbitos de la vida social, con métodos que limitan la autonomía de los individuos o grupos en la determinación de sus negocios. (En: **Direito laboral**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 20).

⁷⁵ Op. Cit., p. 20.

⁷⁶ El fenómeno consiste en la fijación de derechos sociales en las Constituciones, asegurando a tales derechos, especialmente los laborales, el “status” de norma constitucional. Amauri Mascaro NASCIMENTO utiliza el término “constitucionalismo social”, enseñando, además, que el fenómeno ocurrió por primera vez en la Constitución mexicana de 1917 (en el artículo 123, con 31 ítems, que tratan de asuntos laborales), seguida de la Constitución de Weimar. De 1919 (artículos 156-165), si bien la doctrina eurocéntrica destaca, en la mayoría de los casos, solo este último. Op. Cit., *passim* 25 a 29.

⁷⁷ Una referencia interesante la hace António Menezes CORDEIRO, en el sentido de que la Revolución Industrial y la cuestión social no son suficientes para explicar la aparición del Derecho Laboral moderno, pues la Historia ya había demostrado que, en épocas anteriores y en diversas culturas, las masas humanas fueron subyugadas por minorías en condiciones mucho más degradantes que las observadas en el siglo XIX (sin haber surgido una Ley del Trabajo), y, en el proceso mismo de formación del juslaboralismo, en el auge de la cuestión social, podrían haber sido aprovechados esquemas de protección previos a los trabajadores (esto no sucedió, ya que se han abandonado las experiencias históricas anteriores). De hecho, no fue sólo el fenómeno económico y social lo que determinó el surgimiento de la normatividad del trabajo subordinado; también surgió de la ciencia jurídica que existía en el siglo XIX, basada en codificaciones civiles, produciendo una “escisión” entre las experiencias francesa y alemana. (En: **Manual ...** Op. Cit., p. 43 y 44).

⁷⁸ Como enseña Joaquín HERRERA FLORES: “[...] las ideas de La Revolución Francesa no nacieron para generalizar la justicia social, sino para construir un orden burgués incipiente que se oponía a las servidumbres del Antiguo Régimen representado por las monarquías absolutas del siglo anterior. Para este nuevo orden – lo que en esta teoría de la cultura venimos denominando como la metodología de la acción social – no entraba dentro de sus objetivos propiciar el ascenso de las masas trabajadoras, de los nuevos propietarios mestizos y, mucho menos, de los esclavos desde su situación de subordinación a cotas de mayor poder y decisión. De hecho, muchos revolucionarios que creyeron en la generalización de las ideas liberales a las mujeres y a los excluidos, acabaron bajo la hoja afilada de la guillotina.” (In: **El proceso cultural**: materiales para la creatividad humana. Sevilla: Aconcagua, 2005. p. 31).

del sistema de locación, originado en el derecho romano, con los cambios introducidos por los usos locales.⁷⁹

Evidentemente preocupado por la simple igualdad formal, el Código de Napoleón estaba destinado a regular la posición del sujeto considerado individualmente. El sustento del sistema jurídico se centró en el individuo burgués⁸⁰ y, principalmente, en los bienes necesarios para su supervivencia y desarrollo.

Dicho Código, partía de una abstracción esencial en su finalidad isonomía, tenía pretensión de universalidad, de modo que, - al menos en teoría -, todos los individuos serían iguales ante la ley. Pietro Barcellona destaca esta nueva cualidad del sujeto moderno como "*sujeto de la propiedad moderna*"⁸¹.

Sin embargo, es evidente que el citado Código no se refería al contrato de trabajo como una categoría autónoma, con la finalidad de una tutela legal protectora, a pesar de que el fenómeno social derivado de las relaciones laborales del trabajo subordinado masivo empezara a mostrarse.⁸²

El Digesto francés sancionó, de manera genérica, en el Título VIII, el contrato de arrendamiento, en los artículos 1.713 al 1.831, dividiéndolo en dos tipos: cosas y obra⁸³. El trabajo autónomo y el realizado con dependencia jerárquica estaban amparados por la misma figura contractual, en los artículos 1.779 y siguientes⁸⁴.

⁷⁹ SABINO JÚNIOR, Vicente. Op. cit., p. 16 a 19.

⁸⁰ Entendido, predominantemente, como el hombre blanco, casado (o al menos debe serlo), heterosexual, católico, en perfectas condiciones de salud física y mental y parte de la clase burguesa.

⁸¹ En: **O individualismo propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 90.

⁸² CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., P. 46 y 47.

⁸³ "Art. 1708 - Hay dos tipos de contratos de arrendamiento: el de cosas y el de trabajo. [...] Art. 1709 - El arrendamiento de trabajo es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer algo por la otra, a un precio pactado entre ellas". Art. 1711 - Estos dos tipos de locación se subdividen a su vez en varios tipos particulares: Se denomina "arrendamiento", simplemente, el arrendamiento de casas y bienes muebles; "Arrendamiento" significa el de edificios rústicos; "Empleo" significa la contratación de trabajo o servicios; "Arrendamiento de ganado" significa el de los animales cuyos beneficios se reparten entre el propietario y aquel a quien el propietario los confía. Los "contratos" o "ajustes de precio fijo" para realizar una obra, por un precio determinado, son también arrendamiento cuando el material es proporcionado por aquel para quien se realiza la obra "(En: **CÓDIGO de Napoleón ou código civil dos franceses**. Rio de Janeiro: Record, 1962, p .237 y 238).

⁸⁴"Art. 1779 - Existen tres modalidades principales de arrendamiento de obra e industria: 1. El arrendamiento de personas trabajadoras que se pongan al servicio de cualquiera; 2. el de los conductores de vehículos, terrestres o acuáticos, que se encargan del transporte de personas y mercancías; 3. el de los contratistas de la construcción como resultado de contratos o ajustes " (Ibidem, p. 244).

El Código Civil español, publicado a través del Real Decreto de 24 de julio de 1889 parece haber adoptado una línea similar a la del derecho francés, por inspiración románica, tomando en cuenta que, en su art. 1.542, estableció que el “arrendamiento” podría referirse a cosas, obras o servicios. Sin embargo, el art. 1.544, de la misma disposición prescribía que el contrato de “obras o servicios”, es aquel en que *“una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio determinado”*. El Capítulo III, del Título VI, al sancionar el contrato, diferenciaba, *“el servicio de criados y trabajadores asalariados”* sección 1, y *“las obras por ajuste o precio alzado”* el apartado 2, ante la inexistencia aún de un contrato específico para el trabajo subordinado.⁸⁵

El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB)⁸⁶, en vigor desde 1900, casi un siglo después de la edición del Digesto Napoleónico representa la segunda fase de la codificación y contribuye a la consolidación del trabajo subordinado por la Revolución Industrial, aunque no confirió, igualmente, disciplina jurídica al trabajo subordinado, opción no inmune a la crítica⁸⁷.

Se puede observar, por lo tanto, que las principales codificaciones de la Edad Moderna no otorgaban autonomía y tipicidad al contrato de trabajo realizado bajo dependencia jerárquica, ya que tenían como objetivo primordial el mantenimiento del "status quo", representando, por tanto, la expresión del poder hegemónico. Evidentemente, el período moderno - cuando aparecen las codificaciones - no trajo, en relación al acoso moral, cambios estructurales importantes en comparación con períodos históricos anteriores, ya que los principales cambios ocurrieron en el plano formal, sin otorgar al trabajo subordinado un modelo jurídico diferente al marco de trabajo no subordinado con el propósito de proteger la parte más vulnerable de la relación. De esa forma, la subordinación personal del trabajador - elemento

⁸⁵ Si bien el Código ya contemplaba "evidencias" del hecho de "subordinación" en los arts. 1.583 a 1.587, en las frases o expresiones *“El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo”*, *“sirviente”*, *“criado”* e *“amo”*.

⁸⁶ Franz WIEACKER destaca las principales características de la codificación alemana: *“El BGB es - de una manera que corresponde al ideal positivista de plenitud y la conexión estricta del juez con la ley - una codificación, es decir, un propósito para la exhaustiva recopilación final de su material. A través de una rigurosa estructura conceptual y una renuncia casi total a la casuística, además obtiene, su famosa claridad y coherencia. Mediando los códigos anteriores del jusnaturalismo y el BGB está la escuela estrictamente conceptual y sistemática de pandectística”* (Op. Cit., p. 543; traducido).

⁸⁷ Otto von Gierke y Anton Menger dirigieron críticas de esta inexplicable omisión en la codificación alemana en sus obras. De hecho, no hubo omisión absoluta, ya que el BGB, en la parte de locación de servicios, previó el deber de asistencia al trabajador, bajo la responsabilidad del empleador (consistía en los deberes de cuidado en la enfermedad y protección contra los peligros que amenazan la vida o la salud del prestador de servicios). Cfe. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., p. 48.

básico para el estudio de la violencia psíquica laboral - no fue considerado como un hecho relevante para una estructuración normativa autónoma, de carácter protector.

1.1.4 Trabajo subordinado en Brasil y la formación de su estructura normativa

En el sistema jurídico brasileño, la estructuración normativa del trabajo subordinado comenzó a perfilarse en el Período Imperial, una vez que el trabajo libre y autónomo, en el Período Colonial⁸⁸, era inexistente, gracias a la masificación y la facilidad del trabajo esclavo⁸⁹. El trabajo subordinado libre, por lo tanto, no experimentó una estructuración normativa. Sin embargo, sí existía en el Período Colonial⁹⁰ un ordenamiento genérico de la locación de cosas, proveniente de las Ordenaciones y debido a la aplicación de las leyes portuguesas en el territorio brasileño.⁹¹

⁸⁸ Gilberto FREYRE destaca el panorama de la época: “*En América Tropical se formó una sociedad agraria bajo una estructura esclavocrata como técnica de explotación económica, híbrida, indígena - y más tarde de negro - en su composición. Una sociedad que se desarrollaría defendida menos por la conciencia de raza, casi ninguna en el portugués cosmopolita y plástico, que por el exclusivismo religioso desplegado en un sistema de profilaxis social y política. Menos por acción oficial que por el brazo y la espada del individuo. Pero todo esto está subordinado al espíritu político y al realismo económico y jurídico que aquí, como en Portugal, ha sido un elemento decisivo de la formación nacional desde el siglo I*”. (En: **Casa-grande e senzala**. 43. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 79; traducido).

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Direito...** Op. Cit., p. 27.

⁹⁰ Almiro Eduardo de ALMEIDA identifica a tres grandes "empleadores" en el Brasil colonial: los señores del azúcar; exploradores mineros; y caficultores (En: **Emprega-dor** – a participação da classe dominante na construção do direito do trabalho no Brasil – uma história forjada com alienação, estranhamento e ideologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, páse 47 a 83). También se recomienda: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** – formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001 (en particular, p. 236 a 258); y HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008 (en particular, p. 43 a 70).

⁹¹ Ives Gandra da Silva MARTINS FILHO refiere que las Ordenaciones Afonsinas fueron promulgadas en 1480, las Ordenaciones Manoelinas en 1520 (poco después del descubrimiento de Brasil) y las Ordenaciones Filipinas en 1603 (que persistieron hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1916). Aquí se puede ver una relación íntima con la ley española y el sistema legal brasileño, ya que durante tres siglos las Ordenaciones emitidas por el rey español se aplicaron en el Brasil colonial en la época de la unión ibérica (En: O sistema jurídico brasileiro. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, n. 18, p. 56-69, septiembre de 1999.). Alfredo BUZAID recuerda que, en el derecho de lo período de los reyes, las ordenanzas ya previstas para el arrendamiento: “*En Portugal las tres Ordenaciones (Afonsinas, liv. IV, título 73; Manuelinas, liv. IV, título 57; Filipinas, liv. IV, título 23) reguló los alquileres de las casas, pero los autores que comentaron sus disposiciones, escribiendo en lengua latina, utilizaron la expresión "locatio conductio rei"*” (En: Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991; traducido).

Como el primer marco de codificación en el sistema jurídico brasileño⁹², el Código de Comercio de 1850 (Ley 556) ya disponía de una regulación de la locación mercantil, en los artículos 226 al 246, que la definía como el contrato por el cual una de las partes estaba obligada a entregar a la otra, por un tiempo determinado y precio justo, el uso de algo, o su trabajo⁹³. No obstante, es relevante mencionar, la reglamentación del contrato de trabajo de los empleados mercantiles, en el capítulo IV del Título III del Estatuto Mercantil, en los artículos 74 a 86, denominada preposición mercantil⁹⁴. A pesar de que la relación laboral con dependencia jerárquica (y libre - es decir, en la época, aún estaba presente la esclavitud) aún no está delineada legalmente, ya existía una disciplina legal de la situación, obedeciendo, sin embargo, a los parámetros del individualismo, formadores del Derecho Privado⁹⁵.

El Código Civil, de principios del siglo pasado (1916), editado en la época del trabajo exclusivamente libre (cuando la esclavitud ya estaba abolida), adoptó la tipología tripartita del Derecho Romano⁹⁶. Así, en el capítulo IV sancionó el contrato de locación de cosas (artículos

⁹² Antes del Código de Comercio existían leyes que se ocupaban del arrendamiento de servicios: la primera fecha del 13 de septiembre de 1830 (regulaba el contrato escrito para el arrendamiento de servicios, con evidentes remanentes de mano de obra esclava); y el segundo tenía el n° 108 y fue promulgado el 11 de octubre de 1837 (decretado con el propósito especial de regular el trabajo, por contrato, de los extranjeros, para la colonización de Brasil). (Cfe. GOMES, Orlando. **Direito...** Op. Cit). La Ley 108 es de especial importancia, porque estableció la hipótesis de causa justa para la alteración del lugar (PRADO, Roberto Barreto. *Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil*. En: **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1986). José Martins CATHARINO también menciona que el Decreto 2.827, de 3.15.1879, derogó las dos leyes antes mencionadas, determinando, no obstante, el modo cómo se debe llevar a cabo el “contrato de arrendamiento de servicios” aplicado a la agricultura, ya que el resto de arrendamientos de servicios eran regidos por las Ordenanzas (las civiles) y el Código de Comercio. (En: **Contrato de trabalho: com comentários aos artigos 442/510 da CLT** 2. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965. p. 11.)

⁹³ “Art. 226. *Arrendamiento mercantil es el contrato por el cual una de las partes se compromete a dar a la otra, por un tiempo determinado y por un precio determinado, el uso de algo o de su trabajo. La persona que da la cosa o presta el servicio se llama arrendador, y la persona que toma o acepta el servicio, arrendatario*”. (énfasis añadido).

⁹⁴ “Art. 74. *Todos los supervisores, contables, dependientes y cualquier otro representante de las casas de comercio, antes de entrar en su ejercicio, deberán recibir una designación por escrito de sus jefes o proponentes, quienes se registrarán en el Tribunal de Comercio (art. 10, inciso 2); pena de ser privado de los favores que este Código otorga a los de su clase*” (énfasis añadido).

⁹⁵ Orlando GOMES enumera los principales “favores” (la expresión es oportuna, ya que el contrato se estructuró en un Código con marco privado, en ausencia del escenario jurídico de la época o el principio de protección), legales otorgados a los representantes: “a) el derecho al salario por tres meses, en caso de que el representante, por accidentes imprevistos y culpables, no pueda realizar el trabajo (art. 79 del Código de Comercio); b) el derecho a la indemnización por cualquier daño extraordinario que recaiga sobre el representante al servicio del proponente (art. 80 del Código de Comercio); c) el derecho a un mes de salario en caso del representante cesado, por falta de ajuste en el plazo (art. 81 del Código de Comercio)” (En: GOMES, Orlando. **Direito do...** Op. Cit, p. 30-31; traducido).

⁹⁶ Antes del primer Código Civil, se redactó la Consolidación de Leyes Civiles, resultado de un contrato entre la asesora jurídica Teixeira de Freitas y el Gobierno Imperial, suscrito el 10.15.1855. La citada consolidación contemplaba el arrendamiento de cosas, en los artículos 650 a 678, el arrendamiento de servicios, en los

1.188 a 1.215), el arrendamiento de servicios (artículos 1.216 a 1.236) y el contrato de obras (artículos 1.237 a 1.247). En el contrato de arrendamiento de servicios, merecen mención los artículos 1.220⁹⁷ y 1.221⁹⁸, que posteriormente pasaron a incorporarse, con pequeñas variaciones, al texto de la Consolidación de las Leyes Laborales. El primero limitó la duración del contrato por un período determinado, estableciendo una prohibición para la estipulación de un período superior a cuatro años, evitando así, el abuso de poder económico del prestador del servicio y la perpetuidad en la prestación de trabajo. El segundo, por su parte, instituyó la obligación de un aviso previo, con la notoria intención de garantizar seguridad jurídica a las partes contratantes, en caso de resolución unilateral del contrato.

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, el Digesto Civil sancionó, a través de un único contrato típico - del arrendamiento de servicios -, dos situaciones fácticas distintas: trabajo libre autónomo (por cuenta propia) y trabajo libre subordinado (por cuenta ajena)⁹⁹.

La absoluta impropiedad de la disciplina jurídica del trabajo subordinado por el arquetipo jurídico privatista, luego de varios movimientos sociales¹⁰⁰ y algunas leyes dispersas de cuño laboral¹⁰¹, planteó la necesidad de una estandarización específica de la relación laboral,

artículos 679 a 695, y el arrendamiento de servicios a extranjeros, en los artículos 696 a 741. Aunque no entró en vigencia en Brasil, inspiró varias codificaciones latinoamericanas, en particular la de Argentina (En: CONSOLIDACIÓN de leyes civiles. Río de Janeiro: H. Garnier, 1896).

⁹⁷ “Artículo 1.220. El arrendamiento de servicios no podrá pactarse por más de 4 (cuatro) años, aunque el contrato se deba al pago de la deuda del arrendador, o esté destinado a la ejecución de cierta y determinada obra. En este caso, transcurridos 4 (cuatro) años, se dará por terminado el contrato, aunque la obra no se haya completado (art. 1.225” (traducido).

⁹⁸ “Artículo 1.221. A falta de un plazo estipulado, ni se puede inferir de la naturaleza del contrato, o de la costumbre del lugar, cualquier parte, a su discreción, previo aviso, podrá rescindir el contrato” (traducido).

⁹⁹ Este hecho es innegable en vista del uso, por parte del codificador, de la expresión “sirviente”, al establecer el plazo estatutario de cinco años para postular el pago de sus salarios (art. 178, § 10, V), e incluso más notoriamente, mediante el uso de las expresiones “jefe” y “amo”, en perfecta simetría con sus figuras antípodas “empleados” y “sirvientes”, dando responsabilidad civil por actos ilícitos (art. 1.521, III), demostrando que han contemplado, en su texto, no solo un trabajo independiente, sino también efectivamente subordinado, máximo si se tiene en cuenta que, para los codificadores, existía la idea (aunque ilusoria) de que el ordenamiento jurídico sustentado por el Código era hermético, completo, sin “vacío legal”. En sentido convergente, a propósito: ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 21.

¹⁰⁰ Los movimientos de trabajadores en Brasil a principios del siglo pasado, especialmente en los años 1903 (huelga de cocheros, textiles y metalúrgicos), 1907 (huelga de albañiles) 1908 (huelga de tejedores), son descritos por Tarso GENRO. (En: **Direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1985. p. 31). Joaquín HERRERA FLORES recuerda la huelga general de 1917 que sacudió São Paulo, con más de 50 mil trabajadores paulistas (de una población de 300 mil), que salieron a las calles para hacer demandas concretas. (En: **El proceso ...** Op. Cit., p. 41).

¹⁰¹ Se puede encontrar una lista parcial de la legislación especial anterior a la edición del CLT en GOMES, Orlando. **Direito...** Op. Cit., p. 35.

que permitiera alcanzar el sistema contenido en el Decreto-Ley 5.452/43 (Consolidación de las Leyes Laborales)¹⁰².

Con clara inspiración en los principios básicos del orden sindical corporativo del fascismo¹⁰³, la Consolidación de las Leyes Laborales, nació como resultado del Estado Nuevo, bajo el amparo de la Constitución de 1937. Entre las innovaciones se encuentran muchas de las que, actualmente, se propagan como novedades que trae el Código de Protección al Consumidor (Ley 8.078 / 90)¹⁰⁴, y que generan una ruptura con el paradigma contractual clásico¹⁰⁵.

¹⁰² En América Latina, a partir de la década de 1930, varios países adoptaron códigos o leyes laborales generales: Ecuador (1938); Bolivia (1939 y 1942); Costa Rica (1943); Nicaragua (1945); Guatemala y Panamá (1947); Colombia (1948); República Dominicana (1951); Honduras (1959), Paraguay (1961) y El Salvador (1963). En: BARBAGELATA. Héctor-Hugo. **O direito do trabalho na américa latina**. Río de Janeiro: Forense, 1985. p. 68 .

¹⁰³ *"Una visión panorámica de su modelo da fe de la imitación "* (traducido) en términos de Orlando GOMES. En: Ensayos sobre derecho civil y derecho laboral. Río de Janeiro: Aide, 1986. p. 192.

¹⁰⁴ Curiosa, por cierto, la inmensa dificultad de los adoctrinadores civilistas - en general - en aceptar que la CDC no fue pionera en romper con el paradigma contractual clásico (los trabajos doctrinales al respecto, en la parte histórica, simplemente guardan silencio sobre la originalidad de la CLT, en particular). Igualmente difícil para ellos es aceptar la idea de proteger a uno de los contratistas. Parece que, si lo hacen, estarán vilipendiando las bases del Derecho Privado. Sin embargo, olvidan que el principio de isonomía (preordinador de todas las ramas del derecho) debe entenderse en su sentido sustancial y no meramente formal. Sin embargo, la doctrina "consumerista" no reconoce la palabra "protección", prefiriendo denominaciones eufemísticas: "principio de equidad o equilibrio contractual" o "principio de vulnerabilidad". De nuevo, la doctrina olvida que, para buscar el equilibrio, es necesario admitir, "a priori", el desequilibrio y, por tanto, la necesidad de "protección". En cuanto al principio de equidad contractual, ver el excelente trabajo: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 282 al 397.

¹⁰⁵ Cabe mencionar: [a] la utilización, por primera vez, en un texto sistematizado y codificado, en nuestro ordenamiento jurídico, del principio de protección o de tutela de los desfavorecidos contractual o jurídicamente - o, aún, del "favor laboratoris" -, con la pretensión de (re) equilibrar el contrato, siguiendo una determinación constitucional, plasmada en el principio de isonomía (marcado, básicamente, por la operacionalización de los artículos 9, 444 y 468), en flagrante incumplimiento del antiguo modelo, fisonomizado por el principio de autonomía de la voluntad individual; [b] la viabilidad de la revisión judicial de los contratos, en particular por la técnica de la amputación - la cláusula ilegal - y el injerto - del mínimo previsto en la ley (artículos 9 y 468), desvaneciendo el tono fuerte del principio de intangibilidad del contrato alcanzado en el ámbito del Derecho Privado; [c] la relativización de la autonomía patrimonial de la persona jurídica, con la responsabilidad de otras empresas del grupo económico, independientemente de la prueba de culpabilidad, proporcionando así un terreno fértil para el desarrollo futuro de la teoría del despersonalización de la persona jurídica, en nuestro sistema (artículo 2, párrafo 2); [d] responsabilidad objetiva y solidaria en el polo subjetivo más fuerte (contractual y jurídicamente), en el caso de un grupo empresarial (artículo 2, párrafo 2) y un contratista por reclamaciones laborales no pagadas por el subcontratista (artículo 455), haciendo los principios de autonomía de la voluntad y la relatividad - tan caros en el Derecho Privado - con el abandono de la idea de culpa, en aras de la rendición de cuentas; [e] la constitución previa de la prueba de los hechos comerciales, que incumbe al empleador, en cuanto a la relación de derecho sustantivo, la confección y custodia de la mayoría de los documentos relacionados con el contrato (como ejemplos: artículos 41, 74, § 2, 135, 145, párrafo único, 168 y 464); [f] la existencia de convenios colectivos entre sindicatos (posteriormente rebautizados convenios colectivos de trabajo, con el DI. 229/67, que innovó al introducir convenios colectivos de trabajo), con efecto normativo e incidencia obligatoria en los contratos laborales individuales. empleo, afectando así los principios de autonomía de voluntad y relatividad (artículos 611-625), con posterior reconocimiento constitucional (artículo 7, XXVI de la actual Constitución Federal); [g] el efecto normativo y "ultrapartes" de las decisiones dictadas en acciones colectivas, que permitan interferir en los contratos individuales de trabajo (artículos 868-

El derecho privado hizo innegables “concesiones” para el reconocimiento de la subordinación en el contrato de trabajo.

La dependencia jerárquica solo se cambió (compensó) con el impacto de algunas de las bases más importantes del Derecho Civil: despreciando la manifestación de la voluntad de las partes y vulnerando el principio de la autonomía y voluntad del individuo (pilar del modelo contractual clásico); debilitando el principio de “*pacta sunt servanda*”; flexibilizando el principio de relatividad contractual; y, además, abandonado la “teoría de la culpa”, cuyo propósito era atribuir responsabilidades. Todos constituyen “agresiones imperdonables” al marco lógico-sistemático del Derecho Privado, contemplado en el Código Civil vigente en ese momento.

871); [h] la aplicación de los deberes anexos derivados de la buena fe (el “contrario sensu” del texto contenido en los artículos 482 y 483), aunque de manera incipiente y asistemática, se materializa en un ejemplo de pionero y avance en la ámbito de la Ley Privada; [i] la rendición de cuentas de la parte más fuerte (contractual y legalmente) en el negocio, incluso en caso de fuerza mayor o circunstancias imprevisibles, rompiendo con el paradigma civil de que la superveniencia de estos fenómenos, sin culpa del deudor (de los salarios, en este caso), resolvería la obligación, de forma gratuita (artículos 501-504); [j] la atribución de responsabilidad a quién mas pueda pagar los créditos laborales, independientemente de culpa (o pacto civil o mercantil en sentido contrario), en los casos de sucesión de empleadores (art. 10 c/c art. 448), lesionando, de esa forma, el principio de relatividad contractual; [k] la obligación de indemnizar, impuesta al empleador, por el daño presunto, resultante de la terminación del contrato de trabajo por tiempo indefinido, mediante la indemnización que imponga la ley, cuando el empleador rescinda el contrato, sin causa legalmente pertinente (artículo 478), actualmente sustituida por la indemnización compensatoria (artículos 7, I, de la Constitución Federal y 10, I, de la ADCT), abandonando así la teoría de la culpabilidad a los efectos de la rendición de cuentas, adoptada por el Código Civil vigente en ese momento; [l] imposibilidad de resolución del contrato (extinción sin causa legalmente relevante), por una de las partes (empleador), cuando el empleado hubiera adquirido estabilidad de diez años, siendo sólo posible la resolución judicial del contrato, por medio de una investigación judicial para determinar el incumplimiento del empleado (artículos 492 y 853-855); [m] la imposibilidad de modificar el contrato, aun cuando exista la voluntad de ambas partes, si se encuentra daño al empleado (art. 468), subestimando la voluntad, ícono del voluntarismo, que impregnaba las normas del Derecho Civil; [n] la imposición a una de las partes (empleador) del cumplimiento de la prestación principal (pago de salario), aun cuando no hubo ejecución de la respectiva obligación por la otra parte (empleado), bajo algunas circunstancias (sociales, biológicas, religiosas, cívicas o festivas), en las llamadas interrupciones contractuales, socavando así la rígida señalagma propia de los contratos bilaterales.

Luego de la Consolidación de las Leyes Laborales, continuaron varias leyes que tenían como objeto el trabajo subordinado¹⁰⁶, aunque estas se mantenían como núcleo central¹⁰⁷ del microsistema o subsistema juslaboral.¹⁰⁸

En la actualidad, el trabajo subordinado pasa por una nueva etapa, muy bien definida por Carmen Camino¹⁰⁹. El marco inicial de esta etapa es la caída del Muro de Berlín, que simboliza el derrumbe de todas las fronteras ideológicas a favor del capitalismo, operando plenamente la “*globalización de la economía*”.¹¹⁰

La estructuración jurídica, en relación a este fenómeno, en nuestro sistema, se ha producido de dos formas: a través de la flexibilidad¹¹¹, con el mantenimiento de la estructura

¹⁰⁶ Las Constituciones, núcleos del sistema jurídico, desempeñaron un importante papel histórico y normativo para el Derecho Social (en particular, para el Derecho Laboral). Sin embargo, las Constituciones no procedieron a la estructuración normativa del trabajo subordinado, precisamente porque no tienen tal finalidad. Por otro lado, le corresponde al legislador infraconstitucional proceder a la construcción normativa del trabajo subordinado, basado en principios y valores humanos emancipadores, positivizados en normas constitucionales. Aunque la Constitución pueda tener diferentes acepciones (el sociológico, defendido por Ferdinand Lassalle; el político, conceptualizado por Carl Schmitt; y el jurídico, apoyado por Hans Kelsen), tal como lo imparte José Afonso da SILVA (En: **Curso de direito constitucional positivo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 38-39), lo cierto es que, además de representar una opción socio-político-económico-cultural de un pueblo, en un tiempo y espacio determinados, revela los preceptos normativos fundamentales, con un alto grado de abstracción. Para JJ Gomes CANOTILHO, la Constitución tiene las siguientes funciones: constituir normativamente el Estado; racionalizar y limitar los poderes públicos; fundamentar el orden jurídico de la comunidad; instituir un programa de acción (En: **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 72 a 74). Por estas razones, el análisis de las normas constitucionales ha sido excluido del enfoque actual. Sin embargo, un estudio detallado de las Constituciones brasileñas, con repercusión en el Derecho laboral, se puede encontrar en SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. Cit., p. 67 a 77.

¹⁰⁷ La idea de que los Códigos deben seguir siendo el eje central del sistema, defendida por algunos adoctrinadores (Ver: MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 28, n. 112, 1991, p 23 a 28) es antiguo y no tiene soporte en la actualidad. La Constitución es el eje del sistema, y los Códigos, que representan verdaderos microsistemas o subsistemas, asumen una posición periférica en relación a la Constitución. La Constitución, por tanto, tiene injerencia directa y efectividad inmediata sobre toda la legislación infraconstitucional.

¹⁰⁸ El término “microsistema” es utilizado por Orlando GOMES, mientras que el término “subsistema” es mencionado por Menezes CORDEIRO, en trabajos ya mencionados.

¹⁰⁹ CAMINO, Carmen. Op. Cit., p. 31. En sentido convergente: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Modernidade e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, n. 1, enero/mar. 2001, p. 153.

¹¹⁰ Ulrich BECK enseña que, con base en el concepto de “globalidad”, el concepto de “globalización” puede describirse como “un proceso” que establece espacios y vínculos sociales transnacionales, revaloriza las culturas locales y trae otras culturas a un primer plano, es decir, en la ausencia de un estado mundial (En: **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2008, p. 29 a 39). Sobre el tema de la “globalización”, ver también: SOUZA, Alberto de. **Direito, globalização e barbarie**. São Paulo: LTr, 1998; FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. **Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998; ROMITA, Arion Sayão. O impacto da globalização no contrato de trabalho. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 19, 2001, p. 28 a 40.

¹¹¹ Si bien el tema no se puede abordar ahora, la palabra “flexibilización” también se usa en el sentido de “desregulación”, como una especie de eso, distinguiéndose solo por el grado de intensidad. De hecho, la palabra es polisémica, admitiendo varios significados que se le atribuyen, como acertadamente menciona Rosita de

normativa maestra, aunque posibilitando, alteraciones a la legislación mediante negociaciones colectivas (representada por las reglas contenidas en los incisos VI, XIII y XIV del artículo 7º de la Constitución Federal)¹¹² o por medio de la desregulación, que corresponde, a grandes rasgos, a la derogación de las normas laborales, pura y simplemente, o, entendido de forma más breve, a la posibilidad de derogación de las normas imperativas por las partes, individualmente, caso por caso¹¹³. Para Maria do Rosário Palma Ramalho, las tendencias modernas de los cambios antes mencionados, han llevado al Derecho Laboral a incidir en una tradicional tendencia reguladora a universalizar e intensificar la protección de los trabajadores, movimiento que se conoció como “flexibilización del Derecho Laboral”, inidiendo en dos áreas: en la tipología de las relaciones laborales, proponiendo su diversificación (flexibilidad externa) y en el régimen jurídico del vínculo laboral, tendendo a disminuir su rigidez (flexibilidad interna)¹¹⁴. Para la jurista Portuguesa, en paralelo a estas tendencias, surge la “desregulación del Derecho Laboral” que, al no tener autonomía, acaba siendo redirigida al *modus operandi* propio de la flexibilización, que recientemente ha propuesto una nueva línea de modificación de esta área

Nazaré Sidrim NASSAR, en una de las primeras obras en las que abordó el tema en la doctrina brasileña. (En: **Flexibilização do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1991. p. 17).

¹¹² Otros ejemplos que muestran la flexibilidad del sistema legal brasileño se pueden mencionar. La Ley 8.949/94, que añadió el párrafo único al artículo 442 de la CLT, evidencia una “ideología de flexibilización”, al incluir disposiciones legales absolutamente innecesarias, desde el punto de vista legal, en el sentido que el contrato de sociedad cooperativa ya tenía características típicas nuestro sistema, por motivo de la Ley 5.764/71 (norma posterior a CLT), que evidentemente no debe confundirse con el contrato de trabajo. La Ley 9.601/98 (de dudosa constitucionalidad), que permite un contrato de duración determinada, fuera de los casos excepcionales de la CLT, a través de la negociación colectiva, es sin duda un reflejo de los “vientos flexibles”. Mozart Victor RUSSOMANO va más allá, considerando el citado texto legal “[...] el comienzo de la desregulación del derecho laboral brasileño” (En: **Direito do trabalho do século XX**. Curitiba: Génesis, 1998. p. 13; traducido). La Medida Provisional No. 1.709, 8.8.98 (reeditada varias veces), al introducir el régimen de tiempo parcial, también brinda “visión flexibilizadora” (Ver: ROMITA. Arion Sayão. **Novas perspectivas contratuais: o contrato de trabalho**. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 18, p. 213-245. José Martins CATHARINO, por su parte, señala en el texto consolidado ejemplos de flexibilidad: contratos de duración determinada (arts. 443, 445, 479, 480 y 481); salario (art. 503, 504 y 468, párrafo único); horas suplementarias y horas extraordinarias (arts. 59 y 61); vacaciones colectivas (art. 139) y la “venta” de parte del período de vacaciones (143); y la conversión de la reintegración en doble indemnización (art. 496). (En: **Neoliberalismo e seqüela**. São Paulo: LTr, 1997. p. 58 a 63).

¹¹³ Respecto al intento de romper el paradigma normativo actual, Carmen CAMINO advierte: “*Sin embargo, es cierto que, ante los avances tecnológicos y las comunicaciones inmediatas, no hay más distancias que medir, ni obstáculos que considerar y la Humanidad, perpleja se ve envuelta en un insólito sistema de intercambio universal sin precedentes en todas las ramas de las relaciones humanas. Si este avance marca un mundo sin fronteras, en cambio, crea una gigantesca maraña de conflictos de todo tipo, en un proceso de acomodación que marcará este fin de siglo y tendrá una dolorosa repercusión en el campo social. Esto se debe a que, a pesar de todos los avances científicos logrados, el hombre no ha superado las heridas sociales que desgarran el planeta, especialmente la pobreza*” (Op. Cit., p. 31; traducido).

¹¹⁴ En: **Tratado de direito do trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Parte I: Dogmática general, p. 70-71.

jurídica que busca introducir cierta moderación a las medidas de flexibilización, denominándose “flexiseguridad”¹¹⁵.

Con esto, todos los logros alcanzados a lo largo del tiempo con el propósito de proteger jurídicamente a los trabajadores, corren grave riesgo de ser destruidos por el capitalismo globalizado.

La globalización, como lo plantea Maria José Fariñas Dulce¹¹⁶, es un proceso histórico que inició hace unos treinta o cuarenta años atrás, en cual estamos inmersos. Es un término procedimental (“globalizar”), con dos elementos: uno formal o técnico (que consiste en las nuevas tecnologías y la Revolución Informática) y otro material o ideológico (consistente en el neoliberalismo económico, en el ámbito de la economía, y neoconservadurismo político, cultural y social). La desregulación es la técnica jurídica más característica del proceso de globalización¹¹⁷, y en el contexto laboral, la desregulación tiene una consecuencia directa en la estructura democrática de la sociedad occidental moderna, desplazando el trabajo como el elemento central de la estructuración social y quebrando el vínculo social de la integración de los ciudadanos con la sociedad¹¹⁸.

En el sistema jurídico brasileño, la Ley 13.467/2017 es un ejemplo evidente del proceso de globalización¹¹⁹, que introdujo la denominada "Reforma Laboral"¹²⁰, siguiendo el ritmo

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ En: Ajustes neoliberales al constitucionalismo social. **Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miséria**. Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coord. Madrid: Dykinson/IDHBC, 2015, p. 119 a 136.

¹¹⁷ Maria José FARIÑAS DULCE enseña que la globalización desregula los “mercados financieros” (que lleva al capitalismo especulativo), la “política” (que lleva a la privatización de los espacios públicos y comunitarios de la ciudadanía, a la pérdida de legitimidad del poder político y sus actores gobernantes, el debilitamiento del Estado como actor político, la redefinición del rol regulador del Estado en cuanto al grado de intervención en el funcionamiento de la economía, el predominio de oligopolios financieros que cooptan la acción política de los gobiernos), “de las tierras, los bienes públicos y recursos naturales ” (que se abren al negocio privado, con el pretexto de atraer capitales e inversiones extranjeras, pero terminan produciendo monocultivos que destruyen la economía y la agricultura locales). En: Ajustes neoliberales al constitucionalismo social. (*Idem*).

¹¹⁸ Maria José FARIÑAS DULCE advierte “*Con la desregulación del mercado laboral se ha abierto el camino a la privatización del vínculo social*” (*Idem*).

¹¹⁹ Vólia Bomfim CASSAR lo denomino un “monstruo legal” (En: La reforma laboral y autonomía de voluntad del trabajador. **Revista Magister do Trabalho**, n° 79, julio/agosto de 2017, Porto Alegre, p. 9). Según Leandro DORNELES: “*posiblemente estemos ante el cambio más impactante en el istema jurislaboral nacional desde su origen, en la década de los cuarenta*” (A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedéutica juslaboral. En: **A Reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 63).

¹²⁰ Aunque ya existe una fructífera bibliografía sobre la “Reforma Laboral”, son pocas las obras que emiten un juicio crítico, por lo que citamos: SEVERO, Valdete Souto y MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da reforma trabalhista** – pontos e contrapontos. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sensus, 2017; **Resistência** – aportes teóricos

globalizador del capitalismo neoliberal especulativo, y generando cambios estructurales en la CLT, desnaturalizándola como estatuto protector de los trabajadores¹²¹⁻¹²².

contra o retrocesso trabalhista. Coordinadores: SEVERO, Valdete Souto y MAIOR, Jorge Luiz Souto. 1ª ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017 (obra que tuvo dos volúmenes más publicados recientemente). José Felipe LEDUR plantea que “*el examen de una serie de cambios introducidos por la Ley 13.467/17 muestra su incompatibilidad con los derechos fundamentales, requiriendo que se exija en el ámbito judicial, la declaración de inconstitucionalidad o de interpretación de acuerdo a los derechos fundamentales para que se presente ‘más de una norma’ en el texto interpretado, o incluso la declaración de nulidad de cláusulas normativas que restrinjan o supriman indebidamente derechos fundamentales*”. En: Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e reforma trabalhista. **Revista LTR**, 81-10/2017, p. 14 (traducido).

¹²¹ Para Leandro DORNELES, “*el legislador reformista propone una reorganización de principios y, en esto, pretende un estrechamiento (o conformación) los principios fundamentales de protección y promoción del mejoramiento de la condición social del trabajador*”. Así, esta “rarefacción protectora” se revela en los siguientes aspectos: “(a) mitigación amplia del principio de la norma más favorable; (b) la re-ecuación, mediante la ponderación previa, de la intención existente hasta ahora entre los principios de no resignación y la autodeterminación de las voluntades colectivas; (c) la desconexión que solía existir entre promover el mejoramiento de la condición social (principio fundamental) y la autodeterminación de la voluntad colectiva (principio derivado); (d) la receptividad que da el nuevo sistema propuesto a la autonomía individual como instrumento que rige varios aspectos de la relación y el trabajo ”. (Op. Cit., p. 83 a 88; traducido).

¹²² Los principales cambios, en el ámbito de la ley material, se pueden sintetizar de la siguiente manera: [a] obstaculizar la configuración de un grupo económico, cuando la nueva ley exige que se no basta la existencia de socios comunes entre empresas, requiriere la demostración de interés, la comunión efectiva de intereses y la actuación conjunta de las empresas que lo integran, lo que prácticamente excluye la prueba de la existencia de un grupo empresarial para el trabajador en los tribunales (art. 2, § 3); [b] impedir que se computen como antigüedad los períodos que la jurisprudencia ya haya reconocido como tiempo de trabajo efectivo, como el cambio de uniforme (art. 4, § 2); [c] incentivar el uso subsidiario del Derecho Civil y su lógica privatista, determinando expresamente la aplicación del “common law” (art. 8, § 1), modificando, así, los métodos de integración de las brechas en el sistema laboral, ya que ya no es necesaria la “compatibilidad con los principios fundamentales” del Derecho Laboral; [d] modificar los métodos de interpretación de las normas laborales, impidiendo la actuación de los Tribunales de Trabajo de acuerdo con el principio de tutela, ya que no podrán crear “obligaciones no previstas por la ley” (art. 8, § 2), tampoco podrán analizar las normas colectivas en materia de constitucionalidad o legalidad, ya que solo podrán examinar “la conformidad de los elementos esenciales del negocio jurídico” (art. 8, § 3); introducir, en el ámbito de la Ley del Trabajo, el - inusual - “principio de mínima intervención en la autonomía de la voluntad colectiva” (art. 8, § 3); [e] utilizar la prescripción de forma más restrictiva, bien permitiendo la prescripción intercurrente (en el curso del cumplimiento de la sentencia), o bien “proporcionando” el pronunciamiento oficial del juez, en flagrante afrenta a la imparcialidad, ya que la prescripción constituye materia de defensa (art. 11-A), o admitiendo la prescripción total, en el curso del contrato, con respecto a las porciones ajustadas entre las partes (art. 11, § 2); [f] retirar las horas “in itinere” (de la ruta), derecho inicialmente adquirido por vía jurisprudencial (art. 58, § 2), imputando la carga económica exclusivamente al trabajador por el hecho de que la empresa realiza su actividad económica en un lugar lejano o de difícil acceso; [g] ampliar la flexibilización de derechos en el trabajo a tiempo parcial ya existente (art. 58-A, §§ 3 a 6), como, por ejemplo, el fraccionamiento de las vacaciones y la concesión de horas extraordinarias; [h] facilitar la implementación del “banco de horas”, incluso permitiendo un acuerdo individual entre empleado y empleador (art. 59, § 5), admitiendo incluso el absurdo “acuerdo tácito”; [i] legalizar 12 horas de trabajo ininterrumpido por treinta y seis horas de descanso (12 x 36), incluso en actividades insalubres (art. 60, párrafo único), incluso mediante acuerdo individual entre las partes, permitiendo el pago indemnizado del período de descanso intradiario (art. 59-A), así como las horas extraordinarias (art. 59-B, párrafo único), descansos semanales, festivos y prórrogas nocturnas (art. 59-A, párrafo único); [j] fomentar el teletrabajo, sin limitar la duración del trabajo, ya que estos trabajadores están expresamente excluidos de las normas protectoras de la jornada laboral (art. 62, III), teniendo su propia regulación flexible (arts. 75-A a 75-E), con evidente transferencia de los costos y riesgos de la actividad económica al trabajador; [k] permitir a los empleados trabajar ininterrumpidamente, con la supresión de la pausa intradiaria, ya que se permite la conversión a pausa pecuniaria (art. 71, § 4), en notoria discrepancia con la necesidad de pausas periódicas; [l] pulverizar el clásico derecho al descanso anual (vacaciones), con

La estructuración normativa del trabajo subordinado ha sido acuñada en esta investigación, desde la época antigua hasta la contemporaneidad, con una manifiesta prominencia de uno de los polos de la relación (empresario/poseedor del poder), en detrimento de la parte más vulnerable (trabajador). Si bien el Derecho Laboral ha surgido como una forma de intentar compensar esta desigualdad contractual originaria, la marca genética de la opresión, en esta relación, no ha sido modificada a lo largo de la historia. Además, en la actualidad, esta característica no solo ha sido incorporada de manera natural (y “normal”) por el sistema jurídico, sino que también ha incrementado su potencial lesivo, con la desestructuración del propio Derecho del Trabajo, a través de la flexibilización y la desregulación.

El acoso moral, por tanto, tiene su justificación en el origen histórico del trabajo subordinado, convirtiéndose en un comportamiento natural del empresario, inmune a cualquier posibilidad emancipadora por parte de los trabajadores. La pérdida de la centralidad del trabajo como medio estructurador de la sociedad, demuestra de manera acentuada, la pérdida de la importancia del trabajador como ser humano, especialmente, en los últimos tiempos, con la subordinación a través de plataformas digitales y algoritmos, que también terminan reforzando conductas de acoso por parte del empleador, renovando - con el pretexto de ser algo “posmoderno” - la idea de “despersonalización/objetivación” del trabajador (lo que el capitalista quiere es solo la “fuerza de trabajo”, aunque sea proporcionada por un ser humano).

posibilidad de fraccionarlo en tres períodos (art. 134, § 1); [m] dificultar que los empleadores (y los proveedores de servicios, en el caso de la subcontratación) sean responsables de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, excluyendo (inconstitucional e ilegalmente) la posibilidad de utilizar el Código Civil, aun cuando existan reglas más beneficiosas (art. 223-A), así como excluir la posibilidad de indemnización por “daños por rebote”, impidiendo, por ejemplo, que los familiares del trabajador fallecido puedan reclamar una indemnización por daños extra patrimoniales (art. 223-B); [n] limitar el monto de la indemnización por daños extra patrimoniales, teniendo como techo los salarios contractuales percibidos por el trabajador, en flagrante inconstitucionalidad, “cosificación” del ser humano (que - literalmente - vale lo que gana, en el sistema capitalista salvaje) y la violación del conocido principio de “restitutio in integrum” (art. 223-G, § 1); [o] dejar en claro que el empleador puede demandar al empleado por daños extra patrimoniales, o que constituye una amenaza real para el ejercicio de los derechos en el Tribunal Laboral (art. 223-G, § 2); [p] instituir la figura más extraña del “autónomo exclusivo, continuamente” (art. 442-B), en notoria contradicción con todo el sistema protector de principios y normas laborales (además de la dogmática juslaboral, claro); [q] instituir el “contrato de trabajo intermitente”, independientemente de que sean actividades continuas o no, sin garantía del pago del salario mínimo (art. 443, § 3 y art. 452-A), permitiendo así su uso indiscriminado para todas las situaciones laborales, en detrimento de los trabajadores; [r] instituir la figura inusual del “trabajador económicamente hiperesuficiente”, cuando el trabajador tiene un título de educación superior y percibe un salario igual o superior al tope del Régimen General de la Seguridad Social, hipótesis en la que prevalecerá lo negociado sobre lo legislado (art. 444, párrafo único); [s] autorizar la exoneración anual amplia por simple ajuste extrajudicial, suscrito durante la vigencia del contrato (art. 507-B), en clara violación del principio de no renuncia; [t] Fomentar los despidos individuales y colectivos, prescindiendo de la necesidad de autorización o negociación con el sindicato, revirtiendo la jurisprudencia construida dentro del Tribunal Superior del Trabajo (art. 477-A), además de incentivar la adopción de Planes de Despido “Voluntario” (art. 477-B); [u] Permitir la subcontratación de la actividad principal de las empresas, en flagrante violación de la prohibición de “merchandise”, consagrando la “cosificación” de los seres humanos (art. 2 de la Ley 13.467/2017, que modificó varias disposiciones de la Ley 6.019/74).

Sin embargo, aún es necesario hacer un análisis sobre las transformaciones ocurridas por la relación del trabajo subordinado, desde las teorías institucionales al contractualismo, con el surgimiento de la noción jurídica de subordinación y los efectos sobre el psicoterrorismo laboral.

1.2 De la institucionalidad al contractualismo: el surgimiento del concepto de subordinación

La naturaleza jurídica de la relación laboral es fundamental para el estudio del poder ejercido por el sujeto subordinado, considerando que a partir de allí surgen las bases que originan y “legitiman”, desde el punto de vista hegemónico, la práctica del acoso moral laboral.

En un principio, las teorías que intentaron explicar la naturaleza jurídica de la relación laboral subordinada se dividieron en civilistas y laboristas.

1.2.1 Teorías civilistas

Las teorías civilistas negaban la propia autonomía del Derecho Laboral, pues argumentaban que la relación laboral era de carácter civil, es decir, estaría inserta en alguna especie contractual ya existente, desde una perspectiva de paridad o equivalencia. Estas teorías representan la denominada fase clásica¹²³, porque el Derecho Laboral estaba fisionomizado en una rama independiente. Básicamente, las teorías de jaez civilista se dividieron en cuatro: arrendamiento o contrato de locación; acuerdo de compra y venta; contrato de sociedad y contrato de mandato.

De acuerdo a los defensores de la primera teoría, la relación laboral estaría contemplada en un **contrato de locación o arrendamiento**, en el que se arrendaría la fuerza de trabajo (energía humana), bajo el pago de una remuneración. Con un origen explícito en el Derecho Romano (“*locatio operatum*”) y posterior consagración en la primera etapa de codificación, en

¹²³ MANNRICH, Nélon. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 102. Maurício Godinho DELGADO, en cambio, se refiere a la “primera fase” de las teorías contractualistas (o teorías contractualistas originales) con una base civilista, distinguiéndola de la “segunda fase” de las teorías contractualistas (o de una perspectiva contractual moderna), forjado en un modelo laboral normativo. (**Curso de direito do trabalho**. p. 222 a 226).

el Código Napoleónico (“contrato de locación de servicios”), la teoría del arrendamiento o locación, aunque es insuficiente desde el punto de vista científico, fue entre las teorías civilistas la que más se acercó a una explicación razonable y plausible del trabajo desarrollado con subordinación. La teoría en cuestión fue adoptada por la mayoría de los códigos civiles del siglo XIX, contando con grandes defensores como Planiol¹²⁴ y Josserrand¹²⁵, aunque también fue sustentada por Barassi y Oviedo¹²⁶. La crítica a esta corriente doctrinal radica en el hecho de que la energía humana no puede recuperarse en su sustancia y forma, como ocurre en el negocio jurídico de la locación. La esencia de la locación es la concesión de algo que no se destruye con su uso y que debe devolverse al final del arrendamiento. Además de esto, el objeto de prestación del trabajador no puede ser considerado como un bien que pertenece a su patrimonio¹²⁷. Por otra parte, ningún trabajo humano puede concebirse sin la combinación de dos elementos: inteligencia y fuerza, cuyo resultado es la producción útil. La inteligencia es un atributo exclusivo del ser humano que no se presenta en otras formas de producción de energía de origen no humano, lo que invalida la tesis defendida por Planiol¹²⁸. Cabe agregar que, desde el punto de vista de la protección legal para los contractualmente desfavorecidos - tendencia en varios tipos contractuales -, parece que la existencia de subordinación trasladaría la protección legal al arrendador de los servicios (trabajador), mientras que, en el caso del negocio de alquiler típico, la protección se ha destinado, al menos en los tiempos actuales, al inquilino del inmueble - material y jurídicamente desfavorecido -, mediante normas de tutela del inquilino.

¹²⁴ Para Planiol: *“Este contrato es un arrendamiento, según un rápido análisis: el arrendamiento es la fuerza de trabajo que reside en cada persona y puede ser utilizado por otra persona como una máquina o un jinete; dice que se puede dar en leasing y es precisamente lo que pasa cuando la paga por el trabajo es proporcional al tiempo, la misma cantidad de dinero que se destina al leasing de cosas”*. (Cfe. DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 447).

¹²⁵ Cfe. MANNRICH, Néilson. Op. Cit., p. 102.

¹²⁶ Cfe. MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 269.

¹²⁷ La crítica a esta teoría está bien planteada por Lotmar que *“se dió cuenta de la magnitud del problema y afirmó, a principios de siglo, que ‘el contrato de trabajo no podía ser un contrato de arrendamiento, porque el objeto de la prestación del trabajador, que es su fuerza de trabajo, no es una cosa que pretenezca a su patrimonio’; ciertamente Lotmar no desprendió las consecuencias de su descubrimiento, pero se debió, según creemos, a que la ciencia jurídica de entonces no permitía subtraer la relación de trabajo de la institución contractual.”* Cfe. DE LA CUEVA, Mário. **Derecho mexicano del trabajo**. 11. ed. Mexico: Porrúa, 1969. v. 1. p. 452.

¹²⁸ CABANELLAS, Guillermo. **Contrato de trabajo**: parte general. Buenos Aires: Bibilográfica Omeba, 1963. v. 1. p. 85.

Partidarios de la segunda posición doctrinal, que tenía a Francesco Carnelutti como defensor más reconocido¹²⁹, sostuvieron que el trabajador vendería su fuerza de trabajo a cambio de un precio, el salario, como una verdadera **compra y venta**. Carnelutti estableció una analogía entre el contrato de trabajo y el contrato de suministro eléctrico, partiendo de la idea de que la energía, independientemente de su origen, debe tratarse de la misma forma. Por tanto, equiparó las causas (fuentes de energía), basándose en el mismo efecto (energía). Así, el objeto del contrato de trabajo sería la energía psicofísica del trabajador, desprendiéndose de él con el ejercicio de la actividad, no volviendo más a la fuente de donde emanaba, tal como ocurre con la energía eléctrica¹³⁰. De hecho, la energía humana debe considerarse como algo que puede ser objeto del contrato de compra y venta. Por tanto, se procedió a una “objetivación” del trabajo emanado de la persona humana¹³¹. El propósito de la teoría de compra y venta era alejarse de la teoría del arrendamiento, ya que esto podría llevar a la conclusión de que el objeto del arrendamiento era la propia persona humana en sí y no su energía: ahora, si el trabajo, según la teoría del arrendamiento, fuera objeto de un arrendamiento y el ser humano no podía alejarse de la energía que emanaba, estaría arrendándose, en última instancia, al propio trabajador, retornando a la “*locatio hominis*”.¹³² Sin embargo, el equívoco de la teoría de la compra y venta se centra en la idea de que el trabajo humano no es susceptible de apropiación por parte del empleador y tampoco de venta por parte del empleado. La conclusión a la que lleva esta teoría es inaceptable, ya que la energía humana no debe considerarse como simple mercancía, pues no es conmensurable como la energía eléctrica.¹³³ Si el intento de dar forma al trabajo

¹²⁹ Evaristo MORAES FILHO y Antonio Carlos Flores de MORAES enseñan que la teoría de la compra y venta, antes de la sistematización dogmática de Carnelutti, fue defendida sorprendentemente por un autor de origen católico, de la Escuela de Le Play, en 1902, llamado Paul Bureau. (Op. Cit., p. 270).

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaró. Op. Cit., p. 287.

¹³¹ Carnelutti, en un momento desafortunado, compara partes del cuerpo humano (cabello y esqueleto) con la energía humana, en una “conclusión atrevida”, como dice DE LA CUEVA: “*La diversidad de campos, la antítesis entre las dos fuentes de energía, el hombre y las cosas, ameritará, sin duda, una diferente disciplina, pero la diferencia entre las dos especies no puede impedir, lógicamente, la comprobación de la unidad del género. Este será, pues, el punto de llegada, solamente que la aproximación entre ellos invita a una conclusión audaz, a saber, que también la energía humana, en cuanto es objeto de contrato, es una cosa. Para aceptar esta concecuencia, no debe perderse de vista que la energía humana sólo puede ser objeto de contrato en cuanto se objetiviza exteriorizándose al salir del cuerpo humano. Y no se diga que, por su origen humano, no puede ser vista como una cosa, porque cosa son los cabellos que se venden a un peluquero o los esqueletos que se colocan en un museo.*” (Op. Cit., p. 449).

¹³² MANNRICH, Néelson. Op. Cit., p. 103.

¹³³ CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit., p. 91.

subordinado en el contrato de locación ya encontraba obstáculos insuperables, el pretendido por Carnelutti se puede clasificar como irreal, fantasioso o artificial¹³⁴. Además, viola el principio constitucional de la dignidad de la persona humana al establecer la comparación del ser humano (como generador de energía) con otras fuentes de energía de origen animal o material¹³⁵. En cualquier caso, la teoría de la compra y venta, como ya se ha visto, presentó un avance en la evolución de las teorías civilistas, ya que procede a separar a la persona humana de su trabajo.

Los defensores de la tercera teoría intentaron demostrar la configuración de un **contrato de sociedad** entre empleado y empleador, por el cual ambas partes intervienen, introduciendo algo común a favor de la sociedad, basado en el binomio capital-trabajo¹³⁶. La teoría fue defendida por Chatelain¹³⁷ - su principal valedor -, y complementada por Lorin¹³⁸. Sus

¹³⁴ Mário DE LA CUEVA comenta que Carnelutti, en un último estudio, volvió a la teoría del arrendamiento (Op. Cit., p. 450). La misma referencia se encuentra en MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. Cit., p. 270.

¹³⁵ Amauri Mascaro NASCIMENTO alude al desprecio del valor metajurídico: *“El trabajo tampoco se considera una mercancía por una razón filosófica, es decir, su dignidad. La filosofía moderna es una filosofía de actividad y tiende a definir al hombre como un ser que, a través de su creatividad, objetiva la cultura en la naturaleza. La idea particular del trabajo se confunde ahora con la del espíritu concebido como actividad productiva. Se identifica, por tanto, trabajo, hombre y espíritu, lo que excluye toda posibilidad de entender el trabajo como una mercancía, ya que comienza a entenderse como inherente a la personalidad del ser humano. A través del trabajo, el hombre se armoniza con la naturaleza, transmitiendo el aliento de su inteligencia. El trabajo es un creador, además de un factor humanizador para el hombre, uno de los valores que la sociedad reconoce como fundamentales”*. (Op. Cit., p. 289; traducido).

¹³⁶ En nuestro sistema jurídico, antes de la adopción definitiva, de la teoría del arrendamiento, por parte del Código Civil, el Código de Comercio parece haber seguido la concepción societaria del trabajo subordinado, en la sociedad de capital e industria, al establecer, en los artículos 317 a 324, la existencia de una empresa, en la que un socio (capitalista) participa con el capital y el otro socio (industrial) participa con la obra, no siendo este último responsable de las deudas de la empresa, carga exclusiva del socio capitalista. Sería ingenuo no considerar la existencia de algún rasgo subordinado en esta "sociedad". A propósito, Mozart Victor RUSSOMANO admite que: *“[...] el socio de la industria realmente te hace pensar en el trabajador [...]”*. (En: **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 108). En el mismo sentido: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999. p. 327. El Código Civil vigente, que unificó el derecho societario, no incluía entre las figuras típicas de la sociedad a la sociedad capitalista e industrial (arts. 966 a 1.195). Sin embargo, se mantuvo su esencia, ya que permitió que en sociedades simples - es decir, empresas no comerciales - existiera una contribución con servicios, según lo establecido en el artículo 997, V, del Código.

¹³⁷ Vale la pena transcribir un extracto de su teoría: *“Considerado en su aspecto puramente económico, un establecimiento industrial es algo complejo, que responde a cierta unidad. Es, ante todo, un grupo de hombres y su funcionamiento es una combinación de actos que tienden a un fin común, la producción de objetos: Unión, armonía de actividades de muy diversos grados, inteligencia, ciencia, fuerza, habilidad técnica, coordinación y subordinación de actos simultáneos y sucesivos, a fin de obtener el máximo de rendimiento, disciplina para mantener la coordinación y subordinación necesarios al éxito de la obra común, tal es la empresa industrial.”* (Cfe. DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 450).

¹³⁸ Lorin argumentó que el contrato de trabajo constituye un contrato de asociación "sui generis". *“In litteris”*: *“Asalariante y asalariado aplican su actividad a una misma obra, de donde resulta, en virtud de la equivalencia fraternal, queriéndolo o no, un verdadero vínculo de asociación [...]”*. (Cfe. CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit., p. 97).

seguidores fueron: Valverde, Canalejas, Lyon-Cäen, Renault, Villey, Buylla e Hinojosa Ferrer¹³⁹. Sin duda, el contrato de trabajo presenta aspectos de colaboración y coordinación, representando la participación en los beneficios y la cogestión en la empresa¹⁴⁰ el cenit de la aproximación jurídica con el contrato de sociedad. Sin embargo, para la caracterización de la relación laboral como contrato de empresa, la “*affectio societatis*” (su elemento más característico) está ausente, ya que, en el contrato de trabajo, las principales obligaciones de las partes no contienen la consecución del mismo objetivo. Desde un punto de vista endógeno, la relación laboral está marcada por obligaciones distintas, opuestas y antagónicas (uno da y el otro hace). En un análisis exógeno, aunque irrelevante para la tipificación del contrato de trabajo, incluso es posible admitir la búsqueda de un beneficio común para los sujetos intervinientes.¹⁴¹ Cabe señalar también que la idea de formar un vínculo de jaez societaria es inconcebible, ya que en el contrato de mandato¹⁴² la institución de una nueva persona, distinta de los socios que la componen, es algo que evidentemente, no se da en la relación laboral¹⁴³⁻¹⁴⁴.

Para la última corriente doctrinal, la relación laboral sería un **contrato de mandato**. La doctrina encontró sus primeras manifestaciones en el Derecho Romano, que asimiló el mandato retribuido con la locación de servicios, alcanzando un mayor desarrollo en Francia, aunque

¹³⁹ Cfe. DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 450; MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. Cit., P. 271; y NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 290.

¹⁴⁰ La Constitución Federal de 1988, en su artículo 7, XI, establece el derecho de los trabajadores urbanos y rurales, además de la participación en las utilidades, "participación en la gestión de la empresa, según lo define la ley". La regulación de la participación en las utilidades, luego de la emisión de varias medidas provisionales, llegó con la Ley 10.101, de 19.12.2000. La cogestión, después de más de 30 años, por razones obvias, aún carece de una reglamentación legal.

¹⁴¹ Francisco Rossal de ARAÚJO hace un análisis interesante, en este aspecto: “*En este punto, a pesar de todas las críticas, las ideas de Karl Marx siguen siendo insuperables. En el capítulo XI de su obra principal, el citado autor sostiene que la cooperación, en cierta medida, es una condición para el desarrollo del propio sistema capitalista. Sin embargo, esto no excluye el valor agregado o la explotación de la fuerza laboral del trabajador*”. (En: **Boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 118).

¹⁴² Esto se debe a que los estatutos, al menos en nuestro sistema jurídico, no crean una nueva persona, y el registro en el órgano competente es imprescindible, para los efectos de atribuir personalidad a entidades ficticias.

¹⁴³ DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 451.

¹⁴⁴ Semejante a las teorías de Chatelain y Lorin, es la tesis de Haid, al comparar el contrato de trabajo con el contrato de sociedad, presentando el trabajo como un “contrato social”, en el que la inteligencia, la actividad, las fuerzas de los recursos personales de los contratistas, se unen para una producción económica. Guillermo CABANELLAS afirma que la tesis es peculiar “*Porque marca una modificación en los conceptos usuales y pretende, con relativo éxito, substituir las concepciones comunes que se proponen encajar, por así decirlo, el contrato de trabajo dentro de los tipos clásicos de contratos.*” (Op. Cit., p. 97).

también haya sido acogida por la legislación mexicana en 1870¹⁴⁵. El mandato es un contrato de representación, con el propósito de permitir que una persona (mandatario) cumpla uno o más actos legales en nombre de otra (mandante). Sin embargo, el mandato existe únicamente para la ejecución de actos jurídicos, distintos del contrato de trabajo, por las siguientes razones: el mandato puede ser gratuito (mientras que el contrato de trabajo es necesariamente oneroso); la idea de representación es fundamental para el mandato (situación incidental en el contrato de trabajo); el mandato tiene como objetivo la creación directa de un derecho a favor del principal, (en cambio, el contrato de trabajo tiene como objetivo el trabajo y los salarios subordinados); en el período de mandato, el mandante es reemplazado por el mandatario en el ejercicio de la actividad (lo que no es necesariamente el caso en todos los contratos de trabajo; excepto en situaciones de especial confianza); el mandato es siempre revocable (el contrato de trabajo no siempre es rescindible “*ad nutum*”)¹⁴⁶. Así, la figura contractual del mandato para la regulación jurídica del trabajo subordinado es inconcebible.

Por lo que se ha observado, las teorías civilistas¹⁴⁷ no encontraron apoyo en la evolución normativa del trabajo subordinado, dada la absoluta insuficiencia de los arquetipos jurídicos respaldados por la paridad jurídica o contractual entre los sujetos intervinientes. El uso de la analogía, un método legítimo de integración intrasistémica¹⁴⁸, consistente en la búsqueda de

¹⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 295.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 296.

¹⁴⁷ Luisa Riva SANSEVERINO construye, a la luz del derecho italiano positivo, una tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (contemplada en el Código Civil italiano), defendiendo su equivalencia con el contrato de intercambio o permuta. “*In litteris*”: “[...] *allo stato attuale del nostro diritto positivo e nel nostro presente sistema economico-sociale, il rapporto di lavoro vale come rapporto di scambio: il termine di scambio non à infatti il lavoro, ma la promessa intesa in sendo giuridico e, quindi, creatrice di un’obbligazione. Quando il contratto di lavoro viene stipulato, si há lo scambio de due promesse: di lavoro, da una parte, e di retribuzione, dall’altra; e da queste promesse derivano i due rapporti di obbligazione, i quali, pur riferendosi ai rispettivi soggetti come possibilità di comprimimento del lavoro e di corresponsione del relativo compenso, hanno vita economico-giuridica del tutto autonoma. La persona alla quale è promessa la prestazione, non può quindi vantare un diritto sul lavoro, come se questo fosse possibile oggetto di diritti assoluti. Quello che il datore há, è un diritto ad una prestazione, un diritto di credito, un diritto relativo, rispetto al quale la persona del lavoratore viene esclusivamente considerata nella posizione contrattuale e, di conseguenza, entro i limiti del concetto di obbligazione.*” (Op. Cit., p. 140). Esta tesis es, por cierto, seguida por gran parte de la doctrina italiana: DE LITALA, Luigi. **Il contratto di lavoro**. 4. ed. Torino: UTET, 1949. p. 43 a 46; NAPOLETANO, Domenico. **Corso di diritto del lavoro: il rapporto individuale di lavoro**. 2. ed. Napoli: Liguori, 1968. p. 67 a 72.

¹⁴⁸ Como enseña Carlos MAXIMILIANO: “*Pasar, por inferencia, de un tema a otro de diferente índole es razonar por analogía. Esto se basa en la suposición de que dos cosas que tienen un cierto número de similitudes entre ellas pueden, en consecuencia, parecerse entre sí. Si entre la hipótesis conocida y la nueva se encuentra similitud en circunstancias que deben reconocerse como esenciales, es decir, como aquella de la que dependen todas las consecuencias dignas de apreciarse en la cuestión discutida; o, por otro lado, si la circunstancia común a ambos casos, con las consecuencias que se derivan de ella, es la causa principal de todos los efectos;*

una norma implícita en el ordenamiento, mediante una solución normativa idéntica a una situación fáctica analoga, no condujo a los defensores de las teorías civilistas a una respuesta satisfactoria, ya que el grado de similitud entre el contrato civil y el contrato de trabajo no va más allá de la mera prestación de servicios, siendo insuficiente, por tanto, proceder al uso de la analogía. La forma en que se presta el servicio (de manera subordinada) no es un mero detalle de la relación laboral, sino que asegura la tipicidad y autonomía del contrato de trabajo, aunque puede existir - y existen - puntos de contacto con pactos civiles.¹⁴⁹ La subordinación está, por tanto, en el centro del contrato de trabajo, y este elemento debe incluirse en el soporte fáctico de la norma que tipifica este tipo de contrato.¹⁵⁰

Las teorías civilistas demostraron, en su momento, la incapacidad del Derecho Privado, basado en los principios de autonomía de la voluntad y el individualismo jurídico, para aceptar la subordinación como elemento limitador de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes (el empresario / capitalista).

El reconocimiento de la subordinación representaría una ruptura del megaprincipio contractual (de autonomía de la voluntad), además de traer al Estado, con una carga económica (y política) a la clase burguesa, la imposición de intervenir en la relación para compensar la desigualdad resultante de la dependencia jerárquica, la cual, en ese momento histórico, parecía incuestionable. La subordinación en el contrato de trabajo muestra una situación fáctica (e histórica) diferente a la contemplada en los contratos civiles, descartando la posibilidad de incurrir, por analogía, en cualquier regla basada en el paradigma contractual clásico de paridad. El desinterés de las teorías civilistas en ni siquiera contemplar el elemento de subordinación ya

el argumento adquiere la fuerza de una rigurosa inducción". (En: **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Río de Janeiro: Forense, 1996. p. 206).

¹⁴⁹ Mário DEVEALI, en un estudio que invita a la reflexión, establece correlaciones entre las figuras contractuales clásicas que se refieren a la prestación de servicios humanos y el contrato de trabajo, mediante un gráfico. El esquema gráfico contiene un gran cuadrado blanco punteado, dividido en cuatro partes iguales - que representan el contrato de arrendamiento del servicio, el arrendamiento de obras, el mandato y los contratos de sociedad - y un círculo gris superpuesto (o rayado) - que representa el contrato de trabajo -, en su maior parte sobre el contrato de arrendamiento de servicios y de obra, en una parte menor, sobre el contrato de mandato y, en una parte aún menor, sobre el contrato de sociedad. Así, busca demostrar la existencia de elementos comunes entre los contratos y su influencia, proporcionalmente, en el contrato de trabajo. (En: **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1964, pág. 420). La tesis del "contrato mixto" no resistió la crítica de Guillermo CABANELLAS: "*Realmente, los contratos mixtos están innominados; y en el caso especial del contrato de trabajo, si es de locación, no será de mandato; y si es de mandato, dejará de ser de locación. Y si el supuesto planteado participa de ambos contratos, esa misma participación, y sus caracteres propios, lo hacen contrato autónomo, fuera de los clásicos del Derecho Civil*". (Op. Cit., p. 104).

¹⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. Cit., v. 47, p. 74.

revela, por parte del poder hegemónico, la absoluta naturalización del acoso moral dentro del modelo económico de la época.

1.2.2 Teorías laborales

Sentando las bases del Derecho Laboral, ya autónomo, desvinculado del Derecho Civil, las teorías laborales intentaron explicar la relación laboral en base a los principios que informan el Derecho Laboral, especialmente el de la tutela (protector o tuitivo). Según José Martins Catharino¹⁵¹, las teorías laborales se dividen en relacionales (anti-contractuales) y contractualistas, comprendiendo también subespecies.

Las **teorías relacionistas o anti-contractuales** explicaron el trabajo subordinado como una relación jurídica, que presupone un acto o hecho humano, la existencia de dos sujetos y una garantía normativa, para asegurar la carga efectiva del acto o hecho.¹⁵² A diferencia del

¹⁵¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. cit., v. 1, *passim* 181 a 193.

¹⁵² Se utiliza el concepto de Manuel Domingues de ANDRADE, un clásico, en el aspecto: “*Relación jurídica - 'stricto sensu' - se convierte únicamente en la relación de la vida social disciplinada por la ley, a través de la atribución a una persona (en sentido jurídico) de derecho subjetivo y la correspondiente imposición de un deber o sujeción a otro. Queda por definir los términos "derecho subjetivo", "deber" y "sujeción". [...] Y así el 'derecho subjetivo' se definirá como la facultad o el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a una persona para exigir o pretender de otra determinada conducta, ya sea positiva (hacer) o negativa (no hacer), o por un acto de su voluntad - con o sin formalidades -, solo por sí mismo o integrado posteriormente por un acto de poder público (decisión judicial) para producir ciertos efectos jurídicos que inevitablemente se imponen a otra persona (adversario o contraparte). En cuanto a la definición de los otros dos términos, bastará señalar que la situación de la persona contra la que se dirige el poder jurídico del titular del derecho subjetivo constituye el 'deber jurídico', en el primer caso (en el caso del poder de demanda o intención), y tiene el nombre de 'sujeción', en el otro caso (cuando se trata de la facultad de producir un efecto jurídico)” (In: **Teoria geral da relação jurídica:** sujeitos e objecto. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1 p. 2.) Para KARL LARENZ: “*Si el primer concepto fundamental del Derecho privado es la persona en cuanto sujeto de derecho, esto es, titular de derechos y destinatario de obligaciones, el segundo concepto fundamental es la relación jurídica como nexo jurídico que une entre sí a sujetos de derecho. Este vínculo jurídico se presenta generalmente, por parte de uno de los sujetos de derecho, como 'derecho' suyo, y por parte del otro, como un deber o una vinculación jurídica. A tal respecto todas las relaciones jurídicas son análogas en su estructura a la relación de respeto mutuo que hemos denominado 'relación jurídica fundamental', la cual contiene ya los elementos del derecho subjetivo al respeto a la dignidad de la persona y del deber que a aquél corresponde de respetar, esto es, no lesionar, esenciales en la relación jurídica, y por ello es apropiada para ser en cierto modo el prototipo de todas las relaciones jurídicas [...] Hemos designado la 'relación jurídica' como un 'nexo jurídico' entre personas. El término 'nexo' indica que toda relación jurídica significa una 'vinculación' - de uno o varios participantes, o de todos los demás en relación con el único titular -. La 'vinculación' es primariamente de tipo normativo; fácticamente se traduce, por lo general, en que el 'vinculado' (esto es, el obligado) há de contar con inconvenientes si actúa en contra de su vinculación. Dado que la relación jurídica es un vínculo normativo y que pertenece al plano ontológico de lo jurídicamente válido, es inexacto designarla como una 'relación vital' determinada por el Derecho. La 'relación vital' entre el arrendador A y su arrendatario B puede limitarse a los contactos más imprescindibles, puede ser 'amistosa', 'fría', 'tensa'; la relación jurídica de arrendamiento, existente entre ellos, no se determina por tales atributos, sino exclusivamente según**

contrato, en la relación jurídica, cuando ocurre el hecho o acto humano, los efectos se sienten como consecuencia de la ley. Así, el mero hecho de que el empleado preste servicios, de manera subordinada, ya produciría efectos jurídicos, siendo irrelevante la convergencia de voluntades de las partes.¹⁵³ El anti-contractualismo tiene en común el desprecio de la voluntad en la caracterización del vínculo laboral, siendo identificado en la doctrina, en general, mediante el uso de las expresiones "inserción", "ocupación", "compromiso" o "incrustación" (del trabajador en la empresa). Las teorías anticontractualistas o relacionistas, a su vez, se dividen en: anticontractualismo factual y antipatrimonial e institucionalismo puro o desmedido¹⁵⁴.

criterios normativos. Su contenido está regulado por la ley y el contrato de arrendamiento." (In: **Derecho civil**: parte general. Madrid: Reunidas, 1978. p. 245 e 248). Es importante recordar, sin embargo, que el concepto tradicional de relación jurídica ha sido criticado y actualizado, con énfasis en Orlando de CARVALHO, según el cual hoy existe la necesidad de "responsabilizar al derecho civil", colocándolo en la cúspide de su regulación, no el "hombre abstracto del liberalismo económico", sino el "hombre concreto de la sociedad contemporánea", en busca de un humanismo socialmente comprometido, con el fin de construir una teoría general de la relación jurídica que no sea sólo un instrumento científico para la comprensión de todo el Derecho Civil, pero un instrumento pedagógico para la formación del jurista verdaderamente comprometido en las grandes luchas de su tiempo. (In: **Para uma teoria geral da relação jurídica civil I: a teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90 a 98). Una reparación importante a hacer, en relación con esta doctrina, reside en la cuestión del género, y la expresión "hombre" que debe ser reemplazada por "persona humana" o "ser humano".

¹⁵³ Según enseña Giuseppe D'EUFEMIA: "*Secondo tale teoria l'azienda è una stabile organizzazione professionale, una istituzione alla cui legge organizzativa, già preordinata da una fonte autoritativa, il prestatore di lavoro si assoggetta con l'effettiva occupazione stessa (teoria istituzionalistica). Si ostiene anche, sempre nell'ambito delle correnti anticontrattualistiche, che il contratto individuale di lavoro si è trasformato oggi in un 'contratto di adesione' in quanto la volontà del lavoratore si limita alla semplice accettazione del regolamento del rapporto, alla cui formazione concorrono norme legislative e collettive ed il regolamento d'azienda, che è prodotto esclusivo della volontà del datore di lavoro.*" (In: **Diritto del lavoro**. Napoli: Morano, 1969. p. 31).

¹⁵⁴ Aquí se adopta la clasificación de José Martins CATHARINO (**Compêndio...** Op. Cit., v. 1. p. 183 a 185), para entender el que mejor sistematiza las principales vertientes del anti-contractualismo. Le sigue, además, Araújo (ARAÚJO, Francisco Rossal de. Op. Cit., p. 120 a 122) e Genro (GENRO, Tarso. Op. Cit., p. 91). Debe notarse, sin embargo, que la doctrina, en su mayor parte, no hace la misma distinción que el maestro bahiano, Octavio Bueno MAGANO, el cual separa las teorías anti-contractuales en: a) teoría del acto-condición (la relación laboral se origina en un acto original de inserción - "embauchage" - en el trabajo); b) teoría de la relación laboral (la relación laboral, como conjunto de derechos y obligaciones, se origina en el hecho del trabajo mismo, cuando el trabajador se incorpora a la organización empresarial); c) teoría institucionalista (el contrato no es suficiente para explicar la relación laboral, que surge de la integración del trabajador y del empleador en una comunidad económica constituida por la empresa). (In: **Direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 1992. v. 2. p. 23 a 26). A su vez, Amauri Mascaro NASCIMENTO divide las teorías anti-contractuales en dos vertientes: a) teoría de la relación laboral (la práctica de los actos laborales verificados en el mundo físico y natural son la fuente de donde resultan todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico); b) teoría de la institucionalidad (explica la empresa como institución, que aglutina empleado y empleador). (Op. Cit., *passim* 296 a 302). Evaristo de MORAES FILHO y Antonio Carlos Flores de MORAES, en un análisis significativo, dividen las teorías anti-contractuales (utilizando también la expresión "acontractual" como sinónimo), de acuerdo con la legislación nacional de los países y el momento histórico en el que las teorías se manifestaron: a) en Alemania, fuera del BGB, se desarrollaron las teorías de "inserción" (defendida por Molitor) y "ocupación" (apoyada por Nikisch); b) en los países latinos, la teoría del "compromiso" ("embauchage"), defendida por George Scelle, seguida más tarde por los institucionalistas franceses (Hauriou, Renard, Cuche, Durand y Savatier), y, con el terreno fértil del fascismo y el franquismo, respectivamente, de

El **anticontractualismo fáctico y antipatrimonial** se originó en la Alemania nazi, emergiendo "a latere" del Código Civil (BGB)¹⁵⁵ y cuando Hitler llegó al poder, se positivizó en el sistema legal¹⁵⁶. La teoría se fundamentó en la noción de hecho-trabajo y la inserción del trabajador en el organismo empresarial, con deberes de obediencia y fidelidad, siendo la voluntad del trabajador irrelevante en la formación del vínculo. De la misma forma que el ciudadano alemán prestaba servicio al Estado con el deber de absoluta obediencia al Führer, el trabajador, al incorporarse a la empresa, debe ser leal al empleador. Los principales defensores de esta corriente doctrinal fueron Potthoff, Nikisch y Siebert.¹⁵⁷ El anti-contractualismo se considera fáctico, porque se basó, tanto para la constitución del vínculo como para la producción de efectos, en el hecho del trabajo y no en la voluntad de las partes. También es anti-patrimonial, ya que no se fundamentaba en la relación crediticia entre el acreedor del trabajo y el pagador, sino en la existencia de una relación personal, en la que se explicaba el deber de lealtad al empleador. Se opuso así a la idea de vínculo obligacional y patrimonial,

los italianos (Deveali, Amletto Angelelli y Greco) y de los españoles (De Buen, Madrid, Lacambra y Polo). (Op. Cit., p. 271 a 273). A su vez, Maurício Godinho DELGADO denomina las teorías "contractualistas" (y no anti-contractualistas) y las divide en: a) teoría de la relación laboral; b) teoría institucionalista. (In: **Curso de direito...** Op. Cit., p. 226 a 228). MANNRICH menciona solo la teoría anti-contractualista (Op. Cit., p. 100 a 102). Según Adilson Bassalho PEREIRA, las teorías se dividen en: a) doctrinas contractuales (que se dividen en relacionistas e institucionalistas); b) doctrinas contractuales (que involucran figuras contractuales clásicas y el contrato de trabajo vigente) (In: **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTR, 1991. p. 16 a 22). Para José Affonso DALLEGRAVE NETO, las teorías anti-contractuales se dividen en: a) teoría de la relación laboral (que incluye la teoría contrato-realidad); b) teoría institucionalista. (In: **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTR, 1998. p. 66 a 68). Orlando GOMES incluye entre las teorías anti-contractuales la teoría de la institución "sui generis" (para él, una imitación de la teoría institucional), defendida por Alfonso Madrid (In: **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 35 a 37). Antônio Menezes CORDEIRO, representante de la doctrina portuguesa moderna, enfatiza exclusivamente la teoría de la incorporación, refiriéndose a ser el "punto alto de las doctrinas comunitarias-personales". (In: **Manual...** Op. cit., p. 96).

¹⁵⁵ HUECK e NIPPERDEY, aunque reconociendo una preponderancia, en ese momento, del institucionalismo, advirtieron de su marginalidad ante el sistema judicial: "[...] *la concepción hoy día dominante, en la moderna doctrina sobre la naturaleza del contrato de trabajo, niega reiteradamente su carácter de contrato jurídico obligacional [...]. Para el derecho vigente, hay que dejar bien sentado que el contrato de trabajo es, en el sentido del B.G.B., un contrato jurídico obligacional. De lo anterior se desprende que las normas sobre las relaciones obligatorias, y las de la Parte General del B.G.B., se aplican en el principio a la relación de trabajo.*" (In: **Compêndio de derecho del trabajo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. p. 87).

¹⁵⁶ La Ley de Organización del Trabajo del III Reich adoptó el anti-contractualismo en los siguientes términos: "§ 1 - *En cada empresa, el empleador, como jefe de la empresa ("Führer"), y los empleados y trabajadores, como personal ("Gefolgschaft"), trabajan de acuerdo, en vista de los fines de la empresa y por el bien común de las personas y del Estado.* § 2º - *El titular de la empresa decide sobre el personal en todos los asuntos de interés de la empresa regulados por la presente ley. Vela por el bienestar del personal. Eso le debe la lealtad que se fundamenta en la continuidad de la empresa.*" (CESARINO JÚNIOR, Antônio. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 2. p. 28; traducido).

¹⁵⁷ Consoante informa CATHARINO, José Martins. **Compêndio...**Op. cit., v. 1. p. 184.

nociones conectadas al contractualismo. De esta forma, por anticontractualismo fáctico y antipatrimonial, la relación laboral solo se configuraría cuando alguien preste el servicio con un deber de fidelidad, ingresando al órgano empresarial, con un cargo efectivo garantizado por el ordenamiento jurídico¹⁵⁸.

Encontrando un fundamento en la sociología, el **institucionalismo puro o desmesurado**, buscó explicar la naturaleza jurídica de la relación laboral a través del tomismo¹⁵⁹, en la idea de “bien común”¹⁶⁰, el todo es relevante y no las partes consideradas aisladamente. La empresa fue vista como una institución que, a través de su poder normativo, instituyó reglas para ser necesariamente obedecidas por los trabajadores. La voluntad aquí también fue irrelevante, solo interesada en el “bien común”. No habría disensiones entre el empleado y el empleador, ya que ambos apuntarían al “bien común”. Es por eso que la flagrante inutilidad de la voluntad en el establecimiento del vínculo, se formaría independientemente de la verificación del elemento volitivo. Las teorías anticontractuales han quedado obsoletas, precisamente porque desconocen la voluntad en la constitución de la relación laboral¹⁶¹. El anti-

¹⁵⁸ António Menezes CORDEIRO identifica, con la propiedad singular, los aspectos negativos del anticontractualismo: “*En términos técnico-legales, la teoría de la incorporación plantea más problemas de los que resuelve. De hecho, no aclara la situación de los trabajadores que, habiendo celebrado un contrato válido, no se encuentran, por motivos de distinta índole, incorporados a la empresa. Las vicisitudes de la situación laboral también pueden llevar a que un trabajador, sin perjuicio de su cargo, sea desvinculado de la unidad de negocio en la que se incorporó por primera vez. Cabe añadir que, entre la celebración de un contrato de trabajo y la constitución de la empresa, puede transcurrir un tiempo más o menos largo, lo que no debería poner en crisis la situación laboral. Y finalmente, la compleja realidad de las unidades productivas genera situaciones en las que la ocurrencia de una incorporación es dudosa cuando, al fin y al cabo, la presencia de un contrato es fácil de verificar*”. Reconoce, sin embargo, aspectos positivos: “*La teoría de la incorporación tiene una ventaja técnica: explica el régimen particular aplicable a situaciones en las que la prestación de trabajo se produce sin control o sin contrato válido. Pero este régimen, que corresponde a un orden de problemas que no es específico del derecho laboral, puede explicarse fácilmente con el uso de una doctrina de derecho laboral de hecho*”. (In: **Manual...** Op. cit., p. 97; traducido).

¹⁵⁹ El tomismo es el conjunto de doctrinas teológicas y filosóficas del pensador italiano Santo Tomás de Aquino (1225-1274), considerado la culminación del pensamiento escolástico, y en el que se busca la armonía entre el racionalismo aristotélico y la tradición revelada del cristianismo. Como enseña Michele Federico SCIACCA: “*Santo Tomás distingue tres clases de leyes que orientan a la comunidad hacia el bien común: la ley natural, común a todos los hombres (conservación de la vida; generación y educación de los hijos; deseo de verdad); derecho humano o positivo, establecido por los hombres sobre la base del derecho natural y orientado a la utilidad común; la ley divina, que guía a cada hombre hacia la consecución de su fin sobrenatural.*” (In: **História da filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 245; traducido).

¹⁶⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. cit., v. 1. p. 185.

¹⁶¹ Oportuna la transcripción de la crítica de José Martins CATHARINO: “*Los institucionalistas puros son cada vez más raros. Empapados de ideas metafísicas, programáticas y generosas, sin desdén por la persona del trabajador libre, como los anti-contractualistas fácticos, luchando contra el individualismo anárquico, terminaron abriendo el camino al extremo opuesto: el autoritarismo contrario a la libertad humana. Todo porque, en su idealismo desprendido de la realidad actual, ya tienen a la empresa como institución o grupo comunitario, lo cual es problemático y prematuro. También cometieron un error de perspectiva muy común,*

contractualismo no explica la posibilidad de que empleado y empleador se involucren en servicios de manera subordinada, ni de disciplinar efectos específicos en el contrato, ya que este sería un contrato estándar¹⁶², con la regencia dictada por el Estado. En otras palabras: el anti-contractualismo no deja espacio para la subordinación contractual; la subordinación en el trabajo sería solamente fáctica. La negación absoluta de la voluntad, si no se definiera como artificial, se calificaría de infantil. Las teorías institucionales solo son explicables y justificadas en vista de la necesidad de mantener el “status quo”, en el momento en que surgieron, y no tienen consistencia jurídica en la actualidad.

En cualquier caso, el anti-contractualismo representó una etapa en la evolución del estudio y la sistematización de la naturaleza jurídica de la relación laboral. Las teorías anti-contractuales jugaron así un papel importante: el de contrastar, mediante un esquema teórico-dogmático (luego positivo), a las teorías contractuales clásicas, que permanecieron indiferentes a la existencia del elemento de la subordinación. Las teorías anti-contractuales, en cambio, ya identificaban la existencia de subordinación, tratando de explicarla, sin embargo, dentro de parámetros institucionales.

Entre las teorías anti-contractuales y las teorías contractuales (y no como síntesis dialéctica del enfrentamiento entre ellas) existe una zona nebulosa, no perfectamente delimitada desde el punto de vista científico (que, además, dificulta su autonomía doctrinal), denominada, por parte de la doctrina, como **acontractualismo o paracontractualismo**¹⁶³. Esta corriente se caracterizó por la neutralidad, ya que no negaba permanentemente la voluntad, como se defiende en las teorías anti-contractuales. Sin embargo, la voluntad se consideró solo en el momento en que el empleado se une al cuerpo empresarial y cuando el empleador integra al empleado en la empresa. El contractualismo reconocía, en verdad, la doble voluntad individual

al inflar el concepto de contrato para combatirlo mejor. Se oponen a un contractualismo obsoleto, que ya se ha ido. También en teoría, la exageración de los defectos ajenos abre un camino para reducir la propia apariencia. El resultado es una doble falsificación, o una falsedad bidireccional, real y actual”. Ibidem, p. 185 (traducido).

¹⁶² La expresión también usada por RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de...** Op. Cit., p. 103.

¹⁶³ No todos los adoctrinadores dan autonomía a las teorías acontractuales o paracontractuales. La mayor parte de la doctrina los incluye en teorías anti-contractualistas o institucionalistas. Sin embargo, la diferenciación que hace Catharino es interesante. Mientras que en el "anticontractualismo" el prefijo "anti" revela la existencia de una teoría visceralmente contraria a la idea de contrato, en el "paracontractualismo" la preposición yuxtapuesta "para" no denuncia la oposición al contrato, sino la idea de similitud o proximidad. Ya en el "acontractualismo", el prefijo "a" tiene el significado de negación, insuficiencia o falta.

(“bi-unilateralismo”) o voluntades meramente adhesivas. No se trataba de voluntades con poder normativo, como ocurre en la constitución de una empresa jurídica, precisamente porque no produjeron ningún cambio en la efectividad de la relación laboral, que ya estaba asegurada por la norma. En el acontractualismo o paracontractualismo, la voluntad surgió de una observación obvia, en el sentido de que todo ser humano está dotado de capacidad volitiva. Sin embargo, la relación no surgiría de la voluntad, sino de la integración del trabajador en la empresa.¹⁶⁴ Si bien el acontractualismo no dio relevancia a la voluntad y, por tanto, negó la existencia de un típico negocio jurídico laboral, representó un paso hacia el reconocimiento de la voluntad como productor de efectos jurídicos. Además, demuestra una ventaja notable sobre las teorías anti-contractuales, porque, al reconocer la voluntad, muestra menos artificialidad.

Las **teorías contractuales** visualizan en la voluntad la fuerza generadora del contrato de trabajo. Tales teorías no deben confundirse con las clásicas teorías civilistas (aunque también contractuales), ya que surgen en una segunda “era contractual”, cuando el contrato de trabajo ya estaba tipificado, dentro de un Derecho Laboral autónomo frente a la Ciencia del Derecho. Las teorías contractuales surgieron naturalmente como una fuerte reacción a las teorías anti-contractuales. Retomaron y renovaron el concepto de voluntad, aunque, esta vez, en un revestimiento laboral normativo. La voluntad instituyó el vínculo obligatorio, teniendo fuerza normativa y vinculante entre las partes. Así, la elección de la categoría jurídica (contrato) y sus efectos fueron resultado de la voluntad de las partes y no del ordenamiento jurídico, exclusivamente. Sin la voluntad dirigida al trabajo subordinado, no habría contrato de trabajo. El contractualismo se centra en la idea de la voluntad, como fuerza propulsora del contrato. La voluntad no solo tuvo la función de desencadenar el proceso contractual, sino que también jugó un papel fundamental en la producción de efectos legales, a través de la elección de factores para atribuir efectividad y delimitar el contenido del negocio. Por tanto, el contractualismo se basó en la noción de que la voluntad tiene poder normativo. El elemento volitivo no era solo

¹⁶⁴ Un aspecto del acontractualismo es la teoría del "acto-condición", de Leon Duguit, según la cual existen tres tipos de actos jurídicos, desde el punto de vista del objeto y los efectos: (a) el "acto-regla" (de carácter normativo, creando una situación jurídica impersonal y objetiva; ejemplos son: la junta de accionistas de una empresa y el convenio colectivo); (b) la "acto-condición" (término medio entre lo normativo y lo puramente subjetivo; funciona como condición para aplicar a un individuo una situación jurídica preexistente; ejemplos son: el matrimonio y el nombramiento de un funcionario público); (c) el "acto subjetivo" (crea una situación jurídica particular para los sujetos intervinientes, resultante exclusivamente de la voluntad; ejemplos son: el contrato y el cuasicontrato). (CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. cit., v. 1, p. 186). George Scelle transfirió la teoría del acto-condición a la relación laboral. De esta forma, la relación laboral resultaría de un acto-condición, ya que habría un acto original - "embauchage" - de inserción del trabajador en la empresa, que podría o no tener una génesis contractual, pero los efectos derivarían del sistema legal. (MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 23).

una circunstancia perceptible para terceros, como en el acontractualismo, sino que era un elemento constitutivo esencial para la clasificación del negocio. En efecto, los defensores del contractualismo sostenían que sólo existiría una relación laboral, cuando las partes, a través de sus capacidades volitivas, además de manifestar interés en el establecimiento del pacto, eligieran su propia categoría contractual (la prestación de servicios de manera subordinada), determinaría y delimitaría los efectos del negocio jurídico elegido. La crítica al contractualismo radica en su imposibilidad de explicar la formación de un contrato de trabajo, cuando no hay voluntad de las partes dirigidas directamente al contrato de trabajo (de trabajo subordinado)¹⁶⁵. Para los contractualistas puros, no existe una subordinación fáctica, ya que la subordinación debe ser necesariamente contractual. Es impensable que alguien se ponga en un estado de sujeción jerárquica, sin que tal situación surja de su inequívoca manifestación de la voluntad.

El **hibridismo o eclecticismo** de las teorías anti-contractual y contractual parece constituir una especie de síntesis de un silogismo entre tesis antagónicas. Las posiciones extremas, además de no corresponder a la realidad humana, pecan precisamente por exceso. Si bien el proceso evolutivo de la humanidad surge de exageraciones polarizadas (de manera antagónica), tales situaciones son temporales y funcionan solo como un impulso para la transformación social en sí.¹⁶⁶ En verdad, la evolución jurídica se da de forma dialéctica, representando un movimiento helicoidal. La negación absoluta de la voluntad o la supremacía plena de la voluntad no pueden explicar las situaciones límite que resultan de las relaciones humanas en una sociedad. Parece, por tanto, que “el institucionalismo se ha contractualizado” y el “contractualismo se ha institucionalizado”. Así surgieron las teorías eclécticas del institucionalismo impuro o moderado y la del contrato de realidad.

¹⁶⁵ José Martins CATHARINO, con indeleble exactitud, identifica, en nuestro ordenamiento jurídico, situaciones en las que se forma la relación laboral, independientemente de la convergencia de voluntades de las partes, y, en muchas ocasiones, el vínculo se configura incluso contra la voluntad del empleador, por imposición de norma sindical o ley formal. El jurista recuerda que, en el contrato de aprendizaje, las empresas tienen una participación obligatoria de aprendices menores de edad a contratar, según el artículo 429 de la CLT, mantenido incluso con la llegada de la Ley 10.097, de 19.12.2000. (In: **Compêndio...** Op. cit., v. 1, p. 189). Una situación análoga se verifica también, actualmente, en la obligación de las empresas de cien o más empleados de cubrir del 2% al 5% de sus puestos con beneficiarios rehabilitados o personas “discapacitadas” cualificadas, según el artículo 93 de la Ley 8.213 / 91.

¹⁶⁶ En este sentido CESARINO JÚNIOR comenta: “*Hemos sostenido varias veces que, en realidad, en la evolución humana, solo vemos acción y reacción, casi como una ley pendular de la Historia, por eso, en materia social, la ley de NEWTON estaría equivocada: toda acción corresponde a una reacción, sí, pero 'desigual', y en sentido contrario. Por eso siempre se supera la posición de equilibrio y la humanidad evoluciona, pasando de una exageración a una exageración contraria, cuando la perfección estaría exactamente en el término correcto representado por esa posición*”. (In: **Direito social brasileiro**. Op. cit., p. 21; traducido).

Representando una evolución del institucionalismo puro, el **institucionalismo impuro o moderado** reconoce que lo que se busca no siempre es el bien común.¹⁶⁷ La voluntad ahora es reconocida, pero con garantías normativas¹⁶⁸. El institucionalismo impuro tuvo como principales defensores a Hauriu, Renard, Cuche, Durand, Savatier, Légal, Brète de la Gressaye y, en Brasil, a Ruy de Azevedo Sodré y Luiz José Mesquita.¹⁶⁹ Para los institucionalistas moderados, la relación laboral podría establecerse por la voluntad de las partes o, incluso si no hay un deseo dirigido a la contratación de empleo, por la incidencia de las reglas sobre el hecho laboral subordinado. De ahí que se diga que la relación se formaría con la voluntad de las partes o incluso sin ella. En el institucionalismo impuro, habrá un aumento creciente de la parte

¹⁶⁷ En un análisis preciso, Luiz José de MESQUITA resume los postulados del institucionalismo impuro o moderado: “*La relación jurídica de trabajo adquiere hoy, además de su tradicional aspecto contractual, un rasgo eminentemente institucional, por la naturaleza de la empresa económica moderna, en que se desarrolla. Además del aspecto interindividual, que concierne al empleado y al empleador, cara a cara, i. es, individualmente considerado, que hay, en la relación de trabajo subordinado, una realidad más profunda, que es la integración de ambos en una comunidad económica: la empresa. El aspecto contractual tradicional se refiere a la provisión individual de trabajo por parte del empleado al empleador, quien, a cambio, le paga un salario. El contrato vincula así a una persona a otra, mediante una relación interindividual, consistente en que cada una de las partes preste sus servicios a la otra, según se estipula en el mismo. El dominio del contrato de trabajo es, por tanto, el campo estricto de la justicia conmutativa. La institución une a las personas que forman parte de una comunidad a través de un vínculo no individual, pero intersocial. El aspecto institucional moderno de la relación laboral tiene por objeto no un beneficio y una contraprestación correspondiente, sino una colaboración económico-social entre los miembros de la comunidad empresarial. La institución une al empleado y al emprendedor con la empresa, a través de un vínculo colaborativo, que consiste en la búsqueda conjunta de un fin económico y social, a través de la organización de la empresa. El dominio de la institución es el campo amplio de la justicia general o social y también de la justicia distributiva. Vemos, por tanto, que al atribuir a la justicia conmutativa, distributiva y general lo que les corresponde en la relación laboral, hemos resuelto de manera satisfactoria el nebuloso problema de lo institucional y lo contractual en la relación jurídica de trabajo. [...] El contrato y la institución, a pesar de las diferencias sustanciales que subyacen a su naturaleza, por lo que sus efectos se contraponen, sin embargo, no son irreconciliables en la relación laboral, ya que es la misma actividad humana (objeto material) la que funciona como una actuación individual (objeto formal del contrato) y como colaboración social (objeto formal de la institución)*”. In: MESQUITA, José Luiz de. **Direito disciplinar do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1991. p. 13 a 16 (traducido).

¹⁶⁸ Después de la desaparición del nacionalsocialismo en Alemania, varios autores se expresaron en el sentido del eclecticismo, cambiando la posición previamente perfilada a favor del anti-contractualismo puro. Entre ellos, KASKEL e DERSCH: “*En la cuarta edición de este libro [...] sostuve la opinión de que, por lo general, la relación efectiva de trabajo es suficiente para el concepto de trabajador, independientemente de la existencia de un contrato de trabajo válido, sobre todo en lo que atañe a la protección del trabajo y la organización social de la empresa, pero que se exige un contrato de trabajo válido para aquellos dominios del derecho del trabajo donde se lo presupone expresa o implícitamente, p. ej., para todo el derecho del contrato de trabajo. También hoy creo que esa opinión es la acertada. La solución correcta incluiría, pues, elementos tanto de la teoría del contrato como de la teoría de la incorporación. Para precisarlo una vez más: ‘un contrato de trabajo sólo es necesario en los casos en que la ley evidentemente no se contenta con la relación efectiva de trabajo. En estos casos no es necesario la incorporación, además del contrato, pero ésta tampoco es suficiente. Por outro lado, la incorporación es suficiente, cuando la ley evidentemente parte de la relación efectiva de trabajo, sobre todo tratándose de la protección del trabajo en sí y de la organización social de la empresa.’* (In: **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Depalma, 1961. p. 40).

¹⁶⁹ Cfe. CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. Cit., v. 1, p. 190.

normativa, en detrimento de la parte voluntaria.¹⁷⁰ Es, por cierto, el punto de encuentro con la gestión contractual, donde las expresiones “contacto con la gestión estatal” e “institucionalismo impuro” pierden sus significados originales y sufren una confusión natural. Desde el punto de vista del elemento subordinado, el institucionalismo impuro acepta la existencia de una subordinación tanto contractual como fáctica. Sin embargo, admite la preponderancia de este último, al reconocer el poder disciplinario de la empresa, que es claramente institucional¹⁷¹⁻¹⁷².

El institucionalismo moderado puede representarse, gráficamente, por dos círculos concéntricos, uno más grande, que representa el institucionalismo (parte normativa), y uno más pequeño, que significa contractualismo (parte voluntaria). Con tal representación, es evidente que lo contractual o voluntario se cierra en un cuerpo normativo. Habría amplia libertad contractual, pero dentro de los límites marcados por la parte normativa, que rodearía lo

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ La naturaleza jurídica del poder disciplinario es un tema clásico y controvertido. António Menezes CORDEIRO identifica las dos corrientes principales: “*La 'teoría contractualista' devuelve el poder disciplinario al propio contrato de trabajo: las partes, al concluirlo, lo disponen, instituyéndolo un poco como una cláusula penal. La 'teoría institucionalista', por el contrario, pretende verla como un producto de la propia organización empresarial, en la que el trabajador estaría integrado*” (In: **Manual...** Op. Cit., p. 760; traducido). Aldacy Rachid COUTINHO, en un trabajo impresionante, presenta los diversos fundamentos del poder disciplinario: a) organizacional (el poder punitivo se basa en la estructuración jerárquica y la autoridad en la empresa, complementando el poder directivo); b) normativista (es el poder resultante del actual ordenamiento jurídico positivo, exteriorizado por sus fuentes, como la Constitución y la ley); c) contractualista (deriva de la propia estructura contractual, que convierte el poder en legal, debido a la negociación de las partes); d) contrato y propiedad (el poder se fundamenta en este binomio; el contrato es la base formal del poder ejercido por el empleador, mientras que la primera y anterior causa se fundamenta en el derecho a la propiedad); e) propiedad privada (la base del poder en el sistema capitalista es la propiedad privada; quién posee, manda); f) control (reconoce que la propiedad y gestión de la empresa no siempre la ejerce la misma persona, admitiendo, por tanto, que el poder disciplinario recae en quien ejerce el control); g) institución (parte de la idea de que la empresa es una realidad sociológica y jurídica, formando una comunidad u organización de trabajo; empleador y empleado están conectados por una solidaridad orgánica, unidos por intereses comunes. (In: **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTR, 2001, *passim* 105 a 124; traducido).

¹⁷² Para José Luiz de MESQUITA, el poder disciplinario tiene carácter institucional. “*In litteris*”: “*Podemos, por tanto, establecer las siguientes conclusiones, sobre la naturaleza y fundamento del poder disciplinario en la empresa económica: 1º) - La potestad disciplinaria en la empresa económica forma parte de la Ley Institucional de la Empresa y pertenece a una rama de Derecho Laboral Social - Derecho Laboral Disciplinario; 2º) - La potestad de imponer sanciones disciplinarias que autoriza la Ley de Disciplina Laboral es de carácter institucional y se fundamenta en la teoría de la institución, no pudiendo someterse a la sujeción de la actividad productiva de la persona humana del trabajador a la empresa realizada por medio del poder jerárquico, puede ser explicado por los poderes derivados del instituto de propiedad privada; 3º) - La teoría institucionalista fundamenta el derecho a sancionar disciplinariamente, en la empresa económica, por la propia necesidad de conservación de la empresa y orientación de la misma hacia su fin económico-social*”. (Op. Cit., p. 98; traducido).

contractual y, eventualmente, lo reemplazaría por el mínimo normativo, cuando la voluntad de las partes se distorsione, fuera de sintonía con la voluntad del Estado.¹⁷³

Ya para la teoría de **contrato-realidad** de autoría del adoctrinador mexicano Mario de La Cueva¹⁷⁴ - también ecléctica, una vez que conjuga lo contractual y el institucional¹⁷⁵ -, la relación laboral existiría solo cuando se ejecute el contrato, en la ejecución contractual, es decir, cuando se prestaban los servicios. De existir una efectiva prestación de servicios, las reglas del ordenamiento jurídico comenzarán a aplicarse, teniendo en cuenta la capacidad volitiva de los contratistas. Solo el pacto de voluntades no sería suficiente para la configuración de la relación laboral. De La Cueva no reconoce, por tanto, el trabajo contratado, “in potentia”. De ahí la referencia a ser un contrato en realidad. Para él, el contrato sin su ejecución efectiva es de carácter civil, por lo que no está disciplinado por la Ley del Trabajo.

¹⁷³ José Martins CATHARINO utiliza la expresión "relación trilateral" (In: **Compêndio...** Op. Cit., v. 2, p. 147), para designar aquellos negocios en los que no solo las partes tendrían derecho a fijar cláusulas en el contrato, sino que también el Estado, a través de actos normativos, tendría tal prerrogativa. Es obvio que el Estado no es parte contratante, sin interés propio en la realización del pacto, como ocurre en los contratos administrativos, aunque el Estado interviene en el contrato, mediante cláusulas obligatorias e imperativas, a fin de reequilibrarlo.

¹⁷⁴ De hecho, la designación de “*contrato- realidad*” es de Alfredo Iñárritu, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de México, que surgió en el conflicto de competencia 133-36, planteado entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Civil de la Ciudad de México, para conocer la denuncia interpuesta por José Molina Hernández contra la Cia. Mexicana de Petróleo “*El Aguila*”. Cfe. DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 459.

¹⁷⁵ No hay consenso entre los adoctrinadores sobre la situación topográfica exacta de la teoría del contrato-realidad. Por el contrario, gran parte de la doctrina considera la teoría del “contrato-realidad” como representativa del anti-contractualismo. En este sentido, se encuentra en: MAGANO, Octavio Bueno. Op. Cit., p. 24; DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de...** Op. Cit., p. 227; DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Op. Cit., p. 95; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 229 (aunque reconociendo “una tierna dosis de voluntad”). Sin embargo, parece que el juslaboralista mexicano fue malinterpretado en sus lecciones, por lo que es necesario transcribir extractos de su obra, en los que se identifica el eclecticismo: “[...] *los efectos fundamentales del derecho del trabajo principian únicamente a producirse a partir del instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del derecho del trabajo se producen, no por el simple acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrono, sino cuando el obrero cumple, efectivamente, su obligación de prestar un servicio. En otros términos expresado: El derecho del trabajo, que es un derecho protector de la vida, de la salud y de la condición económica del trabajador, parte del supuesto fundamental de la prestación del servicio y es, en razón de ella, que impone al patrono cargas y obligaciones.*” Más adelante refiere: “*La exposición que antecede no debe conducir a la conclusión de que el acuerdo de voluntades entre un trabajador y un patrono para la prestación de servicios esté desprovisto de efectos, pues de ser así resultaría un acto inútil. Estos efectos consisten, respecto del trabajador, en la obligación de ponerse a disposición del patrono para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida y, tocante al patrono, en la obligación de permitir al trabajador que desempeñe el empleo que se le hubiere ofrecido, a fin de que pueda obtener las ventajas económicas pactadas en el contrato o consignadas en la ley*”. Posteriormente, hace referencia expresa a la indispensabilidad del elemento volitivo: “*La relación de trabajo es imposible sin la concurrencia de la voluntad del trabajador, pues el artículo quinto de la Constitución previene que a nadie se podrá obligar a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento.*” (DE LA CUEVA, Mário. Op. Cit., p. 455, 457 y 459).

Según lo examinado hasta ahora, si, por un lado, el aspecto positivo que aportaron las teorías laborales fue el reconocimiento de la subordinación como elemento categorizador de un nuevo tipo de relación/contrato, para reclamar una adecuada regulación normativa (con el fin de tratar de equilibrar esta relación/contrato), por otro lado, traían fuertes características negativas, que hoy son asimiladas a la funcionalidad del acoso moral, tales como: la idea de que la voluntad del trabajador es irrelevante, requiriendo solo que él ocupe su trabajo (anti-contractualismo fáctico y anti-patromonial); la empresa es portadora del "bien común", por lo que todos los comandos son legítimos (institucionalismo puro o inmoderado); la voluntad del empleado, aunque pueda ser reconocida formalmente, es insignificante o intrascendente en la práctica (paracontractualismo); la formulación de una ficción jurídica en el sentido de que la voluntad del trabajador sería importante y relevante para la formación y ejecución del contrato (teorías contractuales), proporcionan un ambiente fértil para la construcción del negocio jurídico del empleo; la naturalización del poder disciplinario, incluso para quienes reconocieron la existencia de un contrato (teorías contractuales) o un híbrido entre relación y contrato (teorías eclécticas o híbridas).

Luego de develar las teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la relación de poder entre empleador/empleado, queda por ver que teoría fue adoptada en el sistema normativo brasileño.

1.2.3 Teoría recibida en el ordenamiento jurídico brasileño

No existe un consenso pleno en la doctrina, con respecto a la teoría adoptada por el ordenamiento jurídico brasileño. Según Arnaldo Süssekind, como miembro del comité de redacción de la CLT, la teoría se habría perfilado contractualista.¹⁷⁶

Antonio Cesarino Júnior, por su parte, entiende que la CLT ha adoptado el "anti-contractualismo" o la teoría "acontractualista".¹⁷⁷

¹⁷⁶ MAGANO, Octavio Bueno. Op. Cit., p. 25.

¹⁷⁷ In: **Direito social brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 2, p. 32.

Según Tarso Genro, el contractualismo se basa, en el caso de la legislación brasileña, en una teoría “estatutaria” de la relación laboral, identificándola con el propio contrato.¹⁷⁸

Para Délio Maranhão, hay “una mezcla de contractualidad e institucionalidad ”.¹⁷⁹

Según Mozart Victor Russomano, la teoría contractual está plenamente aceptada en la legislación nacional.¹⁸⁰

Según Antonio Lamarca, “la relación de trabajo o relación laboral es innegablemente de carácter contractual ”.¹⁸¹

Para Maurício Godinho Delgado, el artículo 442 de la CLT revela una composición entre la vertiente “contractualista” y “a-contractualista”, con un daño innegable al mínimo de lógica formal y jurídica.¹⁸²

En sentido convergente, Carmen Camino afirma: “En Brasil, aunque ganó la cadena contractualista, hubo una concesión notoria al a-contractualismo ”.¹⁸³

Es evidente que no existe una discrepancia absoluta entre la doctrina. De una forma u otra, todos reconocen la existencia de elementos contractuales (voluntarios) e institucionales (normativos) en la posición adoptada por la CLT.

Dependiendo de los criterios perfilados por el autor, el “nomen juris” de la teoría varía. Para quienes entienden que solo existen las dos corrientes antagónicas tradicionales (anti-contractualismo y contractualismo), sin la existencia de líneas eclécticas, hay dos alternativas: colocar la CLT entre las teorías anti-contractuales, desconociendo únicamente los elementos voluntarios para la elección de la denominación de la corriente; o perfilar la CLT en los textos consagrantes de las teorías contractuales, desconociendo los aspectos institucionales en la adopción del nombre de la teoría.

¹⁷⁸ Op. Cit., p. 91.

¹⁷⁹ Op. Cit., p. 230.

¹⁸⁰ In: **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, Rio de Janeiro, 1957. v. 2. p. 553.

¹⁸¹ In: **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 97.

¹⁸² In: **Contrato de trabalho: caracterização, distinções, efeitos**. São Paulo: LTR, 1999. p. 227.

¹⁸³ Op. Cit., p. 98.

La Consolidación de las Leyes Laborales, como enseña José Martins Catharino¹⁸⁴, parece haber moldeado profundamente la teoría ecléctica del institucionalismo impuro o moderado.

Tanto el “Informe de la Comisión sobre el Anteproyecto de Consolidación”¹⁸⁵ (de 5.11.1942) como del Proyecto “Exposición de motivos de la Comisión Redactora del Proyecto de Consolidación de Leyes Laborales”¹⁸⁶ (de 31.3.1943), habilitan, a través de una auténtica interpretación inversa¹⁸⁷, concluir que nuestro Estatuto del Trabajo fue fiel a las concepciones normativo-voluntarias del institucionalismo impuro o moderado.

Además, las bases de nuestro ordenamiento jurídico prueban la simbiosis entre institucionalismo y contractualismo¹⁸⁸.

¹⁸⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. cit., v. 2, p. 192.

¹⁸⁵ En el Informe de la Comisión: “*El orden que presidió la distribución de la materia en Consolidación encuentra su fundamento no solo en el principio didáctico y lógico de exposición en un grado de complejidad creciente, sino también en el espíritu supercontractual o institucionalista que caracteriza al Derecho Social [...] Es que las llamadas 'normas institucionales' constituyen los valores contenidos en la legislación de protección laboral, mientras que la estructura del contrato de trabajo - individual o colectivo - incluye elementos variables de ajuste, además de los imperativos constantes [...] el origen de las 'normas' sobre los 'contratos', por tanto, acentuó el orden estatutario o la concepción contractualista, y esto se debe a que la libertad contractual presupone la igualdad de las partes contratantes, mientras que la Ley Social reconoce, como un hecho real, la situación desfavorable del trabajador y promueve su protección legal*”. (Ídem; traducido).

¹⁸⁶ En la exposición de motivos: “28. En relación a los contratos de trabajo, conviene aclarar que la primacía de las **normas** sobre los contratos enfatizó que el orden institucional o estatutario prevalece sobre la concepción contractualista. 29. El análisis del contenido de nuestra legislación social demostró exuberantemente la primacía del carácter institucional sobre el efecto del **contrato**, que se restringió a la objetivación del ajuste, la determinación del salario y la estipulación de la naturaleza de los servicios, y eso incluso dentro de las **normas** y condiciones establecidas en la ley. 30. Destacar esta peculiar expresión constituiría ciertamente una conformación con la realidad y con la filosofía de la nueva Ley, justificando así el énfasis inicial atribuido a la enumeración de las normas de protección al trabajo, para luego referirse al contrato de trabajo. 31. No hay forma de oponerse a tal método, ya que el Derecho Social es, por definición, un conjunto de normas e instituciones destinadas a proteger el trabajo dependiente de la actividad privada”. (CAMINO, Carmen. Op. Cit., p. 98; traducido).

¹⁸⁷ Mientras que la “interpretación auténtica” es aquella que [...] “emana del poder mismo que hizo el acto cuyo sentido y alcance declara”, como Carlos sustenta MAXIMILIANO (Op. cit., p. 87), Parece que el “informe” y la “exposición de motivos” (ésta en particular) “anticipan” el verdadero significado de la norma, especialmente si se tiene en cuenta que el CLT que fue aprobado con base en los estudios y los textos finales de la Comisión.

¹⁸⁸ Rafael CALDERA, con insuperable precisión, pone punto final a las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral: “*Sin entrar en discusiones, ni caer en la negación del contrato como consecuencia de la idea de relación laboral, estamos con quienes apoyan la necesidad y conveniencia de esa idea, dada la insuficiencia del contrato para explicar muchos casos de relación laboral extracontractual. Con esta insuficiencia, casi todos los autores están de acuerdo. Aceptamos, por tanto, la tesis de que 'la relación laboral surge, habitualmente, por el efecto del contrato, pero, en muchos casos, está regulada por la ley que prescinde del contrato y, en ocasiones, se sustenta legalmente, incluso cuando el contrato que originó es nulo o así lo declaro', como dijo DEVEALI. Y creemos, como él, que 'cuando se acepta el concepto de relación laboral, de ningún modo se niega siempre la existencia del contrato, que sigue siendo la fuente habitual de la relación*”

Se destacan, por ejemplo: el artículo 442, que intenta una solución pacífica, intermedia entre las teorías antípodas, equiparando, para efectos legales, la relación con el contrato; el artículo 444, que reconoce la plena libertad de contratación (principio de autonomía de la voluntad), siempre que se respete el mínimo normativo; y el artículo 468, que permite cambios en el contrato, de mutuo acuerdo (principio de pacto obligatorio), siempre que no resulte en pérdidas para el empleado.

Cabe señalar también que la opción de la CLT de definir primero la figura del empleador, en el artículo 2, y, posteriormente, la figura del empleado, en el artículo 3, en un diploma legal cuyo principal destinatario era el trabajador subordinado y de protección de este último, denota un rostro institucional muy intenso en nuestra legislación¹⁸⁹.

A pesar de la existencia de varias teorías que intentan desvelar la naturaleza jurídica de la relación laboral, se concluye que, desde el punto de vista del elemento subordinado, que constituye la relación o el contrato de trabajo, nuestro sistema juslaboral al equiparar la relación laboral con el contrato de trabajo, envuelve tanto la subordinación fáctica (resultante del acto-hecho-trabajo) como la subordinación contractual (basada en un negocio jurídico), sin traer consecuencias relevantes respecto al acoso laboral.

1.2.4 La (aparente) evolución del concepto de subordinación

Como se vio, inicialmente surgieron las teorías civilistas, que negaban la propia autonomía del Derecho Laboral, pues argumentaban que la relación laboral sería de carácter civil, estando, por tanto, inserta en algún tipo contractual existente, desde una perspectiva paritaria (arrendamiento, compra y venta, sociedad y mandato). Estas teorías representan la llamada fase clásica, porque ni siquiera el Derecho Laboral era una rama independiente. Las teorías civilistas demostraron, en su momento, la incapacidad del Derecho Privado, basado en

*laboral, como consecuencia de la creciente intervención legislativa y el carácter inderogable de sus normas'. Esto significa que la idea de la relación laboral es completar y no reemplazar la del contrato de trabajo” (In: **Relação de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 9; traducido).*

¹⁸⁹ Es importante señalar que no todos los estatutos de protección posteriores, en el ordenamiento jurídico brasileño, siguieron el mismo sistema que, por ejemplo, el Código de Protección al Consumidor (Ley 8.070/90), que define, en primer lugar, al destinatario de la protección legal (art. 2; el consumidor), para solo después conceptualizar la contraparte (art. 3; el proveedor). La ley de inquilinos (Ley 8.245/91), sintomáticamente, define, primero, los deberes del arrendador (art. 22) y luego los deberes del inquilino (art. 23).

los principios de autonomía de la voluntad y el individualismo jurídico, en aceptar la subordinación como elemento limitante de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes.

Las teorías laborales se basaron en el Derecho Laboral, ya autónomo, separado del Derecho Civil. Según este conjunto de teorías, la relación laboral se explicaría en base a los principios que informan el Derecho del Trabajo, especialmente el de la tutela (protectora o tuitiva).

Las teorías anti-contractualistas o institucionalistas¹⁹⁰, que surgieron como reacción a las teorías civilistas, jugaron un papel importante al enfrentar, a través de un marco teórico, las teorías contractuales clásicas, indiferentes al elemento subordinado. Las teorías anti-contractuales, por otro lado, identificaron la presencia de subordinación, tratando de fundamentarla, sin embargo, dentro de los arquetipos institucionales (comunitarios-personales), apareciendo aquí la base del poder disciplinario del empleador¹⁹¹.

Las teorías contractuales surgieron, de manera natural, como reacción a las teorías anti-contractuales, renovando el concepto de voluntad, aunque, esta vez, con un disfraz normativo laboral, forjado por el principio de tutela. Sin embargo, la subordinación solo se reconoce si se debe a la voluntad de las partes.

Desde el punto de vista del elemento subordinado, el institucionalismo impuro, consagrado en la Consolidación de las Leyes Laborales, acepta la existencia tanto de la subordinación contractual como de subordinación fáctica. Sin embargo, admite la

¹⁹⁰ Reginaldo MELHADO sintetiza: “[...] Según esta teoría, para que una entidad empresarial pueda subsistir como tal, logrando los fines para los que está destinada, es fundamental que esté estructurada en base a una determinada lógica disciplinaria. Asumiendo la subordinación del grupo de miembros a un determinado orden, la disciplina de la producción conlleva la subordinación como fenómeno dialéctico y necesario: el emprendedor debe dirigir la actividad de la institución - porque una empresa debe estar bajo el dominio de una autoridad - y por que es inevitable que los trabajadores se sometan a su poder de mando. La subordinación aparece a los ojos del *communitarismo*, por tanto, como una especie de elemento constitutivo de la empresa-institución, en cuya amalgama se construye la economía de mercado. Su otra faceta es el poder emprendedor liberado de las trabas del contrato, capaz de imputar al trabajador la responsabilidad de conductas que en principio serían lícitas (porque no están prohibidas en el contrato) o que ni siquiera están vinculadas a las principales obligaciones. Un “*jus puniendi*” del que se desprenden sanciones “*ad hoc*” que se justifican de forma autónoma por la relación, libre de los lazos del “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”, el antiguo canon del Derecho Penal”. (In: **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003. p. 65; traducido).

¹⁹¹ Michel FOCAULT demuestra el surgimiento, en Occidente, del poder disciplinario (de vigilancia, control y corrección), es decir, ese poder que hizo que la sociedad programara y fabricara “*cuerpos sumisos y ejercitados, cuerpos dóciles*” (In: **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 119).

preponderancia de estos últimos, cuando reconoce el poder disciplinario de la empresa, que está claramente institucionalizado.

Como se examinó anteriormente, desde el punto de vista del elemento “subordinación”, aun considerando la existencia de varias teorías, el ordenamiento jurídico brasileño es ecléctico, ya que acepta los diversos orígenes de la subordinación.

Sin embargo, la relación laboral, para ser aceptada en el Estado de Derecho Social, debe entenderse como el resultado de un pacto de voluntades, equiparando las situaciones “extracontractuales” a las situaciones “contractuales”.¹⁹² Así, la subordinación, incluso la fáctica, por equivalencia legal, pasaría a tener validez legal, razón por la cual la dogmática tradicional, de manera ficticia, hizo que el contractualismo superara al institucionalismo.

El imperativo doctrinal de abandonar el anti-contractualismo no surgió de una simple necesidad de reestructuración normativa. Correspondió a la necesidad de romper con la ideología que originó las teorías anti-contractuales.¹⁹³ De esta manera, el contrato tuvo, desde

¹⁹² La superación del anti-contractualismo se explica, en la relación laboral, por la doctrina hegemónica, en la libertad de consentimiento para su constitución (voluntad meramente adhesiva) y no en la libertad de consentimiento para determinar el contenido de la relación. Luisa Riva SANSEVERINO observa: “*Senza dubbio, in materia di contratto di lavoro, l'autonomia individuale si reduce, nel nostro ordinamento e nella maggior parte dei casi, ad un atto di tacita adesione, da parte del lavoratore, a quello che è il contenuto preventivamente fissato dal rapporto che egli viene a porre in essere al momento dell'assunzione. Ciò non ostante, questo atto di tacita adesione va ritenuto sufficiente a dare carattere contrattuale alla disciplina del rapporto di lavoro, anche se il contratto che ne risulta è completamente regolato, quanto al contenuto, dalle disposizioni imperative e dispositive stabilite dalle fonti esterne ed interne del diritto del lavoro. [...] Per il concetto di contratto, l'elemento essenziale reside nella libertà del consenso per la costituzione del rapporto, e non nella libertà del consenso per la determinazione del contenuto del rapporto: del resto, il contenuto di ogni rapporto contrattuale è sempre, più o meno, limitato da disposizioni imperative o comunque esterne; e si potrebbero citare, soprattutto nel campo dei rapporti economici, molti altri contratti (per esempio, i contratti di trasporto, di assicurazione, ecc.), in cui l'autonomia individuale subisce limitazioni spesso superiori a quelle subite nei riguardi del contratto di lavoro.*” Op. cit., p. 132.

¹⁹³ En este sentido, António Menezes CORDEIRO argumenta: “*En términos ideológicos significativos, finalmente, es importante tener en cuenta el alcance antiindividualista y antiliberal que, en un principio, informó la teoría de la incorporación. Contrariamente al sentimiento generalizado del derecho privado, que sitúa a la persona autónoma en su base, este entendimiento aún se opone al pensamiento jurídico actual que enfatiza la "autodeterminación" y la "consensualidad" en el espacio. Indefenso en sus bases y criticado en sus efectos, la doctrina comunidad-personal debe ser superada. Ella, de hecho, fue la responsable de buena parte de las construcciones de obra actual, en un esfuerzo que no debe perderse. El peso de la inercia justifica, de hecho, que la mayoría de autores lo mantengan como referencia, e incluso hay intentos de extrapolarlo en áreas no laborales. Pero ya no atiende a las aspiraciones dogmáticas del Derecho Laboral: cumplido su papel histórico, debe ser reemplazado por conceptos más acordes con el panorama juscientífico actual*” (In: **Manual...** Op. cit., p. 97; traducido).

el aspecto social, la misión de convertir en formas pacíficas y situaciones justas que pusieran fin a relaciones de violencia y supremacía de los más fuertes.¹⁹⁴

En efecto, la relación laboral, para ser apetecible a la nueva sociedad (y, ciertamente, a la nueva clase económica que ejerce el poder), debe ser analizada como consecuencia de la convergencia de voluntades entre el trabajador y el empresario.

A diferencia del Derecho Civil, que, tras la Revolución Francesa, experimentó el apogeo del principio de autonomía de la voluntad y su posterior declive, el Derecho Laboral nació durante el período de crisis contractual en el Derecho Privado. Quizás fue uno de sus principales síntomas. Así, al aludir a la necesidad de aceptación de un modelo contractual del vínculo laboral, se estaba tomando un contrato contemporáneo, de los tiempos actuales, basado en el orden público, que debía aceptar la existencia de normas pertinentes, las cuales debían someter al Poder Judicial, que debe permitir la corrección de voluntades distorsionadas y, sobre todo, que debe ser susceptible de ser reequilibrado por el Estado, teniendo en cuenta su función social.¹⁹⁵

Sin embargo, se constató que la autonomía de la voluntad y el negocio jurídico, además de no abandonar su papel como instrumento para la realización de intereses exclusivamente privados, no conseguirán llevar a cabo la compatibilización de estos intereses privados con los intereses sociales, lo que se comprueba, aún en la actualidad, y de forma cada vez más exacerbada, con el aumento de gobiernos de sesgo fascista en varios países del mundo.

De esta forma, en lo que respecta a la relación laboral, se adoptó el concepto contractual, solo por necesidad técnica¹⁹⁶ del poder hegemónico, para legitimar y mantener el poder.

Así, en realidad, la transición del institucionalismo al contractualismo procedió sólo de manera superficial (o aparente) a cambios en la relación poder-sujeción laboral, sin modificar

¹⁹⁴ SANSEVERINO, Luisa Riva. Op. Cit., p. 133.

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81 a 86.

¹⁹⁶ Orlando GOMES, representando la doctrina mayoritaria, dice: “*Se puede decir, por tanto, que, en la etapa actual de evolución social, la contractualidad de la relación laboral individual es un hecho indiscutible, además porque es un dato ineludible del sistema económico contemporáneo. Precisamente porque el trabajo es libre y no obligatorio, no se puede prescindir del consentimiento del trabajador. Ahora bien, si el hecho de prestar el servicio depende, en última instancia, de dos actos volitivos que confluyen, el contrato es necesariamente su elemento impulsor, su causa generadora*”. (In: **Introdução...** Op. cit., p. 47; traducido).

sustancialmente la situación real (concreta) de sometimiento personal del trabajador frente al empresario.

La construcción normativa, incluso bajo un molde supuestamente “contractual/democrático”, llevó a la dogmática hegemónica a la idea de subordinación subjetiva o personal, es decir, quien se subordina al empresario es el trabajador, de manera personal. En otras palabras el trabajador debe obedecer las órdenes del empleador, no por ejercer una función en la empresa, sino por ser subordinado de “alguien/algo”.

Este concepto de subordinación reproduce, en la sociedad actual, desde el punto de vista de la dignidad humana, una clara asimetría entre los dos “contratantes” en la relación laboral subordinada. Indudablemente, el empresario se encuentra, por regla general, en una situación “más digna” que el trabajador (o simplemente, en una “condición digna”, mientras que el trabajador permanecería “por debajo del margen de la dignidad”).

Así, se perfilan las nociones históricas sobre la evolución del trabajo subordinado y su consecuente estructura normativa, es imperativo, para la visibilización del fenómeno del acoso moral en la relación poder-sometimiento laboral, proceder al análisis de la construcción normativa de la subordinación.

1.3 La consagración jurídica de la concepción subjetiva de la subordinación como legitimadora del acoso laboral.

Si bien la retrospectiva histórica del trabajo subordinado demuestra la existencia de algunos avances formales (considerando el derecho positivo), en la relación laboral de poder y sujeción - entre el trabajador y el empleador -, el análisis de la evolución histórica de esta relación muestra que no fueron modificadas las bases de opresión y sometimiento efectivo en las que se establecen, lo que se mantiene hasta hoy, con un marcado aumento de la desigualdad entre los “contratantes”.¹⁹⁷

¹⁹⁷ José Martins CATHARINO enseña: “Débil, en mayor número; fuerte, en menor medida, siempre ha existido, desde la antigüedad. Fuerte, ordenando y oprimiendo; débiles, obedeciendo y oprimidos, desafiantes y rebeldes siempre que sea posible. Lo que ha cambiado, y sigue cambiando, es la especie de los que estaban a cargo y los que están a cargo, así como el grado de mando y si los que están a cargo son elegidos por las personas comandadas. En el ámbito social, la autoridad, en la cúspide, requiere la concentración de unos pocos, y, en sentido decreciente, el número aumenta, mientras que el orden disminuye, hasta casi cero, en una

Se verifica, en un análisis exógeno, que no solo no se ha logrado la plena realización de los derechos sociales legalmente reconocidos en la ley (dado que el Derecho Laboral no ha logrado evitar la creciente desigualdad legal o contractual entre el empresario y el trabajador, casi abisal¹⁹⁸), pero también, en la actualidad, el poder hegemónico busca reducir los derechos adquiridos formalmente, a través de la flexibilización y desregulación del Derecho Laboral.

extensa llanura, donde están los más numerosos, que mandan poco o nada, marginados, sirviendo como pedestal, o incluso viviendo en la clandestinidad social, sustentando construcciones políticas absolutistas” (In: **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTR, 1997. p. 14; traducido).

¹⁹⁸ Interesante, por cierto, la lección de Boaventura de Sousa SANTOS: “*El pensamiento occidental moderno es un pensamiento abisal. Se basa en líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos distintos: el universo "en este lado de la línea" y el universo "en el otro lado de la línea". La división es tal que "el otro lado de la línea" desaparece como realidad, se vuelve inexistente e incluso se produce como inexistente. Todo lo que se produce como inexistente se excluye radicalmente porque queda fuera del universo que la concepción aceptada de inclusión considera como el Otro. Así, la característica fundamental del pensamiento abisal es la imposibilidad de copresencia en ambos lados de la línea. El "otro" lado de la línea abisal es un universo que se extiende más allá de la legalidad y la ilegalidad, más allá de la verdad y la falsedad (creencias ininteligibles, idolatría, magia). Juntas, estas formas de negación radical producen una ausencia radical, la ausencia de humanidad, la subhumanidad moderna. Así, la exclusión se vuelve radical e inexistente, ya que los seres infrahumanos ni siquiera son considerados candidatos a la inclusión social. La humanidad moderna no puede concebirse sin una subhumanidad moderna. La negación de una parte de la humanidad es un sacrificio, en la medida en que constituye la condición para que la otra parte de la humanidad se afirme como universal. Mi argumento en esta comunicación es que esta realidad es tan cierta hoy como lo fue en el período colonial. El pensamiento occidental moderno continúa operando a lo largo de líneas abisales que dividen al mundo humano del subhumano, de tal manera que los principios de la humanidad no sean cuestionados por prácticas inhumanas. Las colonias representan un modelo de exclusión radical que permanece hoy en el pensamiento y la práctica occidentales modernos como lo hizo en el ciclo colonial. Hoy, como entonces, la creación y al mismo tiempo la negación en el otro extremo de la línea son parte integral de los principios y prácticas hegemónicas. Hoy, como entonces, la imposibilidad de copresencia entre los dos lados de la línea sigue siendo absoluta. Hoy, como entonces, la civilidad jurídica y política de este lado de la línea se basa en la existencia de la más absoluta descortesía al otro lado de la línea. Actualmente, Guantánamo representa una de las manifestaciones más grotescas del pensamiento jurídico abisal, de crear otro lado de la línea como un no territorio en términos legales y políticos, un espacio impensable para el estado de derecho, los derechos humanos y la democracia. Sin embargo, sería un error considerarlo una excepción. Existen muchos Guantánamos hace mucho tiempo, de Irak a Palestina y Darfur. Más que eso, hay millones de Guantánamos en discriminación sexual y racial tanto en el ámbito público como en el privado, en las áreas salvajes de megaciudades, en guetos, en talleres clandestinos, en cárceles, en nuevas formas de esclavitud, en el tráfico ilegal de órganos humanos, trabajo infantil y prostitución. El primer punto de mi argumento es que la tensión entre regulación y emancipación sigue coexistiendo con la tensión entre apropiación y violencia, al punto que la universalidad de la primera tensión no es cuestionada por la existencia del segundo. En segundo lugar, sostengo que las líneas abisales continúan estructurando el conocimiento moderno y la legalidad. Finalmente, mi tercer punto es que estas dos líneas abisales son parte de las mismas relaciones e interacciones políticas y culturales de origen occidental en el sistema mundial moderno. En resumen, la cartografía metafórica de las líneas globales sobrevivió a la cartografía literal de las líneas de amistad que separaban el Viejo del Nuevo Mundo. La injusticia social global está, por tanto, estrechamente vinculada a la injusticia cognitiva global. Por lo tanto, la lucha por la justicia social global también debe ser una lucha por la justicia cognitiva global. Para tener éxito, esta lucha necesita un nuevo pensamiento: un pensamiento postabisal”*. (En material distribuido para acompañar la conferencia impartida en la Universidad de Coimbra, en alianza con la Universidad Pablo de Olavide, en el Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo - 5. ed. -, en la Facultad de Derecho de Coimbra, marzo de 2007).

En un análisis endógeno, en el ámbito interno de la relación de trabajo, parece que el sujeto subordinado tiene, en la concepción actual de la subordinación subjetiva (acuñada por la historia), un poder de mando expresado a través de poderes amplios (casi absolutos), ejercidos sobre la persona del trabajador. Así, hay mucha similitud entre la actual relación laboral de poder-sometimiento con los sistemas de esclavitud y servilismo, lo que abre un terreno favorable para la práctica del acoso moral. En la práctica social, por regla general, el trabajador es considerado, de hecho (y no por ley), un "cuasi-humano" o "ser humano de segunda clase".

Según la concepción jurídica tradicional, la conducta denominada "acoso moral" no sería más que una forma de expresión del poder de mando, dentro de una concepción subjetiva de subordinación y, por tanto, estaría justificada y legitimada.

1.3.1 La construcción jurídica del concepto de subordinación.

Hasta que se alcance la definición legal actual de subordinación (o dependencia)¹⁹⁹ jurídica o jerárquica, la doctrina hegemónica siguió las nociones de dependencia económica, técnica, moral y social.

En la **dependencia técnica**, el empleado estaría bajo la dirección y orientación técnica del empleador. Por lo tanto, el empleado dependería de la técnica. ("*know-how*"). Así, la

¹⁹⁹ ROMITA, basado en el derecho comparado, informa que la mayoría de las legislaciones, después de la Segunda Guerra Mundial, incluyeron expresamente la nota de "dependencia" en la conceptualización del contrato de trabajo: Alemania (no había ley, pero la doctrina fue unánime en el sentido de señalar dependencia personal); Holanda (había una definición de contrato de trabajo, pero sin referencia a la subordinación); Bélgica (hubo mención expresa de autoridad, dirección y vigilancia); Luxemburgo (la ley no hizo referencia; la doctrina apuntó a la subordinación); Suiza (la ley no incluía referencia a la subordinación); Francia (ninguna ley definió el contrato de trabajo, pero la doctrina fue unánime al señalar la subordinación como una característica esencial del contrato); Italia (el Código Civil no proporcionó una definición de contrato de trabajo, pero la doctrina aceptó pacíficamente la subordinación); España (consagró el criterio de dependencia); Portugal (la ley definió el contrato de trabajo y mencionó el trabajo realizado bajo la autoridad y dirección de la persona para quien se prestaron los servicios; aunque no se refirió a la dependencia o subordinación, la doctrina lo aceptó de manera uniforme); México (hubo una referencia expresa al trabajo personal subordinado); Panamá (igualmente, hubo una referencia expresa); Guatemala (el Código Laboral menciona la dependencia continua y la dirección inmediata de los empleados); Venezuela (la ley no contenía una definición del contrato de trabajo, pero el reglamento mencionaba el trabajo de cualquier clase, por cuenta ajena); Colombia (el código incluía la dependencia continua); Perú (la ley no lo mencionó, pero la doctrina apuntó a la subordinación como criterio diferencial); Bolivia (la ley no lo menciona, pero la doctrina lo indica); Chile (la ley no hizo referencia, pero la doctrina la mencionó); Uruguay (igualmente, la ley no hizo mención, pero la doctrina consagró la dependencia); Argentina (la ley de contratos de trabajo menciona expresamente la dependencia). In: *Conceito objetivo de subordinação. Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, out./dez. 1987, p.78 a 80.

relación laboral siempre se caracterizaría bajo la orientación técnica del empleador. Sería difícil explicar la existencia de la relación laboral, cuando el empleado tiene autonomía técnica en relación con el empleador, o mejor, cuando el empleado está siendo contratado precisamente por sus conocimientos técnicos. De la misma forma, el empleador se caracteriza cada vez más como una persona jurídica (persona colectiva), que, evidentemente, no tiene conocimientos técnicos (característica exclusiva de las personas humanas)

En el caso de la **dependencia moral**, la relación laboral se caracterizaría cuando el trabajador cooperara, con lealtad y eficiencia, con el fin económico del empleador. Este criterio tiene su origen en las doctrinas comunitarias-personales, recordando las relaciones de carácter personal o íntimo. Esta dependencia se establece en el contexto de una relación personal, por tanto, sin ser patrimonial u obligatoria, asemejándose a una relación familiar.²⁰⁰

Por otro lado, se entiende por **dependencia económica** la condición del prestador de servicios que, para sobrevivir, depende, exclusiva o predominantemente, de la retribución proporcionada por el empresario.²⁰¹ Inicialmente, se consideró un criterio que caracteriza la relación laboral, constituyendo un diferencial en concordancia a otras relaciones que tienen por objeto la prestación de servicios. Sin duda, la desigualdad económica existente entre empleado y empleador fue el motor de la intervención estatal, con el objetivo de intentar “(re)equilibrar” (igualar) la relación “fuerza de trabajo-sujeción”. Desde un punto de vista histórico, la dependencia económica fue un criterio muy importante para el surgimiento del propio Derecho Laboral. Este es el reconocimiento explícito de la lucha capital-trabajo. Con el tiempo, este criterio se dejó de lado, al no ser universal, ya que no podía explicar la existencia de una relación laboral, incluso cuando no existía una insuficiencia económica del prestador del servicio (situación, en verdad, al menos improbable por excepcional). Sin embargo, la existencia de dependencia económica aún puede considerarse como un síntoma muy claro de la existencia de la relación laboral.

²⁰⁰ In: CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. Cit., v. 1, p. 200 a 201.

²⁰¹ Paul Cuche, citado por Magnas Latitia Brito dos Reis Oliveira, establece el siguiente criterio para definir la dependencia económica: a) que la persona que proporciona su trabajo le quita su único o principal medio de subsistencia; es necesario que viva de su trabajo y la remuneración/salario que recibe no exceda significativamente las necesidades y las de su familia; b) que quien paga el trabajo en su totalidad y regularmente absorbe la actividad de quien realiza el trabajo; es necesario que el empleador se tome todo el tiempo del empleado y asegure un mercado permanente para los productos de su trabajo, de tal manera que el empleado no tenga necesidad o posibilidad de ofrecer sus servicios a otros empleadores. (CUCHE, Paul. *Apud* OLIVEIRA, Magnas Latitia Brito dos Reis. *Relação de emprego: o elemento “subordinação” no contrato de trabalho com as novas tecnologias. Síntese Trabalhista*, São Paulo, n. 164, fev. 2003. p. 128).

La **dependencia jerárquica** o **subordinación** (jerárquica) corresponde al estado de sujeción del empleado al empresario. El empleado presta servicios, pero no de forma gratuita. El contenido de la relación laboral lo establece el empleador. La dependencia jerárquica se caracteriza, pues, por el deber de obedecer las órdenes emitidas por el empresario. Ramalho entiende que la subordinación legal debe reconocerse como un estado de dependencia personal del proveedor de trabajo frente al acreedor; que tiene un contenido amplio, resultante de la titularidad de la figura del empleador el poder de dirección (que permite al empleador orientar al trabajador en cuanto a la forma de realizar la actividad laboral, mediante órdenes directas o instrucciones genéricas) y el poder disciplinar (que autoriza al empleador el establecer reglas de disciplina en la empresa que, aun sin tener una relación directa con la actividad laboral, se justifican por la dinámica de su organización - aspecto prescrito - así como la aplicación de sanciones disciplinarias al trabajador en caso de la no ejecución - aspecto sancionador o punitivo).²⁰²

Finalmente, la **dependencia social** exige la concurrencia de los dos criterios anteriores: dependencia económica y dependencia jerárquica. Para configurar la dependencia social, sería necesaria la insuficiencia económica del empleado junto con la obediencia a las órdenes emitidas por el empleador. La presencia de un solo criterio no podría tipificar la dependencia social.

La Consolidación de las Leyes Laborales en Brasil, publicada en 1943, además de no haber abordado el tema de las teorías relacionales y contractuales, escapó a la discusión sobre la subordinación. El art. 3º considera empleado a *“toda persona física que preste servicios de carácter no eventual a un empleador, bajo su dependencia y por un salario”* (subrayado). Por tanto, hace uso del término "dependencia", pero sin fijar el alcance de su contenido.²⁰³

²⁰² In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Op. cit., p. 445 e 446.

²⁰³ Es muy cierto que el art. 482, “h”, de CLT, al enumerar las causas justas por el despido del empleado, menciona el “acto de insubordinación”, que constituiría la negación de la “subordinación”. Posteriormente, la Ley 12.551/2011 - cuando las leyes laborales seguían en Brasil una cierta línea hermenéutica protectora, natural del derecho laboral -, al incluir el único párrafo en el art. 6 de la CLT, hace referencia explícita a la expresión “subordinación jurídica”: *“Los medios telemáticos e informáticos de mando, control y supervisión se equiparan, a los efectos de la subordinación jurídica, a los medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo ajeno”*. Sintomáticamente (o irónicamente), el término “subordinación” proviene de la Ley 13.367/2017 (“de reforma laboral”) “flexibilizadora”, cuando regula el trabajo intermitente (arts. 443, § 3, y 452-A, § 3º, del CLT). La Medida Provisional 808/2017 contempló la frase “subordinación legal”, al regular la extraña figura del “autónomo exclusivo”, en el art. 442, § 6, de la CLT (sin embargo, la Medida Provisional antes mencionada terminó “caducando”, sin cambiar realmente el texto de la CLT).

En la jurisprudencia brasileña, el concepto de subordinación jurídica se fue asentando paulatinamente, encontrándose decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Tribunal Superior del Trabajo, en la década de 1950 que defienden la observancia del criterio económico combinado con el jurídico.

Se destacan las siguientes decisiones:

El vendedor ambulante, considerado sin derecho de acción por las instancias ordinárias, por no estar sujeto a exclusividad, ni a un mínimo de producción, pagaba los gastos de viaje, pagaba a su chofer y solo percibía comisiones. De la revista opuesta, no conocía el Tribunal Superior. - Recurso privado. No acoso del art. 3º de Consolidación. A los efectos de la aplicación de las Leyes Laborales, no se considera persona física aquella que, aunque preste servicio a otra persona, no se encuentre, en relación con ésta, en una situación de subordinación técnica y dependencia económica. - Ac. STF, 2ª Turma (Ag. Inst. 18.646), Rel.: Vilas Boas. (subrayado actual; traducido por el autor)²⁰⁴.

No existía relación o vínculo laboral entre el reclamante, simple corredor o recolector de anuncios, por su cuenta, y la empresa. Hubo una falta de subordinación jerárquica y dependencia económica, que son características del ajuste laboral. Con este pronunciamiento, dentro de las atribuciones que le son inherentes y a la luz de la prueba en el expediente, el Tribunal Superior del Trabajo dio cumplimiento a lo dispuesto en la Consolidación. Recurso extraordinario que no se conoce. - Ac. STF, 1ra clase (Rec. Ext. 13.660), Rel.: Barros Barreto, 'D.J.' 8-3-50, página 816. (subrayado actual; traducido por el autor).²⁰⁵

La justicia obrera proclamó, a la luz de la prueba en el expediente, la existencia de una relación laboral del trabajador a domicilio, ya que el reclamante sólo prestaba servicio al imputado, con subordinación jerárquica y económica. - Decisión que entiende no viola lo dispuesto en la ley, razón por la cual el recurso extraordinario fue bien denegado. Ac. STF, 1ª Turma (ag. Inst. 19.054), Rel.: Barros Barreto. 'D.J.', 3-2-58, PÁG. 510. (subrayado actual; traducido por el autor).²⁰⁶

²⁰⁴ Original: Caixeiro-viajante, julgado carecedor de ação pelas instâncias ordinárias, porque não estava sujeito à exclusividade, nem a um mínimo de produção, arcava com as despesas de viagem, pagava seu motorista, e recebia apenas comissões. Da revista oposta, não conheceu o Tribunal Superior. – Agravo desprovido. Não hostilização do art. 3º da Consolidação. Não se considera empregado, para o efeito da aplicação das Leis do Trabalho, a pessoa física que, embora prestando serviço a outrem, não esteja, em relação a este, em posição de subordinación técnica e de dependência econômica. – Ac. STF, 2ª Turma (Ag. Inst. 18.646), Rel.: Vilas Boas. BOMFIM, Benedito Calheiros. **A consolidação trabalhista vista pelo supremo tribunal.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, p. 27.

²⁰⁵ Original: Inexistia relação ou vínculo de emprego entre o reclamante, simples corretor ou angariador de anúncios, por conta própria, e a empresa. Faltava a subordinación hierárquica e a dependência econômica, características do ajuste de trabalho. Com esse pronunciamiento, dentro das atribuições que lhe são inerentes e em face da prova dos autos, o Tribunal Superior do Trabalho ateve-se às disposições da Consolidação. Recurso extraordinário de que não se conhece. – Ac. STF, 1ª Turma (Rec. Ext. 13.660), Rel.: Barros Barreto, 'D.J.' 8-3-50, página 816. *Ibidem*, p. 29.

²⁰⁶ Original: Proclamou a justiça obreira, face à prova dos autos, a existência de uma relação empregatícia do trabalhador a domicílio, visto que a reclamante somente executava serviço para a reclamada, havendo subordinación hierárquica e econômica. – Decisão que assim entende não vulnera dispositivo de lei, pelo que

El arrendamiento de servicios, y el contrato y la asociación rural, contratos clásicos de los que ya se había planteado el Código Civil, todos ellos deben sufrir la adaptación resultante de la emancipación, el progreso y la evolución de la Nueva Ley. El contrato de trabajo, al se destacar, no se limita estrictamente a los límites del antiguo emplazamiento; fue más allá del ámbito tradicional y pasó a abarcar hipótesis que anteriormente se consideraban incluidas, tanto en el contrato como en la sociedad. Lo que debe predominar, por tanto, en la interpretación del nuevo tipo, es precisamente la subordinación, no sólo disciplinaria, sino también económica, de una de las partes a la otra. Y esto sucede con el trabajador, con el colono, sin importar si trabaja diaria o mensualmente, o para el tratamiento de tantos miles de cafetos, o para una cosecha determinada, y, aún así, según la vieja costumbre, común en nuestra “hinterland”, a mitad de camino, cuarta o sexta parte: en cualquiera de estos casos permanece un simple hombre de la tierra, apegado a la tierra, sin independencia económica y subordinado, como verdadero empleado, en una organización agraria, hasta la disciplina de vivir en alojamiento, durante la recreación y la comida. Así, es necesario examinar, en cada caso, si realmente se trata de un esfuerzo típico o de una verdadera subordinación entre jefe y empleado, aunque la forma de retribuir dicho trabajo es proporcional al trabajo, es decir, hay un reparto de beneficios por parte de división de cosecha - Ac. TST (Proc. 5.176-51) Rel. Bezerra de Menezes, en D.J., 14-11-1952, pág. 5.170. (subrayado actual; traducido por el autor).²⁰⁷

Quando existe una prestação de serviços em virtude de um contrato sem os laços de subordinação, ya sean económicos o jurídicos, porque los demandantes participan de los riesgos de la actividad económica, es decir de las pérdidas o ganancias del negocio, es seguro que no se configura la relación laboral. - Ac. Primeira Classe TST (Proc. 789-53) Rel: Astolfo Serra. (subrayado actual; traducido por el autor).²⁰⁸

En la sentencia impugnada prevaleció la tesis de que el colono, un pequeño contratista, un cafetero, equipara a los trabajadores rurales a los efectos de la legislación laboral en la parte que les es de aplicación. - Embargos rechazados. No

bem denegado foi o recurso extraordinário. Ac. STF, 1ª Turma (ag. Inst. 19.054), Rel.: Barros Barreto. ‘D.J.’, 3-2-58, p. 510. *Ibidem*, p. 31.

²⁰⁷ Original: A locação de serviços, e empreitada e parceria rural, contratos clássicos dos quais já cogitava o Código Civil – todos eles têm de sofrer a adaptação decorrente da emancipação, do progresso e da evolução do Novo Direito. O contrato de trabalho, ao se destacar, não se cingiu, propriamente, aos limites da antiga locação; exorbitou do âmbito tradicional e passou a abranger hipóteses que antes se consideravam incluídas, tanto na empreitada, como na parceria. O que deve predominar, portanto, na interpretação do novo tipo, é exatamente a subordinação, não só disciplinar, como também econômica, de uma das partes à outra. E isso se verifica com o operário, com o colono, pouco importando trabalho por diária ou mensalidade, ou pelo trato de tantos mil pés de café, ou por determinada colheita, e, ainda, segundo o velho costume, comum na nossa “hinterlândia”, à meia, pela quarta ou pela sexta parte: em qualquer destes casos continua a ser um simples homem da gleba, ligado à terra, sem independência econômica e subordinado, como verdadeiro empregado, numa organização agrícola, até à disciplina de vida em alojamento, no recreio e na alimentação. Assim, é preciso que se examine, em cada caso, se se trata, realmente, de empreitada típica ou de verdadeira subordinação entre patrão e empregado, embora a forma de remunerar tal trabalho seja proporcional ao trabalho, isto é, haja repartição de lucros pela divisão da colheita – Ac. TST (Proc. 5.176-51) Rel. Bezerra de Menezes, in D.J., 14-11-1952, pág. 5.170. BOMFIM, Benedito Calheiros. **Jurisprudência do contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Conquista, 1955, p. 7.

²⁰⁸ Original: Quando se verifica a prestação de serviços mediante contrato sem os liames da subordinação, quer econômica, quer jurídica, porque os pretadores participam dos riscos da atividade econômica, o que vale dizer dos prejuízos ou dos lucros do negócio, certo é que não se configura a relação de emprego. – Ac. TST 1ª Turma (Proc. 789-53) Rel: Astolfo Serra. BOMFIM, Benedito Calheiros. **A C.L.T. vista pelo tribunal superior do trabalho**: em sua composição plena. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1963, p. 7.

hay asociación agrícola, hay contrato de trabajo bajo dependencia económica, del cafetero, pagado sobre la base del salario mínimo, sin participar de los resultados de la plantación. Ac. TST - Pleno (Proc. 4.278 / 58), Rel. Pires Chaves, juzgado el 13-1-60. (subrayado actual; traducido por el autor)²⁰⁹.

Como se ve, la mayoría de los juzgados en la década posterior a la emisión de la Consolidación de las Leyes Laborales, cuando se inició la discusión sobre la extensión del concepto del elemento que caracteriza al vínculo laboral, osciló entre los distintos tipos de dependencia, con cierta prevalencia de la dependencia jerárquica y de la económica.

Sin embargo, estas sentencias no salieron ilesas del propio Poder Judicial:

Es curioso señalar que, aún hoy, algunos jueces tienen, como elementos esenciales de la relación laboral, la dependencia económica y la exclusividad en la prestación de los servicios. Nuestra legislación nunca hizo tales exigencias porque, como acertadamente señaló Zinguerovitch, el trabajador sería siempre un hombre privado de libertad económica, con el trabajo como único medio de subsistencia y sin posibilidad de ejercer ninguna otra actividad. La dependencia a la que se refiere la ley debe entenderse en su sentido legal, como una obligación que tiene el trabajador, dentro de las normas contractuales, legales o incluso habituales, de cumplir con las órdenes del empleador, de cumplir con sus instrucciones, por este mismo motivo es que esta dependencia es una consecuencia jurídica del poder de mando del empleador. Ac. TST - Completo (Proc. 2.285/49). (subrayado actual; traducido por el autor).²¹⁰

Leandro Dorneles enseña que, al final, terminó triunfando la tesis de que el elemento esencial para expresar *“la desigualdad inherente a la relación laboral, y que justifica la incidencia plena de la tutela protectora, estaría circunscrita a los contornos de la dependencia jerárquica o jurídica, dando forma al concepto de subordinación”*.²¹¹

²⁰⁹ Original: Prevaleceu no acórdão impugnado a tese de que o colono, pequeno empreiteiro, tratador de cafeeiros, se equipara aos trabalhadores rurais para os efeitos da legislação do trabalho na parte que lhes for aplicável. – Embargos rejeitados. Não há parceria agrícola, há contrato de trabalho sob dependência econômica, do colono de café, pago à base do salário mínimo, sem participar dos resultados da plantação. Ac. TST – Pleno (Proc. 4.278/58), Rel. Pires Chaves, julgado em 13-1-60. *Ibidem*, p. 14.

²¹⁰ Original: É curioso constatar que, ainda hoje, alguns julgados tenham, como elementos essenciais à relação de emprego, a dependência econômica e a exclusividade na prestação de serviços. A nossa legislação nunca fez tais exigências em razão das quais, como bem assinalou Zinguerovitch, o empregado seria, sempre, um homem privado da liberdade econômica, tendo o trabalho como único meio de subsistência e sem a possibilidade de exercer outra qualquer atividade. A dependência a que se refere a lei deve ser entendida em seu sentido jurídico, como obrigação que tem o empregado, dentro das normas contratuais, legais ou, mesmo, usuais, de cumprir as ordens do empregador, atender às suas instruções, por isso mesmo que essa dependência é um consectário jurídico do poder de comando do empregador. Ac. TST – Pleno (Proc. 2.285/49). *Ibidem*, p. 173.

²¹¹ In: A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. **A Reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018, p. 68.

En sentido convergente, Alfredo Montoya Melgar sostiene que la mayoría de los ordenamientos jurídicos adoptan la noción de "*trabajo dependiente o subordinado*" como objeto regulado por el Derecho Laboral, posición que también es dominante en la jurisprudencia y doctrina comparada.²¹²

Ludovico Barassi informa que la subordinación, en la jurisprudencia del Tribunal de Casación, en Italia, consiste en "*la dependencia jerárquica y disciplinaria que vincula la libre actividad del individuo a las órdenes, a las limitaciones unilaterales del empleador en cuya organización técnica y administrativa se absorbe*".²¹³

Así, la dependencia que caracteriza la relación laboral sería jerárquica o jurídica, por lo que el resto de criterios serían meramente actores secundarios o auxiliares en la tipificación de la referida relación.²¹⁴

Alain Supiot dice que la subordinación designa, por un lado, un vínculo de pertenencia, por el otro, un vínculo de obediencia.²¹⁵ La subordinación constituiría el "*lado pasivo del poder de mando del empleador*".²¹⁶

No obstante, aunque adoptada la idea o valor de "jerarquía" para "subordinación" (que evidencia la noción de "poder" y "superioridad" en la relación empleado-empfeador), todavía no hay una idea completa del alcance de esta jerarquía o este poder.

Por tanto, dada su importancia para el estudio del piscoterror laboral, es de vital importancia para categorizar el contrato de trabajo desvelar entre las diversas especies o tipos

²¹² In: **Derecho del trabajo**. 35ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2014, p. 40.

²¹³ In: **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953, p. 339.

²¹⁴ Leandro DORNELES menciona la noción de "vulnerabilidad" como una forma de superar el agotamiento de la idea de "hiposuficiencia". La vulnerabilidad, para el autor, es resultante de la necesaria materialización del principio de igualdad, de trato desigual a los desiguales (en la búsqueda de la igualdad material), es una "*noción instrumental que orienta cada vez más la aplicación de las normas protectoras en el ámbito del derecho privado. con el objetivo de lograr la igualdad y la justicia justa*". También indica que "*la vulnerabilidad involucra desigualdades (en plural) de las más diversas naturalezas*", con un "*conjunto de asimetrías, al menos en los niveles empresarial, jerárquico, económico, social, informativo y técnico*". Op. Cit., p. 70 e 71.

²¹⁵ In: **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 72.

²¹⁶ In: ROMITA, Arion Sayão. **Archivos...** Op. cit., p. 83.

de subordinación, lo que predomina, tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia. A tales efectos, se hace un breve examen tipológico del concepto subordinación.

1.3.2. Especies de subordinación.

La subordinación, por tanto, comprende varias especies o tipos.

La **auto-subordinación** (autodeterminación) es un concepto que coincide con el de autonomía²¹⁷. El trabajador que presta servicios de forma autónoma no está subordinado a la voluntad de un tercero, sino únicamente a su propia voluntad. La auto-subordinación consiste en el reconocimiento de que en cualquier forma de prestación de servicios siempre habrá trabajo subordinado a la voluntad. Cuando la voluntad es de un tercero, existe la heterodeterminación de los servicios. Cuando la voluntad a la que se subordina el trabajo es la propia del prestador de servicios, hay autodeterminación o auto-subordinación.

La llamada **doble subordinación** puede ocurrir cuando dos sujetos subordinados están tomando los servicios de un determinado trabajador, compartiendo las prerrogativas derivadas del poder de mando entre los dos. Existe una doble subordinación en el trabajo temporal, contemplada en la Ley 6.019/74 (alterada, en parte, por la Ley 13.429/2017), ya que existe un despliegue del poder de mando previsto en el artículo 2 de la CLT: la empresa de trabajo temporal (ETT) admite y contrata trabajadores temporales, mientras que la empresa cliente (prestataria de los servicios) dirige la prestación personal de los servicios. Si bien, en el ámbito legal, solo se reconoce un empleador (ETT), en el plan fáctico, sin duda, existe una doble subordinación.

La **plurisubordinación**, por otro lado, resulta de la existencia de varios sujetos subordinados que reciben servicios del mismo trabajador (empleado). Es una figura que se opone simétricamente al contrato en equipo. Los servicios están heterodeterminados por una pluralidad de empleadores. La plurisubordinación puede ocurrir simultáneamente (o típicamente), cuando el empleado está sujeto a la subordinación de varios empleadores al mismo tiempo, o sucesivamente, cuando no hay superposición de órdenes entre proveedores de

²¹⁷ VILHENA alude a que parte de la doctrina entiende que el elemento de subordinación se da en todos los contratos, sólo se intensifica en el de empleo, abordando así una cuestión de cantidad y no de calidad. En: **Relação de...** Op. Cit., p. 471.

servicios. La plurisubordinación simultánea (o típica) se produce en condominios o en sociedades de hecho (cuando, por ejemplo, los habitantes de una calle contratan a un guardia para vigilar los bienes de todos los que viven allí), mientras que la plurisubordinación sucesiva (no simultánea) se puede ver en algunas situaciones de trabajo avulso.²¹⁸

La **subordinación subjetiva o personal** es la que muestra el sometimiento personal del trabajador al empleador. El "status subjectionis" es del trabajador, personalmente, en relación al prestatario del servicio. Maria do Rosário Palma Ramalho²¹⁹, explícitamente, establece que la subordinación jurídica corresponde a un estado de dependencia personal del trabajador en la relación laboral y no a una calidad de trabajo, por lo que tiene un contenido amplio, manifestado en esencia, por dos deberes (de obediencia en sentido amplio) – que “*tiene un contenido tan extenso como intenso*” – y el de cumplir con las sanciones disciplinarias, estando el trabajador “*invertido en una compleja situación pasiva*”²²⁰. Verticalidad evidentemente inequívoca, en este tipo de subordinación, el orden, por tanto, recae sobre la persona del empleado y no sobre su función. La libertad para trabajar y la voluntad del trabajador se mitigan en gran medida.²²¹ Aquí, en teoría, casi no hay límites (incluidos los éticos) al poder de mando del empleador, y casi todas las órdenes emitidas por él están justificadas y legitimadas. El poder disciplinario, por tanto, encuentra, en la subordinación personal del trabajador, plena aceptación y justificación histórica y doctrinal.

Por otro lado, en oposición a la subjetiva, la **subordinación objetiva o funcional** consiste en el reconocimiento de que “lo que” está subordinado al empleador es la “función” que ejerce el trabajador y no la “persona” en sí. La aceptación de la subordinación objetiva sirve no solo para discutir el elemento que caracteriza al contrato de trabajo (a efectos de

²¹⁸ En el trabajo portuario, de hecho, existe una relación trilateral entre el trabajador individual, la agencia de gestión laboral y el operador del puerto (Ley 12.815/2013). En el trabajo individual relacionado con las actividades de movimiento de mercancías en general (fuera del puerto), de igual forma, existe una relación trilateral entre el sindicato, las empresas que atienden y los trabajadores individuales (Ley 12.023/2009). Sin embargo, a nivel fáctico, no se puede descartar la existencia de órdenes de los proveedores de servicios a estos trabajadores de forma sucesiva o simultánea.

²¹⁹ Op. Cit., p. 445 a 447.

²²⁰ *Ibidem*, p. 446.

²²¹ Alfredo MONTOYA MELGAR llega a mencionar que los sociólogos, economistas y psicólogos son "más pesimistas" que los juristas tradicionales en términos de libertad contractual: Freud concibe el trabajo como "*esencialmente represivo*" y difícilmente ejecutable, excepto a través de la "coerción"; Marx se refiere a la "ficción del contrato libre". Op. Cit., p. 39.

categorización y distinción en relación con otros contratos cuyo objeto es la prestación de servicios), sino que también impone límites lógicos y éticos al poder de mando del empleador.²²² Aquí, solo serán legítimas las órdenes que mantengan compatibilidad entre el trabajo realizado por el empleado y la actividad económica desarrollada por el empleador. Asimismo, acercándose a la noción de gobernanza horizontal, la subordinación objetiva hará innecesario el poder disciplinario, resolviendo cuestiones conflictivas en el ámbito del incumplimiento contractual.

Con el surgimiento de la subcontratación (tercerización), surgió la denominada **subordinación directa**, que comenzó a ser estudiada y aceptada como especie autónoma, a partir de la S. 331 del Tribunal Superior del Trabajo. La subordinación directa se entiende en la prestación de servicios subcontratados, en los que el empleado recibe órdenes directamente de los superiores jerárquicos de la empresa que toma los servicios. La subordinación directa u ostentosa implicaría siempre un vínculo con la empresa que contrata los servicios subcontratados.²²³

En esta medida, como consecuencia de la correcta subordinación, en las relaciones laborales subcontratadas, surge la **subordinación indirecta**, que, en un sentido contrario, no caracteriza la relación laboral con la empresa que toma los servicios, cuando los órdenes son pasadas a los superiores jerárquicos de la empresa proveedora de servicios (inspectores de área), quienes los traspasan a los trabajadores subcontratados. En realidad, las situaciones laborales concretas han demostrado ser más una ficción jurídica, ya que es casi imposible que la empresa prestataria no ejerza algún tipo de mando directo sobre el trabajador subcontratado.

En cuanto a la subcontratación, también existe la **presunta subordinación**, que se produciría en la subcontratación de la actividad principal de la empresa que toma los servicios. Aquí, la subordinación, bajo el aspecto objetivo (o funcional), está presente, independientemente de la prueba al respecto. Esto se debe a que la actividad principal de una

²²² Como parte de la subordinación objetiva, para algunos, sería la “subordinación estructural”, cuya aparición, en el escenario jurídico brasileño, se habría dado con un “*leading case*”, cuando de la sentencia del RO 00059-2007-011-03-00-0, Rel. Juiz José Eduardo de Resende Cahves Júnior (DJ 22/08/2007).

²²³ Sin embargo, una decisión reciente del STF terminó con la distinción entre la subcontratación de la actividad intermedia y de la actividad final, a efectos legales, al juzgar el ADPF 324 y el Recurso extraordinario (RE) 958252, con reconocida repercusión general (siete ministros votaron a favor de la subcontratación de la actividad principal y cuatro, en contra). La referida decisión constituye una afrenta directa a la Constitución y a toda la lógica del Derecho del Trabajo, permitiendo el “*merchandage*”, es decir, la objetivación del ser humano.

empresa no podría delegarse a terceros, so pena de incurrir en un supuesto de "*merchandise*" o cesión ilegal.

Con respecto a los grados (criterio de gradación), la **subordinación enrarecida** (adelgazada o menos intensa) muestra que la subordinación tiene etapas de intensidad. Por tanto, puede ser más o menos intensa. La especie enrarecida es aquella en la que existe una disminución significativa en la intensidad de la subordinación, debido a algunos factores: ubicación de la prestación del servicio (distante de la empresa o en el domicilio del empleado), mayor profesionalismo del empleado o la posición jerárquica del trabajador dentro de la empresa (los llamados altos funcionarios).²²⁴

Aun teniendo en cuenta la existencia de grados o niveles de subordinación, aparece la llamada **supersubordinación**, que está presente cuando se potencia la subordinación; el supersubordinado es el trabajador "*reducido a la condición de mano de obra, ya que sus derechos fundamentales son deliberadamente irrespetados como parte de una estrategia económica*"²²⁵. Esta especie es extremadamente funcional al acoso en el trabajo.

Paralelamente, la figura de la **parasubordinación** distingue una categoría intermedia entre autonomía y subordinación, llegando a tipos de trabajo que no encajan perfectamente en una de las modalidades tradicionales. Los trabajadores parasubordinados ("cuasi-dependient work", según la legislación inglesa) prestan servicios con personalidad, continuidad y coordinación, aunque, desde el punto de vista legal, no se les considera asalariados.²²⁶ La nota típica de la relación sería la "coordinación". Ejemplos bien conocidos son el representante

²²⁴ José Martins CATHARINO se refiere a los denominados "*factores negativos*", que influyen en la rarefacción del elemento que caracteriza la relación laboral. Además de los factores mesológicos (ligados al lugar de prestación del servicio), el autor menciona los factores emprendedores (ligados a la posición jerárquica del trabajador en la empresa) y los factores profesionales (ligados al mayor conocimiento técnico del empleado). In: **Compêndio...** Op. Cit., v. 1, p. 210 a 211.

²²⁵ Esta nueva figura, de gran importancia en esta investigación, fue acuñada por Jorge Luiz Souto Maior. (In: A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. **Revista do TRT da 3. Região**, v. 38, n. 78, p. 157 a 193).

²²⁶ Otávio Pinto e SILVA explica que la parasubordinación implica "*relaciones laborales de carácter continuo, en las que los trabajadores desarrollan actividades que se ajustan a las necesidades organizativas de los prestadores de servicios, todo ello estipulado en el contrato, con el fin de colaborar en los fines de la empresa*". Para el autor, la principal característica de la parasubordinación es la "coordinación", en el sentido de "ordenar juntos", lo que significa que ambas partes tienen medidas para proponerse para lograr un objetivo común. In: **Subordinação, autonomia e parasubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2004, p. 102 a 106.

comercial autónomo, los típicos profesionales liberales y los trabajadores cooperativos (en una cooperativa de trabajo verdadera, por supuesto).

La **subordinación virtual** (o telesubordinación) es propia de las distintas formas de teletrabajo, cuando quienes dan órdenes no pueden inspeccionar físicamente la ejecución de la obra, ya que se realiza a través de una computadora o dispositivo de telecomunicaciones. La subordinación virtual puede darse en relación con el teletrabajo en casa (se realiza en el propio domicilio del trabajador), el teletrabajo en telecentros (se da en localizaciones elegidas por las empresas y que se encuentran fuera de su sede) o el teletrabajo nómada (el trabajador no tiene un lugar fijo para realizar sus tareas).

Finalmente, en la contemporaneidad, con el fenómeno de la “uberización”²²⁷ de la economía y el surgimiento de la llamada economía colaborativa, aparece una nueva especie, **la subordinación algorítmica** (o subordinación por algoritmos).²²⁸ Es subordinación mediante plataforma digital, suministrada mediante algoritmos previamente insertados en el sistema. El trabajador estaría subordinado, por tanto, a estos algoritmos, que forman fórmulas o recetas idealizadas (evidentemente, por un ser humano) a través de la programación para la ejecución automática de determinadas rutinas y resolución de problemas.

Luego de examinar las diversas formas de subordinación, se destaca la idea de subordinación subjetiva o personal en el estudio del acoso moral en el lugar de trabajo, entendido aquí como aquel que evidencia la sujeción personal del trabajador al empleador.

1.3.3 La subordinación subjetiva o personal

²²⁷ El término "uberización" proviene de la palabra "Uber" (la palabra über, en alemán, significa "super"); actualmente designa una aplicación de servicio que permite compartir un automóvil, a través de una plataforma basada en *internet*, en la que las personas pueden llamar a los vehículos para moverse, y los conductores ya están registrados en la plataforma y disponibles para prestar el servicio.

²²⁸ Acerca del tema: ALOISI, Antonio. **Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms**. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/so13/papers._id=3037678>. Acesso em: 25 maio 2019; BERGVALL-KÁREBORN, Birgitta; HOWCROFT, Debra. Amazon Mechanical Turk and the commodification of labour. **New Technology, Work and Employment**, v. 29. n.3, p.213-223, 2014; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXL In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017.

El concepto de subordinación se ha ido configurando históricamente teniendo en cuenta la persona del empleado. Así, el contrato de trabajo incorporó, desde un punto de vista material, la idea de subordinación subjetiva o personal. Significa que, en la práctica, existirá una relación laboral si la persona del empleado depende del empresario. No importa, por tanto, la función que desempeña el trabajador en la empresa o el conjunto de tareas a las que estaba obligado. El dato relevante es la persona del trabajador y su sujeción corporal y moral (esta última de fundamental importancia para el estudio del acoso), de manera integral²²⁹.

Por la doctrina tradicional, se entiende que el trabajo subordinado es el que se realiza en beneficio de otros, mediante la obediencia y bajo el poder directivo del empleador.

De esta forma, el poder directivo del empleador representaría la prerrogativa legal otorgada al empresario/capitalista para comandar la prestación personal de los servicios, organizándola, controlando y sancionando al trabajador, cuando sea necesario. Así, el poder directivo se manifestaría a través de los poderes de organización, control, disciplina y regulación.

El **poder de organización o dirección** constituye el poder que tiene el empresario para gestionar la empresa como mejor le parezca, organizando los factores de producción (naturaleza, capital y trabajo). El emprendedor elige la actividad económica a desarrollar, la estructura jurídica a adoptar, el número de empleados a emplear para la empresa, las tareas y funciones que realizarán estos empleados y el establecimiento de las reglas que regularán la empresa. De este poder surge la prerrogativa del empresario de enmienda unilateral del contrato por el llamado “jus variandi”.

El **poder de control o fiscalización** consiste en la prerrogativa que tiene el empresario de determinar y controlar el contenido de la prestación de servicios. Así, estaría dentro del alcance de esta potestad establecer horarios de trabajo, la mejor forma de realizar los servicios, controlar la entrada y salida de mercancías, control de piezas, rendición de cuentas de los empleados, etc.

²²⁹ La ley brasileña es tan "permisiva" (por no decir "abusiva") a este respecto, que el art. 456, párrafo único, de la CLT establece, sin vergüenza alguna: "*Falta de prueba o si no hay cláusula expresa y tal respeto, se entenderá que el empleado está obligado a todos y cada uno de los servicios compatibles con su condición personal*". La presunción que establece la ley, a falta de disposición contractual en relación con el objeto de la prestación de los servicios, es que el trabajador está obligado a todos y cada uno de los servicios que puedan ser “extraídos” de su cuerpo y mente.

El **poder disciplinario o sancionador** se configura en el derecho del empresario a imponer sanciones a los empleados que cometen faltas, en el caso de incumplimiento de los deberes principales, accesorios, legales, convencionales y normativos. Polémico por naturaleza²³⁰, tal prerrogativa mostraría la absoluta sujeción del trabajador al empleador, quien puede recurrir a sanciones (“castigos”), cuando se verifica un hecho ilícito. Para Maria do Rosário Palma Ramalho, en cuanto al papel que desempeña en el contrato de trabajo, es un poder esencial, ya que constituye una “*garantía genérica del dominio del empleador en el contrato*”, además de ser un elemento decisivo en la caracterización del contrato de trabajo.²³¹

El **poder regulatorio o normativo** corresponde a la capacidad del empleador para emitir reglas generales y abstractas que deben ser observadas por todos los empleados dentro del entorno empresarial.²³² Es decir, es el derecho del empleador a emitir el llamado reglamento empresarial.

De hecho, este conjunto de prerrogativas que ostenta el empleador está directamente relacionado con la persona del trabajador, evidenciando el jaez subjetivo de la relación poder-sometimiento laboral. Ernesto Krotoschin menciona que tales prerrogativas constituyen “*caras distintas de una misma dependencia*”²³³, concluyendo que, dado que la ejecución del trabajo es inseparable de la persona del trabajador, el derecho que tiene el empresario en relación a la dirección del trabajo se traduce al mismo tiempo en un cierto poder sobre la persona del trabajador y su conducta²³⁴. Según Alfredo Montoya Melgar, la jurisprudencia viene afirmando que la dependencia consiste en “*someter al trabajador al poder organizativo y disciplinario del empresario*”²³⁵.

²³⁰ La mayor parte de la doctrina acepta naturalmente (de manera inercial y acrítica) el poder disciplinario del empleador (Vease: FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. **El poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Civitas, 1991. p. 451 a 459; y DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTR, 1996. p. 197 a 203). De outro lado, rechaçando tal poder: COUTINHO, Aldacy Coutinho. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo, LTR, 1999.

²³¹ Op. Cit., p. 454.

²³² Para Maria do Rosário Palma Ramalho La “fuerza laboral disciplinaria” tiene dos facetas: la “faceta ordenatória o prescriptiva” (que permite al empleador establecer las reglas de conducta y disciplina) y la “faceta sancionadora o punitiva” (basada en la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a la trabajador, en caso de incumplimiento de sus funciones). Op. Cit., p. 452 e 453.

²³³ Op. Cit., p. 34.

²³⁴ *Ibidem*, p. 35.

²³⁵ Op. cit., p. 41.

El empleador estaría así autorizado a dar cualquier tipo de órdenes al empleado, ya que la legitimidad del poder de mando radica en el hecho de que la persona del trabajador está subordinada al empresario. En este contexto, no habría órdenes ilegítimas, como se ve, ya que el patrono tendría su poder justificado en el poder de someter al empleado a obedecer cualquier orden.

Rafael Gómez Gordillo enseña que, a través del Derecho Laboral, al emprendedor se le otorgan facultades o poderes, que terminan sirviendo como instrumentos para promover la desigualdad, a través de reglas, a saber: “facultades o poder de selección” (consistente en el poder de “a quién contratar” y, por supuesto, para excluir a las personas que son “más exigentes” o “indeseables”, permitiendo así otras formas de exclusión - género, religión, partido político, etc. -, donde se cimientan las viejas, actuales y futuras causas de discriminación); “poder de dirección” (aparece como un ejercicio básico de la actividad del empresario, consistente en la prerrogativa que determina la prestación de servicios, incluida la modificación unilateral del contrato); “poder disciplinario” (debido al poder de dirección); “facultades o poder de extinción” (consistente, en última instancia, en la prerrogativa de poder condenar a alguien a “no subsistencia”, ya que el trabajo humano se convierte, en la sociedad actual, en el modo de vida exclusivo, a través del cual se tiene acceso a el dinero, que permite el acceso a bienes materiales e inmateriales y la realización personal).²³⁶

En esta perspectiva, si bien el mundo del trabajo ha sufrido innumerables transformaciones (a menudo, también es cierto, aportadas por el capital), no se ha producido un cambio significativo entre la actual relación poder-sometimiento y la mirada en la Antigüedad, la Edad Media o la Edad Moderna.

Reginaldo Melhado²³⁷ describe bien la situación:

²³⁶ GÓMEZ GORDILLO, Rafael. **Aulas proferidas no curso “fundamentos críticos: los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad – VIII. Edición”**. Dias 22 e 23 de janeiro de 2018. Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.

²³⁷ Original: Esta “autonomia” do contrato de trabalho é também um dos signos peculiares do próprio capitalismo, absolutamente original com referência aos modos de produção anteriores. No regime econômico capitalista são expungidos todos os elementos extracontratuais da subordinação. Há “uma simples relação de compra e venda ou relação monetária, eliminando da relação de exploração todos os enredamentos patriarcais e políticos, ou mesmo religiosos. Sem dúvida, a própria relação de produção gera uma nova relação de superioridade e subordinação (que por sua vez também produz suas próprias expressões políticas etc.). O escravo opta entre o trabalho e látigo; o soldado escolhe entre o trabalho e a privação da liberdade. O operário capitalista, ao revés, é o trabalhador dotado de liberdade jurídica demarcada: pode optar entre realizar ou não sua conduta de acordo com o conteúdo substancial ditado pelo empregador; se não o fizer, sujeitando-se às regras do contrato, deve suportar as consequências, que em geral lhe serão a fome e o perecimento físico, seu e de sua família. Os

Esta “autonomía” del contrato de trabajo es también uno de los signos peculiares del propio capitalismo, que es absolutamente original con referencia a modos de producción anteriores. En el régimen económico capitalista, todos los elementos no contractuales de subordinación se eliminan. Hay “una simple relación de compra-venta o monetaria, eliminando de la relación de explotación todos los enredos patriarcales y políticos, o incluso religiosos. Sin duda, la propia relación de producción genera una nueva relación de superioridad y subordinación (que a su vez también produce sus propias expresiones políticas, etc.). El esclavo elige entre el trabajo y el látigo; el soldado elige entre el trabajo y la privación de libertad. El trabajador capitalista, en cambio, es el trabajador dotado de una libertad legalmente demarcada: puede elegir entre realizar o no su conducta según el contenido sustancial dictado por el empleador; si no lo hace, sujeto a las reglas del contrato, deberá asumir las consecuencias, que en general serán hambre y pérdida física para él y su familia. Los trabajadores ahora, bajo el capitalismo, son “libres”, y este simulacro de libertad le da un estatus de racionalidad a su sometimiento al capital: hay una elección voluntaria que es totalmente libre, en el ámbito legal, pero estrictamente coercitivo, en el ámbito real, en el que tiene lugar la relación. El negocio por el que el trabajador vende su capacidad de trabajo es un acto jurídico cerebral, basado en una posición de consideración, de racionalidad. El problema es que la especificidad de las reglas del mercado en el que se realiza el intercambio no permite que el empleado tenga condiciones estratégicas isonómicas. Más bien, existe un desequilibrio estructural que se convierte en un conflicto social y político irresoluble (traducido por el autor).

El mantenimiento de la concepción subjetiva o personal en la relación laboral impide la propia evolución del Derecho Laboral. También demuestra que la superación del modelo institucionalista fue aparente, porque el trabajador sigue siendo parte de la “institución-empresa”.

La adopción del modelo contractual por parte de la doctrina hegemónica se produjo de manera puramente formal, ya que los sujetos contratantes no alcanzan la tan alardeada posición de equilibrio o paridad. Por el contrario, las diferencias no solo persisten, sino que, en la actualidad, se han incrementado, incluso desde un punto de vista puramente formal o legal.

En este contexto, el acoso moral constituye uno de los efectos más evidentes de la subordinación subjetiva, cuando se sustrae o secuestra la propia subjetividad del trabajador.

1.3.4 La apropiación del subjetivismo del trabajador

trabalhadores agora, no capitalismo, são “livres”, e esse simulacro de liberdade dá status de racionalidade à sua submissão ao capital: há uma eleição voluntária que é inteiramente livre, no plano jurídico, mas rigorosamente coercitiva, no âmbito real em que a relação se dá. O negócio pelo qual o trabalhador vende sua capacidade de trabalho é um ato jurídico cerebral, alicerçado em uma postura de ponderação, de racionalidade. O problema é que a especificidade das regras do mercado em que realiza o intercâmbio não permite ao empregado condições estratégicas isonômicas. Antes, há um desequilíbrio estrutural que se desdobra em um conflito social e político insolúvel. MELHADO, Reginaldo. Op. cit., p. 209.

Según António Menezes Cordeiro, en términos técnico-jurídicos, la subordinación²³⁸ se analiza en una situación de sujeción en la que se incurre en el trabajador: la de tener especificada su obligación de trabajar, en un sentido u otro. Por eso el puesto de trabajo se suele caracterizar como un puesto de disponibilidad: el trabajador está disponible para desarrollar la actividad, en la forma que se le transmite. Para el jurista, el “sometimiento laboral”, expresión técnico-jurídica de la subordinación, se analiza en dos puntos: el deber de obediencia (que consiste en un sometimiento a la heterodeterminación de la actividad de proveer) y el poder disciplinario del empleador, (basada en la sujeción a la aplicación de sanciones por infracciones perpetradas por el empleado)²³⁹.

La subordinación aparece como un “sustituto de la expropiación”, es decir, de lo que se priva al trabajador asalariado a través del contrato de trabajo, que es su libertad para realizar los servicios.²⁴⁰ El contrato de trabajo da forma jurídica a la llamada “servidumbre voluntaria”.²⁴¹

Como se ve, los criterios señalados para la caracterización de la relación laboral buscaban identificar la relación laboral a través de la condición personal del trabajador, a través de la persona del prestador del servicio.

En consonancia con la doctrina hegemónica, Francesco Santoro-Passarelli²⁴² formula el concepto de subordinación:

²³⁸ En Francia, Gérard COUTURIER explica que, según la jurisprudencia actual, la existencia de una relación laboral asalariada no depende ni de la voluntad expresada por las partes, ni de la denominación que le dieron a su convención, sino de las condiciones efectivamente dentro de aquellas donde se ejerce las actividades de los trabajadores. Los elementos objetivos que así se retienen se ordenan en torno a dos temas: la integración dentro de un servicio organizado (el empleado exige al empleador las pautas precisas donde está sometido a un control efectivo); la participación de la empresa ajena (doble sentido: quien dirige su propia empresa no puede ser un empleado; y la existencia de una clientela revela la existencia de una empresa). (In: **Droit du travail**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. p. 95 a 98). Gérard LYON-CAEN, Jean PÉLISSER y Alain SUPIOT enseñan que la jurisprudencia francesa traza la subordinación según la condición respectiva de las partes: el comportamiento del empleador como beneficiario de la prestación de servicios y la condición social del empleado, las condiciones para realizar el trabajo y la remuneración. (In: **Droit du travail**. 19. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 111 a 133).

²³⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., p. 127.

²⁴⁰ In: SUPIOT, Alain. **Derecho del...** Op. Cit., p. 68.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 71.

²⁴² Original: A subordinação do empregado é técnica e funcional, isto é, determinada pela prestação do trabalho e a esta ligada. Todavia, como esta prestação requer a perseverante atividade do trabalhador, a subordinação é também necessariamente pessoal, no sentido de que atinge a personalidade mesma do obreiro, submetida ao poder diretivo e ao poder disciplinar do empresário e de seus colaboradores, dos quais hierarquicamente

La subordinación del empleado es técnica y funcional, es decir, determinada por el desempeño del trabajo y relacionado con él. Sin embargo, como esta disposición requiere la actividad perseverante del trabajador, la subordinación es también necesariamente personal, en el sentido de que afecta a la propia personalidad del trabajador, sujeta al poder directivo y al poder disciplinario del empresario y sus colaboradores, sobre quienes depende jerárquicamente: subordinación personal, que es, por tanto, la razón de muchas de las normas que rigen la relación laboral y, como se señaló al principio, la existencia de un Derecho del Trabajo (traducido por el autor).

De esta manera, el estado de sujeción del trabajador, en la relación laboral, no es más que una apropiación del subjetivismo del propio trabajador.

Alice Monteiro de Barros²⁴³, aun reconociendo la posibilidad de la coexistencia de otros aspectos, enfatiza el aspecto subjetivo de la subordinación y el vínculo con la dependencia económica, siguiendo la doctrina mayoritaria:

Cuando el empleado está sujeto a control de tiempo y toma las órdenes recibidas, está personalmente subordinado al empleador; cuando cumple con las reglas de ejecución, surge la subordinación técnica; y cuando tu presupuesto familiar y tu patrimonio se componen básicamente del salario que percibe el empleador, la subordinación económica se hace evidente (traducido por el autor).

Adilson Bassalho Pereira²⁴⁴ sostiene que es imposible organizar, viabilizar y desarrollar cualquier actividad productiva sin subordinar jerárquicamente el trabajo utilizado en ella. Precisamente por eso, el empresario ve el acto de contratar a un empleado como una operación destinada a obtener no solo la provisión de trabajo, sino el trabajo a través de la subordinación

depende: subordinação pessoal, que é, pois, a razão de muitas das normas que governam a relação de trabalho e, como foi salientado no princípio, da existência de um Direito do Trabalho. (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 51).

²⁴³ Original: Quando o empregado está sujeito a controle de horário e acata as ordens recebidas, ele subordina-se pessoalmente ao empregador; quando atende às regras de execução, aflora a subordinação técnica; e quando seu orçamento familiar e seu patrimônio são constituídos basicamente do salário que recebe o empregador, fica patente a subordinação econômica. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 245).

²⁴⁴ Op. cit., p. 38 a 42.

(el dominio) de la persona del trabajador. Por tanto, el aspecto subjetivo de la subordinación sigue siendo evidente.

El estado de sujeción del trabajador, en la relación laboral, tal como se examina, demuestra el apropiación del subjetivismo del trabajador, que se vacía de su propio ser, de su personalidad²⁴⁵, convirtiéndose en un mero accesorio de la relación de producción, como una pieza de repuesto (fácil de reemplazar) en el engranaje comercial. Así, el trabajador nunca se convierte en parte esencial del organismo empresarial y se evade la noción de pertenencia.

Y, con esta observación, tenemos que, en la actualidad, la relación laboral, encapsulada (formalmente) en un contrato, parece mostrar una situación más nefasta y perversa que el sistema de esclavitud, ya que en este, a ojos del propietario, el trabajador nunca sería más de una cosa. En la relación laboral, el capitalista reconoce (así como el ordenamiento jurídico) que el trabajador no es una cosa, sino una persona, y sin embargo se apropia de la persona del trabajador (de su subjetividad).

Así pues, las prácticas reconocidas hoy como acoso moral laboral o psicoterrorismo laboral serían legítimas, no constituyendo ningún tipo de ilegalidad; por tanto, no están sujetos a censura ni por el derecho positivizado ni por la concepción tradicional de los derechos humanos.

Por tanto, dentro de una perspectiva crítica, cabe el papel de reformular las bases sobre las que se concibe esta relación, en el sentido de dotarla de humanidad, de “humanizarla”.

Sin embargo, para un análisis crítico satisfactorio, es fundamental escudriñar, previamente, la construcción formal de la estructura del contrato de trabajo por la dogmática convencional.

²⁴⁵ Fábio Konder COMPARATO, al comentar sobre la despersonalización de las personas a lo largo de la historia, hace una interesante comparación, “*in litteris*”: “*De igual manera, la transformación de las personas en cosas se produjo de manera menos espectacular, pero no menos trágica, con el desarrollo de el sistema de producción capitalista. Como denunció Marx, implica la cosificación (verdinglichung) de las personas: o más bien, la inversión completa de la relación persona-cosa. Mientras que el capital es, por así decirlo, personificado y elevado a la dignidad de sujeto de derecho, el trabajador es degradado a la condición de mercancía, de mero insumo en el proceso productivo, para encontrarse, últimamente, en la fase del capitalismo financiero, descartado y relegado a la basura social como un objeto desechable*”. (In: **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 23).

1.4 El esfuerzo de la doctrina hegemónica en la construcción de la estructura del negocio jurídico de empleo.

La doctrina mayoritaria, para mantener las prerrogativas alcanzadas por el empresario/capitalista a lo largo de la historia, ha construido, en lo que respecta a la relación poder-sujeción laboral, una estructura contractual, a través de un estupendo esfuerzo de la doctrina.

La subordinación verificada en la prestación de los servicios, cualquiera que sea su origen (fáctico o contractual), es vista por la doctrina hegemónica, como derivada de un negocio jurídico, dando así a la relación laboral un carácter exclusivo o, al menos, predominantemente negociable.

Como se ve, la directiva de la doctrina imperante de superación del anti-contractualismo correspondía a la necesidad de una ruptura definitiva con la ideología inspiradora de la tesis anti-contractualista. Para la doctrina hegemónica, el contrato tenía por objeto convertir situaciones que pusieran fin a relaciones de violencia y supremacía de los más fuertes en formas no conflictivas y equitativas. En consecuencia, la relación laboral debe ser analizada como resultado de un acuerdo de voluntades, sin el cual estaría prohibido ingresar al Estado de Bienestar, por lo que se equipararon situaciones extracontractuales con situaciones contractuales.

En efecto, siguiendo la concepción contractual, debido a la necesidad técnica de la dogmática dominante, se procede al análisis del esfuerzo realizado para construir el negocio jurídico de empleo a través de los elementos constitutivos del contrato de trabajo y dentro de la Teoría General del Derecho Privado²⁴⁶.

²⁴⁶ Nestor DE BUEN critica la doctrina tradicional, en el aspecto: *“Los especialistas en derecho laboral, en los casos en que intentan formar una teoría general de la relación de trabajo, suelen referirse, casi exclusivamente, al contrato individual de trabajo o la relación individual de trabajo [...], sin manifestar mayores preocupaciones por tratar de integrar una teoría del acto jurídico laboral. Creemos que es necesario colmar esa deficiencia, aun cuando sea dentro de los límites estrechos de una obra de texto.”* (In: **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1994. p. 521).

1.4.1 La construcción dogmática del negocio jurídico²⁴⁷

La persona humana es un ser social, por lo que tiende a socializar, a interactuar con sus semejantes. El Derecho es esencial para el ser humano, como “*homo socialis*”, apareciendo, por tanto, solo con la interrelación humana.²⁴⁸ El derecho valora los hechos y, mediante normas jurídicas, eleva la categoría de hechos jurídicos a los que tienen relevancia para la relación interhumana. La norma jurídica ajusta los hechos del mundo, dándoles una característica diferente a los demás hechos: la de ser un hecho jurídico. De ahí la diferencia entre el mundo fáctico y el jurídico, este último resultante del impacto de la norma jurídica sobre los hechos, a través de la “juridicización”.²⁴⁹

El fenómeno jurídico tiene, por tanto, los siguientes momentos²⁵⁰: (a) la definición de la norma jurídica y la hipótesis fáctica (o definición normativa hipotética del hecho jurídico); (b) la concretización de esta hipótesis en el mundo de los hechos; (c) su legalización (“juridicización”) congruente, en virtud de la incidencia de la regla y su entrada como hecho jurídico, en el plan de la existencia; (d) el paso de hechos jurídicos lícitos, basados en la voluntad humana, por el plan de validez; (e) la llegada del hecho jurídico al nivel de efectividad, donde despliega su carga activa, resultante del poder normativo de la voluntad.²⁵¹

Así, el mundo jurídico está formado por hechos jurídicos que resultan de la incidencia de la norma de Derecho en su “soporte fáctico”²⁵², cuando se realiza en el mundo de los hechos.

²⁴⁷ El aporte de Pontes de MIRANDA a la Ciencia del Derecho es incuestionable y, en particular, a la comprensión de la fenomenología del impacto de la norma jurídica sobre los hechos. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1; **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 2, 3 e 4.

²⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6.

²⁴⁹ De acuerdo con Pontes de MIRANDA: “*Para que los hechos sean jurídicos, es necesario que las reglas legales, es decir, las normas abstractas, los afecten, bajen y encuentren los hechos, coloreándolos, haciéndolos 'jurídicos'. Algo así como el tablero de la imprenta, reflejando en los hechos que suceden en el mundo, aunque allí los clasifica según discriminaciones conceptuales*”. (In: **Tratado de direito privado**. Op. cit., v. 1., p. 52).

²⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 11.

²⁵¹ Es importante recordar que el fenómeno jurídico, en su totalidad, tal y como lo enseña Marcos Bernardes de MELLO, no termina en la dimensión normativa, sino que también tiene las dimensiones política y sociológica, que complementan la idea de negocio jurídico. (*Ibidem*, p. 13 a 15).

²⁵² El “soporte fáctico” de la norma jurídica, llamado por la doctrina alemana de “*tatbestand*” y por la doctrina italiana de “*fattispecie*”, es “*aquel hecho, o conjunto de hechos que lo componen, y sobre el que incide la norma jurídica*” (Cfe. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., v. 1, p. 66). Marcos Bernardes de MELLO enseña que el “soporte fáctico” puede constar de los siguientes elementos: relevancia de hechos, hechos de la naturaleza y animales, actos humanos, datos psíquicos, estimaciones de valoración,

El efecto de la norma jurídica es el efecto de transformar la parte del “soporte fáctico” que el Derecho consideró relevante para ingresar al mundo jurídico en un hecho jurídico.²⁵³ Así, la ausencia de alguno de los supuestos previstos en el “soporte fáctico” provoca su deficiencia, y el acto no ingresa al mundo jurídico. Por tanto, se dice que el acto no existe. En efecto, dados los supuestos previstos en el “soporte fáctico”, el acto se enfrenta a los tres planos del mundo jurídico, en orden secuencial. Al sufrir la incidencia de una norma jurídica, la parte relevante del “soporte fáctico” se traslada al mundo jurídico, entrando en el **plan de la existencia**.²⁵⁴ Es el plano del ser (sustantivo), en el que entran todos los hechos jurídicos, lícitos o ilícitos, siempre que sean admitidos. Si hay una falta de elemento en el “soporte fáctico”, el hecho no tiene entrada en el plan de la existencia (soporte insuficiente). Si el hecho jurídico existe y es de los que la voluntad humana constituye un elemento nuclear del “soporte fáctico”, como es el negocio jurídico, es imperativo pasar por el **plan de validez** (adjetivo), de la cualidad que debe tener el acto. Aquí el Derecho hace un triaje entre lo perfecto, susceptible de producir efectos, y lo que es nulo o anulable (soporte deficiente). Terminado este último plan, el hecho pasa al **plan de eficacia**, que es donde entran en vigencia los hechos jurídicos, creando las situaciones jurídicas, con toda su efectividad, representadas por los derechos y deberes, pretensiones y obligaciones, acciones y excepciones, o causas de extinción. Aquí se verifica la eficiencia o ineficiencia del “soporte fáctico”. Dentro del mundo jurídico, los hechos pueden ser conformes o contrarios al Derecho, estos denominados actos ilícitos.

Los hechos que son compatibles con el Derecho se subdividen en: (a) hechos jurídicos "stricto sensu", hechos de la naturaleza que son independientes de la voluntad humana²⁵⁵; (b)

probabilidades, hechos del propio mundo jurídico, causalidad física, tiempo, elementos positivos y elementos negativos. (*Ibidem*, p. 35 a 41).

²⁵³ Pontes de MIRANDA hace una distinción importante: “*El efecto de la norma jurídica es su eficacia; no debe confundirse con él, ni con la eficacia del hecho jurídico; la eficacia de la norma jurídica es su incidencia; la del hecho jurídico, irradiase, es la juridicización de sus consecuencias, por la incidencia. Cada regla de derecho establece algo sobre los hechos (positivos o negativos). Si se producen los hechos de que se trata, se les aplica la norma jurídica y de ellos se desprende la eficacia jurídica (hecha, con la incidencia, jurídica). Ya se distinguen claramente aquí, a pesar de la confusión que prevalece en la ciencia europea: la "eficacia de la norma jurídica", que es el foco, la eficacia "jurídica" (de la ley), la eficacia nomológica (= de la norma jurídica); y "eficacia jurídica", la mera irradiación de los efectos de los hechos jurídicos*”. (*Ibidem*, p. 63; traducido).

²⁵⁴ Pontes de MIRANDA clasifica los hechos ilícitos de la siguiente manera: hechos ilícitos "lato sensu" (cuando ocurre el hecho contrario al derecho y alguien responde por él); hecho ilícito absoluto (cuando la infracción se da al derecho absoluto) y hecho ilícito relativo (cuando la infracción se refiere a la derecho relativo). (*Op. cit.*, v. 2., p. 193).

²⁵⁵ Conforme Marcos Bernardes de MELLO: “*Todo hecho jurídico en el que, en su composición de su soporte fáctico, solo entran hechos de la naturaleza, independientemente de un acto humano como dato esencial, se*

actos-hechos jurídicos²⁵⁶, en el que existe la interferencia de la voluntad (acto) humana, pero el hombre es simplemente un agente que produce el hecho, de modo que los efectos y la producción del hecho son independientes de la voluntad del hombre, que no está en el corazón de la realidad del soporte fáctico; (c) acto jurídico "lato sensu", que es el acto humano según la voluntad del agente, es decir, la voluntad está en el corazón del soporte fáctico. Se divide en: acto jurídico "stricto sensu", cuando los efectos jurídicos se derivan de la ley, y la voluntad humana no tiene poder sobre los efectos, sino sólo en la producción de estos (la voluntad no tiene la opción de categoría jurídica); y el negocio jurídico, cuando la voluntad y los efectos producidos son el núcleo del soporte fáctico hipotético (el agente persigue los efectos), que puede ser lícito o ilícito.

La teoría del negocio jurídico²⁵⁷ es la construcción de la pandectística alemana, elaborada a partir de los textos de Justinianeu en torno al principio de la autonomía de la voluntad.²⁵⁸ El derecho romano no conocía el negocio jurídico como categoría general y abstracta.²⁵⁹ Solo disciplinó los actos jurídicos típicos con su propia estructura y regímenes. El

denomina hecho jurídico stricto sensu [...] Puede suceder en ocasiones que el soporte fáctico del hecho jurídico stricto sensu esté vinculado a un acto humano [...] Sin embargo, esto no cambia la naturaleza del hecho jurídico, ya que la circunstancia de tener un acto humano en su origen no cambia el carácter del evento que constituya su soporte fáctico [...] el criterio de clasificación se basa en la presencia o ausencia de un acto humano como elemento necesario para la composición de un soporte fáctico suficiente. (Op. cit., p. 103).

²⁵⁶ Para Pontes de MIRANDA, actos-hechos jurídicos: "Son actos humanos, en los que no hubo voluntad, o de los que no se tiene en cuenta el contenido de la voluntad, sean o no aptos para sustentar fácticamente normas jurídicas. Su variedad aún no les ha permitido descubrir todas las reglas generales; y las reglas sobre los negocios jurídicos no pueden atraparlos". (In: **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 133).

²⁵⁷ Karl LARENZ conceptualiza el negocio jurídico: "*Un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, de los cuales al menos un acto es una declaración de voluntad o actuación de voluntad dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico. A este respecto entendemos por declaración de voluntad un acto dirigido a manifestar a otros – o a otra persona determinada – una determinada voluntad del actuante de producir un efecto jurídico, y por simple actuación de voluntad, un acto sin el carácter de manifestación, pero que igualmente está destinado a producir un efecto jurídico. La declaración de voluntad es, al propio tiempo, manifestación del efecto jurídico; la simple actuación de voluntad, en cambio, es un mero acto de ejecución*". (Op. Cit., p. 427; traducido).

²⁵⁸ No obstante, António Menezes CORDEIRO señala que "[...] *contrariamente a lo que pudiera parecer, el negocio jurídico no lo obtuvieron la pandectística a través de clasificaciones lógicas: se desarrolló a partir de abstracciones practicadas a partir de líneas concretas e impactantes trazadas del régimen de varias figuras*". En la obra: **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987-88. v. 2. p. 484 (traducido).

²⁵⁹ Como los países de origen del "common law" que, con innegable pragmatismo y disciplina estudian los "contratos". Sobre el tema: RUTHERFORD; TODD; WOODLEY. **Introduction to Law**. 2. ed. London: Sweet and Maxwell, 1987. p. 113 a 161.

negocio jurídico apareció con los jusnaturalistas alemanes en el siglo XVIII, quienes iniciaron su construcción doctrinal desarrollada en el siglo XIX. Concibieron el negocio jurídico como paradigma de la manifestación de la voluntad privada, destinado al nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica.²⁶⁰ En la primera mitad del siglo XIX, el concepto de empresa jurídica se convirtió en una parte permanente de la ciencia jurídica alemana. Windscheid²⁶¹ definió el negocio jurídico como la declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, es decir, el acto de negociación era, para él, la expresión de la voluntad particular.

Resulta necesaria una breve revisión histórica de las teorías que construyeron la noción actual de negocio jurídico.

Sobre la importancia de la voluntad en el acto de negociación, se presentan las siguientes teorías²⁶²: (a) Teoría Subjetiva o Voluntaria (Savigny), según la cual el negocio jurídico es la expresión de la voluntad individual, debiendo existir una correlación perfecta entre la voluntad y la declaración (la voluntad es la esencia del negocio; es la causa eficiente de los efectos); (b) Teoría Objetiva o de la Declaración, para la cual la validez y efectividad del negocio jurídico depende únicamente de la voluntad, independientemente de que la declaración corresponda a la intención real del agente (tiene como objetivo proteger al destinatario de la declaración y, en consecuencia, la circulación de los derechos).

Debido al extremismo de estas teorías, surgieron teorías intermedias²⁶³: (a) Teoría de la Responsabilidad (Ihering), en la que se sostiene que, además de la voluntad y su manifestación, se debe apreciar la conducta del agente que, actuando con culpa, debe responsabilizarse del daño causado; (b) Teoría de la Confianza, para lo cual se debe verificar la buena fe del

²⁶⁰ La locución negocio jurídico proviene del latín "*necotium*", que significa actitud. Utilizaron el término Hugo, Heise, Thibout, Savigny y Puchta, entre otros. Respecto a la evolución histórica del negocio jurídico, vease: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Negócio Jurídico. In: **ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 54. p. 170 a 178; y GILISSEN, John. Op. cit., p. 731 a 742. Sin embargo, Pontes de MIRANDA, en sentido contrario, afirma que "[...] para los juristas romanos, el '*negotium*' era más que el elemento negocial que existe en los negocios jurídicos según el estricto concepto actual [...]. La palabra '*negociación*' no corresponde exactamente a '*negocio jurídico*'. En la ley pretoriana, se hablaba de '*gestum*'. Es debido a RITTER HUGO la creación de la expresión '*Rechtsgeschäft*', negocio jurídico, y el Código Civil Sajón (§ 88) fue el primero en definirlo". (Op. cit., v. 3, p. 4).

²⁶¹ Cfe. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. cit., p.170.

²⁶² *Ibidem*, passim 170 a 178.

²⁶³ *Idem*.

destinatario, en el sentido de que la declaración es válida según la confianza que ha suscitado (la declaración prevalece sobre la voluntad si hubo buena fe en el destinatario).

En el ordenamiento jurídico brasileño, el actual Código Civil estipula, en su artículo 112, que “En las declaraciones de voluntad se tendrá en cuenta más la intención plasmada en ellas que el sentido literal del lenguaje”. Como se entiende de su redacción, adoptó el sistema ecléctico, basado en la responsabilidad del declarante y no en la buena fe y confianza que debe presidir la investigación de la intención contenida en la declaración.

Con el paso del tiempo surgieron algunas otras teorías²⁶⁴: (a) La teoría del Negocio Jurídico como Precepto, defendida, inicialmente, por Büllow, quien define el negocio jurídico como un dominio de reconocida eficacia por el ordenamiento jurídico, establecido por las partes para la producción de efectos jurídicos, de acuerdo con sus intereses; (b) La Teoría de Emílio Betti, que considera el acto de negociación como un acto de autonomía privada, mediante el cual el individuo regula, por sí mismo, sus intereses en las relaciones con la sociedad; su génesis está en la interrelación social, en la que se manifiestan intereses, necesidades y funciones económicas y sociales; para él, el negocio jurídico es un medio dinámico y actual, dotado de tanto significado y sentido que debe dejar la concepción tradicional de un mero hecho psicológico individual para ser considerado como un hecho social importante, un instrumento de autonomía privada; (c) La teoría normativista (Kelsen, Magnik y Ferri), según la cual el negocio jurídico es un instrumento de autonomía privada, considerado como un poder individual para establecer normas jurídicas (más que una simple declaración, se considera una fuente de derecho).

Aun así, en lo que respecta a la voluntad dirigida a la producción de efectos, surgieron las siguientes teorías: (a) Teoría de los efectos jurídicos (Savigny, Windscheid, Zittelman), para la cual la voluntad está destinada a producir efectos jurídicos, y debe existir una perfecta adaptación entre aquellas y estos; así, la ausencia de voluntad conduce a la inexistencia o nulidad del acto negociador; la voluntad tiene el fin inmediato de producir hechos jurídicos, mientras que en el acto jurídico los efectos los determina la propia ley; (b) Teoría de los efectos prácticos (Cociello, Faddo, De Ruggiero²⁶⁵, Santoro-Passarelli), para lo cual la declaración de voluntad se dirige a la realización de un fin práctico, económico, no ilícito; la voluntad del

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ Para Roberto DE RUGGIERO: “La definición más simple y aceptada de negocio legal es una declaración de la voluntad del individuo hacia un fin protegido por el sistema legal”. (In: **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 315; traducido).

declarante se dirige a un resultado de facto válido para el derecho; (c) Teoría Intermedia, para la cual la voluntad se dirige a los efectos legales, pero no a todos los efectos reconocidos por la ley; la declaración de voluntad tiene por objeto producir determinados efectos jurídicos, aunque no claramente previstos por el declarante, y concebidos por él como efectos simples o predominantemente económicos y prácticos.

A pesar de las disonancias sobre la naturaleza del negocio jurídico, es cierto que todas las teorías lo consideran un instrumento para la realización de la autonomía privada. Así, considerando los planos del mundo jurídico y la evolución del concepto de negocio jurídico, es posible entonces analizar los elementos constitutivos (estructurales o formativos) del acto de negociación laboral.

1.4.2 El negocio jurídico laboral

Elemento del negocio jurídico es todo aquello que configura su existencia en el ámbito del mundo jurídico. Son las partes constituyentes o estructurantes del acto negociador. El estudio de los elementos del negocio jurídico se restringe al análisis del plan de existencia. Cabe mencionar: antes de examinar los requisitos de validez o los efectos del acto de negociación, es necesario establecer sus presupuestos.

Por tanto, el negocio jurídico pasa por el análisis en todos sus planos: existencia (elementos del negocio jurídico), validez (requisitos de validez) y eficacia (factores de atribución de eficacia). Usando un ejemplo dibujado por Biondo Biondi²⁶⁶, es posible visualizar que, en una escala imaginaria de abstracción, se encuentra, en su apogeo, el negocio jurídico (grado máximo de abstracción). Descendiendo esta escala virtual, se llega a las categorías intermedias, correspondientes, por tanto, a la abstracción que determina la noción de contrato (grado medio de abstracción). Un paso más, en sentido vertical descendente, es el negocio

²⁶⁶ *“In litteris”*: “La nozione di negozio giuridico rappresenta una tappa della astrazione in tema di atti giuridici. Dalla vendita compiuta da A a B da C a D (figure concrete) si assurge alla nozione di vendita (prima astrazione); considerando poi vendita, locazione ed altre figure similari si assurge ad una seconda astrazione che determina la nozione di contratto; considerando ancora contratti ed altri atti giuridici, quali, ad es., il testamento, il matrimonio, l'accettazione di eredità, si assurge ad una ulteriore astrazione, costituita appunto dal negozio giuridico. Logicamente si può procedere verso astrazione ancora più alte (atto giuridico, fatto giuridico sia pubblico che privato ecc.); si formano così categorie sempre più vaste, le quali naturalmente perdono di concretezza, a misura che si procede verso la astrazione; ed allora si tratta di vedere fino a qual punto tali astrazioni possano essere vantaggiose per la scienza giuridica, se non vuole essere scienza puramente astratta.” (BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 149).

jurídico individualizado, enmarcado en categorías más específicas (grado mínimo de abstracción), entre ellas el contrato de trabajo (y la relación laboral, en su equiparación, en los términos del artículo 442 del CLT).

Al fin y al cabo, se llega al negocio jurídico privado, que consiste, por ejemplo, en el contrato de trabajo celebrado entre dos individuos (ausencia de abstracción o concreción). Esta referencia a los diferentes grados de abstracción del negocio jurídico que adquiere una importancia fundamental a la hora de intentar establecer la clasificación del acto negociador en los arquetipos jurídicos existentes, ya que es necesario delimitar una noción clara de qué categoría se está analizando. En efecto, la clasificación de los elementos del negocio jurídico es concurrente con la clasificación de los grados de abstracción mencionados anteriormente²⁶⁷.

Así, el negocio jurídico laboral puede contener distintos elementos: (a) elementos generales, que son comunes a todos los negocios jurídicos; (b) elementos categóricos, propios y específicos de cada tipo de negocio; (c) elementos particulares, que existen en ciertos actos comerciales.

Los **elementos generales** se encuentran en cualquier negocio jurídico y corresponden al más alto grado de abstracción, en la escala de Biondo Biondi. Pueden ser intrínsecos (constitutivos o supuestos) o extrínsecos (presupuestos). La ausencia de alguno de los elementos generales conduce a la ausencia del acto jurídico negociador.

Los **elementos intrínsecos generales** son aquellos que efectivamente constituyen el negocio; se relacionan con su esencia. Son: la forma, el objeto y las circunstancias negociales.

La **forma** es el tipo de exteriorización que envuelve la declaración de voluntad. Es la envoltura de la manifestación de la capacidad volitiva. El negocio jurídico solo existirá si la declaración de voluntad está cubierta de alguna manera. Por lo tanto, el contrato de trabajo,

²⁶⁷ La clasificación de Antônio Junqueira de AZEVEDO parece ser la que mejor sistematiza los elementos del negocio jurídico. Es, además, una de las diversas clasificaciones, que sin duda analiza el negocio jurídico de forma positiva, estableciendo, con cierta lógica, los elementos efectivamente constitutivos y esenciales del acto jurídico de negociación, separándolos de otros elementos (no esenciales), a partir de requisitos de validez y factores de atribución de eficacia. Confundir los elementos constitutivos con los requisitos de validez es desconocer la independencia de los planes jurídicos de existencia y validez, mientras que insertar las características del contrato en la lista de elementos constitutivos es un procedimiento común entre los adoctrinadores, es confundir el "genotipo contractual" (que es la composición genética del contrato, donde están localizados los genes designativos del contrato; o la "huella" del acto de negociación) con el "fenotipo contractual" (que es la manifestación visible, en el mundo exterior, de la existencia de los genes, es decir, de sus características).

como un negocio jurídico típico y nombrado, solo entrará en el plan de existencia, si se proporciona de manera formal. La libertad para elegir la forma, que es la regla²⁶⁸ tanto, en los contratos en general, de conformidad con el artículo 107 del Código Civil vigente, y en el contrato de trabajo, con respecto al artículo 443 de la Consolidación de las Leyes Laborales, se trata de un requisito de vigencia y no de un elemento constitutivo del contrato. De hecho, si el contrato se realiza mediante declaración tácita o expresa (verbalmente o por escrito), tales circunstancias no forman parte del negocio jurídico laboral, estando fuera de él. Solo señalan la calidad eventual (adjetivo) de la forma del negocio y, por tanto, se sitúan en el plano jurídico de validez y no en el de existencia. De ahí que se diga que el contrato de trabajo existía, aunque no sea válido, ya que no se respetó la forma exigida.²⁶⁹

El **objeto** es el contenido del negocio legal, constituyendo así las “cláusulas” del contrato. En el negocio jurídico del empleo, el objeto incluye, en un amplio espectro (también se incluyen, en orden descendente en la escala de abstracción, los elementos categoriales y accidentales), las prestaciones principales o fundamentales de las partes (trabajo y salario), las obligaciones accesorias o secundarias (derivadas del ordenamiento jurídico), las “cláusulas” impuestas por la ley (o por normas colectivas análogas a ella) y las cláusulas pactadas por las partes, en el ámbito de las normas dispositivas (verificadas en el contrato o como consecuencia de la regulación empresarial)²⁷⁰.

²⁶⁸La norma incluye excepciones, como por ejemplo, el contrato de trabajo temporal (Ley 6.019/74), el contrato temporal de duración determinada (Ley 9.601/98) o el contrato de aprendizaje (art. 428 de la CLT, con la redacción marcada por Ley 11.180/2005). En tales casos, sin embargo, el incumplimiento de la forma no afecta la existencia del contrato, sino solo su validez y efectividad (normal).

²⁶⁹Como enseña Antônio Junqueira de AZEVEDO, los negocios pueden desarrollarse de forma activa o silenciosa. Los negocios con forma activa son aquellos en los que el agente cambia el mundo exterior, y la actividad puede estar dirigida directamente a expresar voluntad (forma activa expresada) o puede consistir en actos de los que se deduce la declaración de voluntad (forma tácitamente activa). Los negocios con forma omisiva, en cambio, son aquellos que se materializan en la inercia, sin cambio en el mundo exterior, y la inercia puede estar dirigida directamente a expresar voluntad (forma omisiva expresa) o constituir un hecho a partir del cual la declaración de voluntad se deriva (forma omisiva tácita). El contrato de trabajo podrá realizarse de forma expresamente activa, cuando las partes, inequívocamente, expresen su voluntad de contratar trabajo subordinado, ya sea de forma verbal o por escrito. Habrá contrato de trabajo con forma tácita activa cuando los actos practicados por las partes demuestren la ausencia de trabajo subordinado, es decir, sean compatibles con el modelo legal del contrato de trabajo. Sin embargo, cuando se trata del negocio jurídico del empleo, de un contrato de actividad, no parece posible admitir formas omisivas de contratación. Esto se debe a que la voluntad, en el contrato en cuestión, siempre acaba produciendo cambios en el mundo exterior. In: **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 146.

²⁷⁰La regulación empresarial, de acuerdo con la posición adoptada por el TST, tiene carácter contractual. Esto es lo que se desprende del Precedente 51 de esa Corte. En doctrina, sin embargo, existen controversias. Se destacan las siguientes teorías sobre la naturaleza jurídica de la regulación: a) Teorías Contractuales; b) Teoría del Contrato de Adhesión; c) Teoría regulatoria o institucional; d) Teoría del Poder Regulador Delegado; e)

Sin embargo, en una perspectiva más restringida (entendida solo como un nivel de abstracción), según la doctrina mayoritaria, el negocio jurídico laboral tiene un doble objeto: trabajo (obligación de hacer) y salario (obligación de dar).²⁷¹ De hecho, el objeto del contrato de trabajo tiene una doble voluntad externalizada: voluntad de trabajar y recibir un salario, por parte del trabajador; y voluntad de tener el trabajo disponible y pagar salarios por parte del empleador. Paradójicamente, cada una de las principales obligaciones contiene, interna o implícitamente, la otra (una está contenida en la otra). Es decir: para el empleado, es su principal obligación proporcionar el trabajo; sin embargo, también es su deber aceptar el salario (de ahí la no renuncia al salario, garantizada por principio legal, en nuestra ley, como resultado de una red protectora de reglas).

De la misma forma, es obligación principal del empleador pagar un salario, pero esta obligación, sin embargo, incluye la obligación de ofrecer trabajo²⁷².

Junto a las obligaciones principales, están las obligaciones secundarias o accesorias (también llamadas deberes anexos, laterales o instrumentales)²⁷³, típicas de las relaciones obligacionales complejas. Con una textura estratificada, estos deberes se distribuyen en un amplio espectro, que va desde la profundidad del ilícito hasta las áreas limítrofes con el acuerdo de negociación. Por tanto, conllevan una responsabilidad especial, situada entre la que se deriva

Corriente administrativa; f) Teoría del ordenamiento jurídico positivo; g) Teoría del orden normativo del empresario. Cfe. GONÇALVES. Emílio. **O poder regulamentar do empregador**: o regulamento do pessoal na empresa. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 41 a 43.

²⁷¹ Enseña José Martins CATHARINO: “*El objeto del contrato de trabajo implica dos prestaciones diferenciadas, sucesivas y cruzadas: trabajo, a cargo del empleado, salario, a cargo del empleador, independientemente de la naturaleza de la primera prestación, y la forma que lleve. Los dos elementos centrales del contrato, trabajo y salario, son su razón de ser*”. (In: **Tratado...** Op. Cit., p. 71; traducido).

²⁷² Por tanto, discrepase de una parte de la doctrina que entiende que el “deber de dar trabajo” es un deber accesorio. (Vease: CAMINO, Carmen. Op. cit., p. 176).

²⁷³ Según Manuel A. Carneiro da FRADA: “*Para implicar los deberes de prestación, cualquiera que sea su naturaleza, se disponen en la relación obligatoria otro conjunto de deberes imprescindibles para su correcta tramitación. Estos no tienen por objeto pura y simplemente cumplir con el deber de proporcionar, sino que tienen como objetivo salvaguardar otros intereses que las partes deberían razonablemente tener en cuenta en el curso de su relación. En general, expresan, en la formulación de Larenz, la necesidad de tener en cuenta los intereses justificados de la contraparte y de adoptar el comportamiento que se espera de un socio negociador honesto y leal, y suelen basarse en el principio de buena fe. Por su naturaleza, es probable que aparezcan en cualquier relación obligacional, sea cual sea su tipo, y además sólo se concretan según los contornos que pueda manifestar la vida de la relación contractual*”. (In: **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 39; traducido).

del incumplimiento de los deberes de desempeño y la responsabilidad por acto ilícito.²⁷⁴ Por tanto, las obligaciones accesorias surgen naturalmente del principio de buena fe objetiva.²⁷⁵

En el ámbito del Derecho Laboral, los deberes auxiliares, en particular los de lealtad, jugaron un papel importante en el ámbito de los contratos de trabajo, ya que, en la época en que predominaban las corrientes anti-contractuales (en particular, las de carácter fático y antipatrimonial), el deber de fidelidad o lealtad estaba por encima de la propia prestación principal (trabajo).²⁷⁶ Posteriormente, con el descrédito de las corrientes anticontractuales, los deberes de lealtad o fidelidad volvieron a la condición de accesibilidad. Sin embargo, la referencia histórica es importante, ya que evidencia una positivización previa de tales deberes, en el Derecho Laboral, en comparación con el Derecho Civil, que actualmente consagra el principio de buena fe en el artículo 422 del Código Civil brasileño.

En el contrato de trabajo, las obligaciones secundarias²⁷⁷ corresponderían, por regla general, a los deberes que se derivan de la lectura “contrario sensu” de los artículos 482 y 483 de la Consolidación de las Leyes Laborales, según la posición mayoritaria en la doctrina. Sin embargo, nuestro legislador no fue sistemático, incluyendo los efectos de las principales obligaciones en la lista de esos artículos.²⁷⁸ El incumplimiento de tales obligaciones constituye, por tanto, una infracción contractual, en forma de incumplimiento contractual positivo.²⁰

²⁷⁴ *Ibidem*, passim 44 a 52 e 273 a 274.

²⁷⁵ Judith MARTINS-COSTA enseña que a la buena fe objetiva se le imputan tres funciones: (a) la de un canon hermenéutico-integrador (sirve para llenar vacíos, ya que el contrato pasa por situaciones o fenómenos no siempre previstos por los contratistas); (b) la creación de deberes jurídicos (secundarios, incluyendo: los deberes de cuidado, bienestar y seguridad; los deberes de advertencia y aclaración; los deberes de información; el deber de rendición de cuentas; los deberes de cooperación y colaboración, los deberes de protección y cuidado de la persona y bienes de la contraparte, deberes de omisión y secreto); (c) el límite al ejercicio de los derechos subjetivos (aparece como una regla que no admite conductas que contradigan el mandato de actuar con lealtad y corrección, en obediencia a la función social del contrato). (In: **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427 a 472).

²⁷⁶ Cfe. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 607.

²⁷⁷ Manuel A. Carneiro FRADA explica: “*Los "deberes secundarios" a los que se refieren son por naturaleza rebeldes a cualquier enumeración o descripción definitiva. Su contenido es diversificado, pudiendo descubrir deberes de información y asesoramiento, cooperación, secreto y no competencia, custodia y vigilancia, lealtad, etc. Más importante, sin embargo, que la descripción de la fisonomía de la conducta que estandarizan es indagar sobre el papel que juegan en el ámbito de la relación contractual. Solo esto puede, en última instancia, implicar consecuencias de régimen y solo esto nos orienta, además, a la correcta delimitación del tema que se aborda*”. (Op. cit., p. 40; traducido).

²⁷⁸ Para el empleado, los deberes secundarios son: (a) el deber de urbanidad, consistente en un comportamiento respetuoso con el empleador o su agente - obligación que se extiende fuera de la empresa y más allá del horario de oficina - y con otras personas, siempre que estén en contacto directo con la empresa (art. 482, “j” y “k”, de

Las **circunstancias negociales**²⁷⁹ constituyen el sentido de la declaración de voluntad, despojados de forma y objeto. Es lo que hace que la expresión de la voluntad se considere socialmente destinada a producir efectos jurídicos.²⁸⁰ Es algo meta-jurídico a conferir el carácter jurídico²⁸¹. En el contrato de trabajo, las circunstancias negociales constituyen lo que

CLT); (b) el deber de diligencia o celo, que se manifiesta como el grado de compromiso del empleado en la empresa, excluyendo los denominados “deberes de asistencia y puntualidad”, que derivan del cumplimiento de la obligación principal (art. 482, “e”, del CLT); (c) el deber de lealtad o fidelidad, que comprende, en sentido estricto, únicamente los deberes de probidad y confidencialidad, así como la prohibición de competencia (art. 482, “a”, “c” y “g”, del CLT); (d) el deber de observar las conveniencias y buenas costumbres, que corresponde al perfil profesional del empleado, con un contenido multifacético en el tiempo y el espacio (art. 482, “b”, “f” y “l”, de la CLT); (e) y el deber de proporcionar información, que se traduce en el respeto de las condiciones contractuales; debe evaluarse subjetivamente, de acuerdo con el nivel de conocimiento y educación del empleado. Para el empleador destacan los siguientes deberes: (a) el deber de urbanidad o respeto, simétrico, en parte, al deber homónimo del empleado, abarcando la prohibición de agresión física y psicológica al empleado, así como la prohibición de ofender el empleado, el honor de la familia del trabajador (art. 483, “b”, “e” y “f”, de la CLT) y la prohibición de búsquedas íntimas en las empleadas (art. 373-A de la CLT); (b) el deber de observar las condiciones contractuales, que corresponde a un deber complementario de la obligación principal, resultante, por tanto, de la ley, las normas colectivas, la normativa empresarial o del propio contrato (art. 483, “a” y “d”, Por CLT); (c) el deber de igualdad de trato y no discriminación, su asociado lógico, no solo a efectos salariales (arts. 5, 460 y 461 de la CLT), sino también por cualquier otro motivo discriminatorio (en particular, art. 373-A y Ley 9.029/95); (d) el deber de custodia, consistente en la adopción de medidas preventivas para la seguridad y salud en el trabajo (art. 483, “c”, y art. 157, I y III, ambos de la CLT), que se exige no solo en relación con la salud física, pero también en relación con la salud mental del trabajador; (e) y el deber de informar, que corresponde a la obligación del empresario de instruir al trabajador sobre las condiciones contractuales y los riesgos inherentes a la actividad; esta obligación ya ha sido contemplada expresamente en algunas disposiciones legales (art. 157 de la CLT c/c 1.7, “b” y “c” de la Ordenanza 3.214/78 del MTE; art. 17 de la Ley 8.036/90), que debe ser evaluado objetivamente, según el estándar medio del buen administrador. Cabe señalar también que, en nuestro ordenamiento laboral, el incumplimiento de obligaciones accesorias posibilita la resolución del contrato, constituyendo una causa legalmente relevante para su extinción, por las partes, como si se tratara del incumplimiento de la prestación principal.

²⁷⁹ La contribución de Ant6nio Junqueira de AZEVEDO al estudio del negocio jur6dico se hace m6s evidente en la formulaci6n de las “circunstancias negociales”, que no deben confundirse con el objeto y forma del negocio jur6dico. Para 6l, las “circunstancias negociales” consisten en el “conjunto de circunstancias que forman una especie de esquema, o patr6n cultural, que pasa a formar parte del negocio y hace que el enunciado sea visto socialmente como dirigido a la creaci6n de efectos jur6dicos (este es, como acto productivo de relaciones jur6dicas). Las ‘circunstancias negociales’ son, por tanto, un ‘modelo cultural de actitud’, que, en un momento dado, en una sociedad determinada, hace que ciertos actos sean vistos como dirigidos a la producci6n de efectos jur6dicos” (Op. Cit., p. 141). Seg6n el autor, “Es [...] una consecuencia inevitable del car6cter social del derecho, que hace que, en puntos extremos, la ciencia del derecho, para definir qu6 es un negocio jur6dico, acabe teniendo que referirse a lo que est6 m6s all6 del derecho mismo” (Ibidem, p. 143). Carlos Alberto da Mota PINTO llega a una noci6n cercana, cuando defiende que la “declaraci6n de negociaci6n”, aut6noma en relaci6n al contenido, se caracteriza como “La intenci6n de llevar a cabo ciertos efectos pr6cticos, para ser legalmente amparados y vinculantes” (In: **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 416).

²⁸⁰ “La declaraci6n es, desde un punto de vista social, lo que es el negocio, desde un punto de vista jur6dico, es decir, ‘la declaraci6n tiende a coincidir con el negocio, en la medida en que el punto de vista jur6dico se corresponde con el punto de vista social’. El ordenamiento jur6dico busca tomar la declaraci6n de voluntad como hip6tesis normativa (hip6tesis jur6dica) de este tipo de hecho jur6dico, que es el negocio jur6dico” (AZEVEDO, Ant6nio Junqueira de. Op. Cit., p. 22).

²⁸¹ Ibidem, p. 143.

hace que el trabajo prestado sea visto por las partes y terceros como destinado a realizar un contrato de trabajo (trabajo subordinado). Es precisamente aquí donde se desvían de la configuración del contrato de trabajo, el trabajo lúdico²⁸², el trabajo exclusivamente formativo²⁸³ y el trabajo altruista o desinteresado, incluso cuando se le dota, en determinadas circunstancias, de cierto grado de dependencia jerárquica.

Además de los elementos intrínsecos generales, ya analizados, están los **elementos extrínsecos generales**, que son los comunes a todo tipo de hechos jurídicos (**tiempo y lugar**) o actos jurídicos (**agente**). Estos elementos no forman parte de la esencia del acto negociador, pero son indispensables para su existencia lógica. No hay negocio jurídico sin que sea producido por al menos una persona. Asimismo, no hay acto negociador sin situarse en un determinado límite o parámetro espacio-temporal. Sin embargo, tales elementos, aunque necesarios, no constituyen el negocio en sí, que puede ser drenado de ellos, en una operación de abstracción teórica. Así, el contrato de trabajo es impensable sin la necesaria competencia de dos sujetos (evidentemente, la intervención de un solo agente no es suficiente), los polos subjetivos de la relación (sujeto subordinante y sujeto subordinado).²⁸⁴ Asimismo, cualquier contrato de trabajo sólo podrá existir, en el ámbito jurídico, si se produce dentro de un determinado límite o espacio geográfico y dentro de cualquier intervalo o módulo de tiempo.²⁸⁵

²⁸² Manuel Alonso OLEA, a partir del criterio de la finalidad a la que se dirige el esfuerzo, separa el trabajo productivo del autoformación (formación) y el trabajo lúdico. La nota distintiva sería la obligación o la necesidad, que es fundamental para el trabajo formativo y no existente en otras especies (Op. Cit., P. 17 a 22). Se entiende, sin embargo, que el criterio de diferenciación debe residir en presencia o no de "circunstancias negociales".

²⁸³ Es posible que convivan el trabajo productivo y formativo. En este caso, sin embargo, el contrato de trabajo sufre una alteración genética, ya que está vinculado a su objeto, además del salario y el trabajo, también como obligaciones principales, la de docencia (por parte del empleador) y la de aprendizaje (por parte del empleado). Esto es lo que ocurre en el contrato de trabajo de aprendizaje, regulado en los artículos 428 y siguientes de la CLT (con la redacción de la Ley 11.180/2005). La gran dificultad para estudiar esta figura radica en que tiene, en parte, el mismo elemento categórico del contrato de trabajo (subordinación). Sin embargo, se diferencia de éste por la presencia predominante del elemento formativo-profesional (enseñanza-aprendizaje) en la categorización del acto negociador.

²⁸⁴ La CLT trae, en los artículos 2 y 3, los conceptos de los sujetos involucrados en el contrato de trabajo. La Ley 5.889/73 al tratar el contrato de trabajo rural, de la misma forma, conceptualiza los sujetos contratantes, en los artículos 2 y 3. Para efectos del pago del FGTS, el concepto de empleador es más amplio (§ 1 del artículo 15 de la Ley 8.036/90). La Ley del FGTS también define al "trabajador" (§ 2 del art. 15), curiosamente excluyendo del concepto a los empleados eventuales, servidores públicos y personas sujetas a un régimen especial.

²⁸⁵ Si bien nuestro legislador no sistematizó estos elementos (lugar y tiempo) como constitutivos del contrato de trabajo, existe una referencia directa o indirecta a ellos en varias disposiciones legales. Ver, por ejemplo: arts. 4, 57/74, 443, 445, 451, 452, 453, 458, § 3, 459, 461, § 1, 465, 471, 492 (en relación con el tiempo) y arts. 6, 154, 461, 464, párrafo único, 465, 469 (en relación al lugar).

El **lugar** de trabajo corresponde a la base geográfica o espacio territorial donde el empleado debe realizar la prestación a la que está obligado.²⁸⁶ El lugar de ejecución podrá ser pactado de forma expresa o tácita entre las partes, cuando se adopte la forma activa expresa o la forma activa tácita, respectivamente. En el primer caso, el lugar de trabajo constituye una cláusula escrita o verbal del contrato. En el segundo, se deduce del comportamiento de las partes - de manera activa - que esos eran los lugares acordados. El lugar, a pesar del elemento extrínseco, actúa decisivamente en el enrarecimiento o adelgazamiento del innegable elemento categórico. Por lo tanto, cuanto más lejos del establecimiento del empleador, menos intenso es el grado de subordinación.²⁸⁷

El **tiempo** es un requisito previo para la actividad continua. Sin duda, el trabajo se desarrolla en un interregno de tiempo o coordenada temporal. El tiempo de trabajo tiene una importancia que trasciende la mera situación jurídica concreta, ya que el límite a la duración

²⁸⁶ Si bien la CLT no regula, en su propio apartado, la ubicación de la prestación de los servicios (principal prestación del trabajador), el artículo 465 establece que el pago de los salarios se realizará en jornada laboral, en horario laboral o inmediatamente posterior la terminación de este (tiempo) y en el lugar de trabajo, excepto cuando se deposita en una cuenta bancaria. El régimen legal que rige el lugar de ejecución de la prestación principal del trabajador se fundamenta en el artículo 327 del Código Civil, en virtud del permisivo contenido en el artículo 8, párrafo único, de la CLT. En efecto, la realización de las prestaciones, tanto por parte del empleado como por parte del empleador, se realizará en el lugar acordado o en otro lugar, si lo contrario establece las circunstancias, la naturaleza de la obligación o la ley.

²⁸⁷ Así, es posible imaginar tres grados de rarefacción: el empleado que trabaja en el establecimiento (subordinación intensa), el empleado que trabaja fuera del establecimiento de la empresa, pero en un régimen de contacto pendular con el empleador - que, aquí, también incluye graduación, con rendición de cuentas diaria, semanal, quincenal, etc. (subordinación menos intensa) y el empleado que trabaja en su propia casa (subordinación extremadamente rara o casi inexistente; art. 6 de la CLT). La Ley 3.207/57, por ejemplo, regula las actividades de los empleados, vendedores, viajeros o pracistas. En el § 1 del art. 2º, la ley se refiere expresamente a la posibilidad de ampliar o restringir la “zona de trabajo” del vendedor externo.

del trabajo se basa en la dignidad del ser humano.²⁸⁸ La ejecución del contrato de trabajo está conectada umbilicalmente a la noción de tiempo²⁸⁹⁻²⁹⁰.

El negocio jurídico laboral tiene dos **agentes**: el sujeto subordinado (empleador) y el sujeto subordinado (empleado). En cuanto a la figura del sujeto subordinado, por obvias razones, no se discute en la doctrina sobre la necesidad de ser una persona natural. En relación a la contraparte, dado que el art. 2 de la CLT ha “personificado” a la empresa (actividad económica), debe entenderse que nuestro sistema no garantiza personalidad jurídica a la empresa, sino únicamente a las personas naturales o jurídicas (empresarios o no), como puede verse en el Código Civil. Tal falta de técnica jurídica en el texto consolidado²⁹¹ por cierto, se corrigió, en relación a los trabajadores rurales, en el artículo 3 de la Ley 5.889/73. Así, el sujeto subordinado debe, necesariamente, ser una persona (natural o jurídica), por lo que no se acepta

²⁸⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. cit., p. 688.

²⁸⁹ El tiempo, acordado por la humanidad, se basa comúnmente en fenómenos naturales (las nociones de día y año, por ejemplo, están vinculadas a los movimientos, rotación y traslación de la Tierra). El trabajo realizado por el empleado se puede ejecutar en tiempo real o en tiempo legal (ficto). El tiempo real es el tiempo del reloj; es aquella basada en módulos o unidades de tiempo conocidas por el ser humano (segundos, minutos, horas, días, semanas, quincenas, meses o años). El tiempo legal o jurídico es una ficción, ya que el empleado no trabaja, pero el contrato se ejecuta. El tiempo real puede ser pactado entre las partes, dentro de los límites que impone la ley. Sin embargo, el tiempo ficto, precisamente por ser legal, no permite una derogación por las partes. La disciplina legal para el tiempo de ejecución de las prestaciones se encuentra en el artículo 331 del actual Digesto Civil, aplicable también con carácter alternativo, con base en el artículo 8, párrafo único, de la CLT. El acreedor del trabajo, luego de haber declarado su voluntad para ejecutar el contrato, puede reclamar el trabajo de inmediato, debiendo el empleado exigir el pago del salario luego de la realización de los servicios. Nada impide, sin embargo, que se pacte lo contrario, es decir, que el empleador pague el salario (considerado por la ley como un anticipo; art. 462 de la CLT) y posteriormente el trabajador realice su prestación. La regla, sin embargo, de lo que se desprende de la lectura del artículo 457 de la CLT, es la posremuneración, porque la presunción de desempeño es siempre favorable al capitalista y desfavorable al trabajador. Ver: CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. cit., v. 1, p. 166.

²⁹⁰ En nuestro sistema legal, ejemplos de tiempo legal son: tiempo disponible (legalmente equiparado con tiempo efectivo; art. 4 de la CLT); el horario nocturno del empleado urbano (art. 73, § 1, de la CLT); el preaviso no trabajado (art. 487, § 1, y 488 de la CLT con la Directriz Jurisprudencial No. 82 de la TST SDI); vacaciones no utilizadas, en caso de quiebra del empleador (art. 148 de la CLT); y el bono de Navidad, entendido como decimotercer salario (Ley 4.090/62; ya que no hay decimotercer mes en el calendario).

²⁹¹ La disposición consolidada no es técnica, ya que CLT no es responsable de la atribución de personalidad jurídica a personas o entidades, materia de disciplina exclusiva del Código Civil.

como empresario, entidades no dotadas de personalidad jurídica²⁹², como la empresa, el grupo empresarial, la quiebra²⁹³ y el consorcio de empresarios rurales.²⁹⁴

El contrato de trabajo, por tanto, tiene como supuestos necesarios los sujetos (fuente de externalización de la voluntad, aunque no se confunda con ella), el lugar y el momento de la ejecución de los servicios. En ausencia de los elementos generales, intrínsecos o extrínsecos, no existe un negocio de empleo jurídico. Todos ellos son, por tanto, elementos necesarios e indispensables para la existencia del acto negociador laboral.

Los **elementos categóricos** son los específicos de cada categoría empresarial. Descendiendo la escala de abstracción antes mencionada, los elementos categóricos están por debajo de los elementos generales. Caracterizan la naturaleza jurídica de cada tipo de negocio jurídico. Estos elementos no resultan de la voluntad de las partes, sino del orden jurídico.²⁹⁵ Los elementos categóricos se dividen en: esenciales o inderogables y naturales o derogables.

Los **elementos categóricos esenciales o inderogables** son aquellos que sirven para definir cada categoría de negocio jurídico, caracterizando, por tanto, su esencia (de ahí la esencialidad).²⁹⁶ Estos elementos no pueden ser eliminados por voluntad de las partes (por lo tanto, son inderogables). Tales elementos, en la escala imaginaria de la abstracción, son particularizadores, distinguiendo un tipo de negociación de todos los demás. Por lo tanto, corresponden a la “*essentialia negotii*”. En el negocio jurídico del empleo, el elemento

²⁹² La ley civil no otorgó estatus legal a los condominios (“edificios de departamentos residenciales”). Algunos adoctrinadores, sin embargo, entienden que la Ley 2.757/56 les habría otorgado personalidad jurídica (Ver: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Lista de. Op. Cit., p. 238). Con el debido respeto, la referida ley solo se ocupa de la responsabilidad de los inquilinos, con la posibilidad de un contrato de trabajo con una pluralidad de empleadores (cada uno respondiendo proporcionalmente por las deudas laborales), figura simétricamente antípoda al llamado “contrato de equipo”, en el que hay un solo empleador y una pluralidad de empleados (resuelto en un paquete de contratos de trabajo individuales).

²⁹³ Al igual que el condominio, la finca concursal tampoco tiene personalidad jurídica (sino sólo capacidad procesal; art. 74 del actual CPC). Así, en caso de mantenimiento de los contratos de trabajo vigentes (art. 449 de la CLT) o contratación superviniente, el empleador sigue siendo el comerciante en quiebra (persona física o jurídica). En ese sentido: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de...** Op. cit., p. 165.

²⁹⁴ Disciplinado en el art. 1º da Ley 10.256/2001, que confirió la redacción del artículo 25-A de la Ley 8.212/91.

²⁹⁵ Es importante señalar que los elementos de categoría no siempre están previstos expresamente en la ley. A menudo, los elementos categóricos resultan de la estructuración y sistematización doctrinal. Cfe. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. Cit., p. 44.

²⁹⁶ Para Pontes De MIRANDA: “Cuando se pone en el soporte fáctico del negocio jurídico, lo que quiere, exactamente la ley estatutaria, cogente o dispositiva (ex lege), se llama a esta doble 'naturale negotii'. La 'naturalia negotii' puede tener efectos que tendría la incidencia de la ley: son superfluencias, explicaciones, que no siempre son excusables, por la posible variación de doctrina o jurisprudencia respecto al texto legal duplicado por 'naturale negotii’”. (Op. Cit., v. 3, p. 66).

categorico o inderogable, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, como se verá más adelante, es la subordinación del trabajo.

Los **elementos categóricos naturales o derogables** son aquellos que, si bien provienen de la naturaleza del negocio (de ahí que sean naturales), pueden ser removidos por voluntad de las partes, sin que, con ello, el negocio cambie su tipo (de ahí que sean derogables). Corresponden a la “*naturalia negotii*”. Si no hubo pacto expreso respecto a la remoción de tales elementos, prevalecerá el contenido naturalmente en el negocio, por disposición legal. En cuanto al contrato de trabajo, los elementos naturales no encuentran su propia sistematización en la legislación laboral. Existe un elemento natural del contrato de trabajo cuando la ley establece una determinada cláusula (natural de la existencia del contrato), que puede ser eliminada por voluntad de las partes. El Estatuto del Trabajo se ocupa del contenido mínimo del contrato, que, evidentemente, no puede, por regla general, ser alejado, debido a la indisponibilidad del sistema de regulación laboral. De hecho, en el negocio del empleo jurídico, los elementos naturales experimentan la necesaria adaptación y deben, en la mayoría de los casos, obedecer a la disciplina delineada por el principio de tutela. Compréndase: algunas cláusulas (previstas por la ley), naturales del tipo contractual, pueden eliminarse, siempre que sean reemplazadas por otras, generalmente más beneficiosas.²⁹⁷

²⁹⁷ La doctrina laboral, en general, escapa providencialmente al problema de los elementos naturales del contrato de trabajo. Son raros los autores que se aventuraron a dar ejemplos de los elementos naturales, al no haber encontrado, en nuestra investigación, quién los sistematizó, haciendo inviable un estudio más profundo. Ejemplos de elementos naturales son: la cláusula que limita la duración máxima del trabajo diario y semanal (art. 7, XIII, de la CR c/c art. 58 de la CLT); la cláusula que imposibilita el pago de un salario inferior al mínimo legal (art. 7, IV, de la CR c/c el art. 76 de la CLT); la cláusula que impide cualquier cambio en el contrato de trabajo (art. 468 de la CLT); la cláusula genérica de contratación por tiempo indefinido (art. 443, § 3, de la CLT); la cláusula que contempla el período de prueba, propia de los contratos de duración determinada (art. 478, § 1, de la CLT); la cláusula que excluye el cálculo del período de ausencia, en los contratos de duración determinada (art. 472, § 2, de la CLT); la cláusula que exime al empleado del descuento salarial, cuando sea consecuencia de su culpa (art. 462, § 1, de la CLT); la cláusula que excluye la imposibilidad - normal - de trasladar al empleado (art. 469, § 1, de la CLT); la cláusula que garantiza a las partes, en los contratos de duración determinada, los efectos propios de ese tipo contractual, cuando se resuelva el contrato (art. 481 de la CLT); la cláusula que estipula el plazo máximo de dos años, en los contratos de duración determinada (art. 445 de la CLT); la cláusula que define el interregno máximo de la pausa intralaboral para hombres adultos (art. 71 de la CLT) y para los más jóvenes (art. 411 de la CLT); la cláusula presuntiva de que el empleado se obligaba a cualquier servicio compatible con su condición personal (art. 456, párrafo único, de la CLT); la cláusula que determina la suspensión del contrato de trabajo, cuando el trabajador es elegido dirigente sindical (art. 543, § 3, de la CLT); la cláusula que asegura el pago de comisiones y porcentajes mensualmente, al final de cada mes, al empleado de ventas, viajero o pracista (art. 4, párrafo único, de la Ley 3.207/57; sin embargo, observando el límite trimestral); la cláusula que asegura la limitación del salario ajustado como retribución exclusiva por el trabajo realizado, en los contratos que tengan por objeto la investigación o la actividad inventiva (art. 88, § 1, de la Ley 9.279/96); la cláusula que asegure la propiedad común, a partes iguales, de la invención o del modelo de utilidad desarrollado por el empleado, resultante de la vinculación al contrato de trabajo, cuando resulte del aporte personal del empleado y de los recursos del empleador (art. 91, “caput”, de la Ley 9.279 / 96). En la jurisprudencia consolidada también hay un ejemplo de elemento natural: la cláusula que impide la coexistencia

Posteriormente surgen **elementos particulares o accidentales**, que se fijan en el acto de negociación por voluntad de las partes, existiendo sin pertenecer a todos o algunos tipos de negocios. Son de fundamental importancia cuando el negocio jurídico entra en el plan de efectividad, ya que modifican la vigencia normal del contrato de trabajo. A través de los elementos privados, las partes pueden eliminar la “cláusula legal” de indeterminación del contrato en cuanto al plazo (elemento natural, como se ve), transformando el contrato estándar en un contrato de duración determinada. Los elementos particulares se distinguen de los categóricos en que siempre son voluntarios (opcionales) y, por tanto, en número indeterminado. Son llamados “*accidentalia negotii*”.²⁹⁸ Los elementos accidentales que son relevantes para el presente estudio son la condición y el término.

La **condición** subordina la efectividad del negocio jurídico a un evento futuro e incierto (art. 121 de la CCB). Los requisitos de la condición son: voluntariedad, futuridad e incertidumbre.²⁹⁹ En el contrato de trabajo pueden establecerse condiciones que alteren la normal vigencia del contrato. Por el principio de tutela, no es permisible el pacto posterior del elemento accidental, ya que la determinación del término constituye una situación menos beneficiosa para el empleado y, por lo tanto, debe ajustarse la condición “*ab initio*”.³⁰⁰ La condición puede ser inicial (suspensiva), cuando impide o retrasa la producción de efectos del negocio hasta su advenimiento, o final (resolutiva), cuando extingue los efectos del negocio que se estaba ejecutando. También existen condiciones legales, que son fijadas a la ley de empleo por el sistema legal. Si se implementan, independientemente de la voluntad de las

de más de un contrato de trabajo, cuando se verifica la prestación de servicios a más de una empresa del mismo grupo económico, durante la misma jornada laboral. (de acuerdo con el Precedente 129 del TST).

²⁹⁸ Según Pontes de MIRANDA: “*Todas las 'accidentalia negotii' son marginales del tipo legal: no lo dejan como se concibió en el texto legal; ponen algo a su lado, ya sea en la continuación o en lugar de las reglas legales dispositivas. Lo que está prohibido hacer con 'accidentalia negotii' es ir en contra de las actuales normas legales impositivas o prohibitivas. Donde se imponga o prohíba, la voluntad manifestada iría en contra de la ley; yendo en contra de la ley, sujeto a sanción legal o al negocio jurídico. El campo apropiado de "accidentalia negotii" es el de la autorregulación de la voluntad (donde solo hay regla legal dispositiva + donde no hay regla jurídica)*” (Op. cit., v. 3, p. 66; traducido).

²⁹⁹ Cfe. VELOSO, Zeno. **Condição, termo e encargo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21.

³⁰⁰ En el derecho contractual común es posible pactar una condición superviniente al negocio jurídico, como sostiene Pontes de MIRANDA (Op. Cit., v. 3, p. 19).

partes, operan la suspensión de la vigencia normal del contrato. El artículo 121 del Código Civil, sin embargo, no considera que tales cláusulas legales sean condiciones verdaderas.³⁰¹

A su vez, el **término** subordina la efectividad del negocio a un evento futuro y cierto. Requisitos del término: futuridad y la certeza del evento.³⁰² Al igual que la condición, el plazo no puede estipularse después del inicio de la ejecución contractual, con respecto al principio de tutela. Aun así, el término puede ser inicial (suspensivo) o final (resolutivo). El término final o resolutivo puede ser cierto o incierto.³⁰³

Después de un análisis preciso del negocio jurídico del empleo, no se verifica una preocupación efectiva en la dogmática tradicional sobre la forma en que el trabajador debe ser tratado en la relación laboral subordinada. Es precisamente en el objeto del contrato de trabajo donde, junto con las prestaciones principales de las partes, debería aparecer la incidencia del valor de la dignidad humana. La prohibición del acoso moral, por tanto, se derivaría de la forma en que se concibió la prestación principal de las partes. Sin embargo, esto no es lo que se ve en la doctrina dominante, ya que aparece solo en la sistematización científica, como un deber accesorio, el “deber de urbanidad”, que además de expresar un sentido amplio y dotado de cierta subjetividad, está muy lejos de la idea de dignidad humana, con un “status” de valor humano fundamental.

1.4.3 La subordinación como elemento categórico inderogable

³⁰¹ Ejemplos de condiciones legales que suspenden la efectividad del negocio jurídico laboral: (a) el ejercicio del poder público (art. 472 de la CLT); (b) el ejercicio de un mandato sindical (art. 543, § 2, de la CLT); (c) subsidio por enfermedad (art. 476 de la CLT); (d) jubilación por invalidez (artículo 475 de la CLT); (e) la huelga (art. 7 de la Ley 7.783/89); (f) suspensión por participación del empleado en un curso o programa de calificación profesional ofrecido por el empleador (art. 476-A de la CLT); (g) la falta grave (art. 494 de la CLT).

³⁰² Cfe. VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 83.

³⁰³ Los más comunes, en el contrato de trabajo, son los términos resolutivos, constituyendo ejemplos: de término incierto, el contrato de cosecha (artículo 14 de la Ley 5.889/73) y el contrato de trabajo por obra cierta (Ley 2.959/56); y por término cierto, el contrato de trabajo marítimo (art. 13 del Decreto 5.798/40), el contrato de trabajo temporal (Ley 6.019/74), el contrato de experiencia (art. 442, § 2º, del CLT), el contrato de técnico extranjero (Dl. 691/69), el contrato de deportista de fútbol profesional (Ley 6.354/76), el contrato de aprendizaje (art. 429 del CLT) y el “nuevo” contrato de trabajo por plazo determinado (Ley 9.601/98).

Para la doctrina dominante, es precisamente en los elementos categóricos esenciales donde reside la diferenciación del acto laboral de empleo con los demás negocios jurídicos, típicos o atípicos.

Los elementos categóricos esenciales o inderogables no resultan de la voluntad de las partes, sino del ordenamiento jurídico, entendido como ley, doctrina y jurisprudencia. Tienen el alcance principal de definir la categoría de negocio jurídico, caracterizando, por tanto, su esencia. Evidentemente, no pueden ser alejados por voluntad de las partes.³⁰⁴

Según la doctrina mayoritaria, con evidente sustento en la ley (artículo 3 de la Consolidación de las Leyes Laborales), existen elementos categóricos sustanciales del contrato de trabajo: **personalidad** (“individual”), **no eventualidad** o **habitualidad** (“noeventual”), **percepción del salario** (“por un salario”)³⁰⁵ y subordinación jerárquica o legal (“dependencia”).

De todos estos elementos, sin embargo, solo uno distingue y particulariza el contrato de trabajo, la **subordinación jerárquica o jurídica**, que caracteriza al negocio del empleo legal, como lo propugna José Martins Catharino.³⁰⁶⁻³⁰⁷

Por tanto, la subordinación está incorporada en el elemento categórico objetivo e inderogable³⁰⁸ del negocio jurídico laboral. El trabajo (o más bien, “la voluntad exteriorizada

³⁰⁴ Vide: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. Cit., p. 40 a 50.

³⁰⁵ Parte de la doctrina, en evidente incomprensión de la unilateralidad, alude a la expresión “onerosidad”. Sin embargo, la onerosidad, especialmente en el contrato de trabajo, es siempre bilateral, caracterizándose no solo por el pago de salarios, sino principalmente por el gasto de energía humana, lo que le da al Derecho Laboral su peculiar trascendentalidad.

³⁰⁶ CATHARINO, José Martins. **Compêndio...** Op. Cit., v. 1. p. 198 a 214.

³⁰⁷ Entendiendo que la subordinación jurídica o jerárquica como el elemento característico del contrato de trabajo, véase en: RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de...** Op. Cit., p. 54; LAMARCA, Antonio. Op. Cit., p. 103; MAGANO, Octavio Bueno. Op. Cit., p. 53; PINTO, José Augusto Rodrigues **Curso de direito individual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 114 a 116; MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Op. Cit., p. 224; PEREIRA, Adilson Bassalho. Op. Cit., p. 38 a 42; SANSEVERINO, Luisa Riva. Op. Cit., p. 44; FERRARI, Francisco de. **Derecho del trabajo**. Buenos aires: Palma, 1968. v. 1. p. 309 a 324); DELL’OLIO, Matteo. **I soggetti e l’oggetto del rapporto di lavoro**. Torino: UTET, 1986. p. 10 a 13); GUERRERO, Euquerio. **Manual de derecho del trabajo**. 5. ed. México: Porrúa, 1971. p. 45 a 48); D’EUFEMIA, Giuseppe. Op. Cit., p. 38 a 41; CAMERLYNCK, G. H. **Traité de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1968. p. 50 a 52.

³⁰⁸ El contrato de trabajo es un negocio jurídico causal, por lo que su elemento categórico es objetivo y no formal. La subordinación se encuentra en el objeto (contenido) del contrato.

de trabajar”), por sí solo, no constituye un elemento categórico, sino un objeto parcial del contrato.

La subordinación no puede ser eliminada por las partes, formal o sustancialmente. Esto significa, para la doctrina mayoritaria, que un contrato de trabajo no puede contener una cláusula, expresa o tácita, que libere al empleado de cumplir órdenes, o de que se detenga sus servicios (hetero) determinados³⁰⁹ por el empleador, o ser inspeccionado, o incluso sufrir sanciones (por faltas), ya que, en tales casos, las partes habrían quitado el elemento categórico del contrato de trabajo, aunque lo nominen como tal. Así, la voluntad declarada por las partes sufriría una conversión sustancial natural³¹⁰ para establecer otro acto jurídico (muy probablemente el contrato de arrendamiento de servicios). Evidentemente, tal situación sería muy poco probable, en la realidad. Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena³¹¹, sin embargo, el concepto de subordinación debe extraerse y fijarse objetivamente.

Asimismo, la calidad de los sujetos intervinientes no tiene la capacidad de remover el elemento categórico inderogable del negocio jurídico laboral. Aunque el polo subordinado de la relación laboral jurídica sea el Estado, no habrá exclusión del elemento caracterizador,

³⁰⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual...** Op. Cit., p. 15.

³¹⁰ La conversión es un principio fundamental que protege el negocio jurídico. A través de ella, tanto el legislador como el intérprete deben buscar, en cualquiera de los tres planes jurídico, preservar la mayor cantidad posible del acto de negociación realizado por las partes. Este principio es la consecuencia necesaria del hecho de que el ordenamiento jurídico, al admitir la categoría de negocio jurídico, está reconociendo implícitamente la utilidad concreta del acto negociador. A nivel de existencia, es fundamental que los elementos generales estén presentes en el negocio, para poder considerarlo como un acto negociador. Si el negocio existe, pero carece de un elemento categórico inderogable, el ordenamiento jurídico abre la posibilidad, para el intérprete, de convertir el negocio original en un negocio de otro tipo, mediante el uso de los elementos presentes. Se trata de la “conversión sustancial”, que es siempre un fenómeno calificativo, lo que conduce a una nueva calificación. Carlos Alberto da Mota PINTO enseña: “*No se trata de proteger a las partes, en oposición a la autonomía privada, ya que se debe tener en cuenta el sentido de la voluntad de las partes y sus representaciones sobre sus respectivos intereses. Es cierto que esto no es, aquí como en la reducción, de una interpretación de una investigación, de una voluntad empírica como en la realidad psicológica, pero es como una “colaboración” del ordenamiento jurídico con la voluntad de las partes, en el sentido de dar expresión a una voluntad potencial, si no se anula, ampliando así el campo de acción de la autonomía privada*” (Op. cit., p. 630). En el plan de la validez, José Luis de LOS MOZOS señala: “*La conversión es el medio legal en virtud del cual un negocio nulo se salva de la nulidad convirtiéndose en otro distinto que sustente al primero en la medida de lo posible, salvaguardando con esto el límite perseguido por las partes.*” (In: **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 372). Vide, también: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. Cit., 76 a 82; BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra, 1970. v. 3. p. 78 a 93; SCONAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico**. Napoli: Dott, 1950. p. 362 a 365; SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 362 a 365.

³¹¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação...** Op. Cit., p. 473 a 474.

siempre que, por supuesto, se pacte la relación contractual y no estatutaria.³¹² Significa, por tanto, que la subordinación en los contratos con el Estado es absolutamente la misma que se encuentra en los contratos en los que aparecen exclusivamente partes privadas.

Cabe señalar que los otros tres “elementos” (personal, remuneración y la no eventualidad) pueden aparecer en contratos similares al empleo, en los que hay prestación de servicios, como por ejemplo en el contrato de obra y el contrato de arrendamiento de servicios.

Una vez trasladada la calificación de Antônio de Junqueira Azevedo a Derecho Laboral, con las adaptaciones necesarias a las peculiaridades de esta rama del Derecho y a las especificidades de las relaciones laborales, se verifica que, dados los elementos generales previstos en el artículo 104 del el Código Civil (agente, objeto y forma) y el elemento categórico inderogable (subordinación jurídica o jerárquica) el negocio jurídico laboral (o de empleo) existe y se materializa, es decir, transita por el plan de existencia como categoría contractual autónoma.

A modo de síntesis, por lo tanto, se considera por consenso lógico que, dados los elementos enumerados anteriormente, uno siempre se encontrará ante un contrato de trabajo y nunca un arrendamiento de servicios, contrato o cualquier otro contrato de trabajo “lato sensu”, visto que, estos poseen elementos categóricos inderogables distintos del contrato de trabajo.

De ahí es absolutamente innecesario que el legislador mencione que tal contrato no constituirá un contrato de trabajo (o relación). Ahora bien, si los elementos categóricos inderogables de los contratos son diferentes, no hay ninguna razón lógica para que el legislador establezca lo obvio: un contrato no es el otro. Es impensable, por ejemplo, que el Código Civil,

³¹² Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA pontifica: “*En el caso de que el Estado venga a componer la relación, como empresario, no deja de ser privada y empresarial. Para que esto suceda, es decir, para que se convierta en naturaleza pública, sería indispensable dejar de ser una relación de negociación jurídica, portadora en todas las fases y elementos de su composición de los actos-hechos que la componen y definen. El cambio no se produce en la naturaleza de la relación cuando el Estado es un empleador. Esto es lo que el ordenamiento jurídico atribuye a una capacidad distinta a la del derecho público. [...] En los actos comerciales comunes, el Estado es igual a las personas de Derecho Privado. Especialmente en relaciones de trabajo libre, en nombre de otros, de forma subordinada*” (In: **O contrato de trabalho com o estado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 97; traducido). Así, los servicios que pueden ser prestados por los servidores públicos “estatutarios” (cargos públicos), también pueden, en teoría, ser provistos en un paquete de negociación laboral (empleos públicos), máximo al considerar la Enmienda Constitucional nº 19/98 (en el sentido contrario, sin embargo, la Directriz jurisprudencial 164 del TST SDI, que considera inexistente el vínculo laboral del oficial de justicia “ad hoc”).

al enumerar los contratos nombrados, al final de cada grupo de reglas concernientes a cada contrato, haga referencia a que el contrato regido en ese capítulo difiere de los anteriores.³¹³

Sigue siendo evidente, por tanto, en muchos aspectos, una cierta artificialidad de la dogmática hegemónica, a pesar de su notable esfuerzo en la construcción teórico-jurídica del contrato de trabajo. Respecto al acoso moral laboral, el objeto de la presente investigación, el “olvido” de la dignidad de la persona humana como valor fundamental, por la doctrina mayoritaria, ya indica el intento de crear un modelo contractual aséptico - “puro” -, eliminando el valor esencial de la dignidad de la persona humana para restringir la práctica de tal conducta.

1.4.4 El artificialismo de la construcción hegemónica.

Retomando lo examinado hasta ahora, la estructuración normativa del trabajo subordinado se ha ido forjando a lo largo de la historia, desde la Antigüedad hasta la actualidad, siempre con una notoria preponderancia del sujeto subordinante sobre el sujeto subordinado. Al principio, en una situación sumamente perversa frente al trabajador, que ni siquiera era considerado legalmente una persona, para reconocerlo paulatinamente como sujeto de algunos derechos.

La doctrina hegemónica, mediante esquemas teóricos, intentó inicialmente explicar el hecho social (trabajo subordinado) a partir de las teorías civilistas existentes (las llamadas “teorías civilistas”), abstrayendo, sin embargo, la subordinación como elemento relevante, equiparando los sujetos de relación, en total desprecio por la persona del sujeto subordinado; no tuvo éxito, lo que derivó en la construcción de nuevas teorías (las denominadas laborales),

³¹³ Así, por ejemplo, pecan por técnica o impropiedad: art. 90 de la Ley 5.764/71 (al estipular que “*no hay vínculo laboral*” entre la sociedad cooperativa y sus socios); art. 1º de la Ley 4.886/65 (al disponer que la representación comercial autónoma tendrá lugar “*sin relación laboral*”); la Ley 8.949, que adicionó el párrafo único al artículo 442 de la CLT (excluyendo la posibilidad de un vínculo entre la sociedad cooperativa y los asociados - situación ya contemplada en la Ley 5.764/71 - y entre “*estos y los prestatarios de esta*”); el artículo 2º de la Ley 8.955/94 (que conceptualiza el contrato de franquicia empresarial o “*franquicia*”, sin que “*se caracterice una relación laboral*”); y el artículo 1º, párrafo único, de la Ley 9.608/98 (al disponer que “*el voluntariado no genera vínculos laborales*”). Por cierto, la negación (que, en psicoanálisis, a menudo significa encubrir la afirmación) del legislador es sintomática, especialmente en relación con las sociedades cooperativas, de fácil distorsión en la realidad práctica, porque, en un régimen económico capitalista declarado como el nuestro, son “empresas anticapitalistas”, en la definición de GALGANO, Francesco. **Las instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, estado y classes sociales.** Barcelona: Ariel, 1990. p. 207 a 219.

que tuvieron en cuenta la subordinación, asegurando los derechos, con el fin de garantizar la paridad entre las partes .

También era necesario construir un modelo contractual típico, diferente a los demás, basados en el concepto subjetivo de subordinación, que, igualmente, no permitía condiciones de igualdad material entre los contratistas.

En pleno apogeo de la ficción jurídica, la doctrina imperante llega a manifestar, en relación al objeto del contrato de trabajo, que los dos deseos expresados por las partes “*se unifican en la visión social de un solo enunciado, que legalmente será un solo hecho legal*”³¹⁴, lo que correspondería a aceptar que, cuando las voluntades del empleado y del empleador se encuentran y se acoplan, formarían **una** única declaración de negociación, existiendo socialmente una única obligación principal para **ambas partes** (el deber/derecho-de-trabajar-y-recibir-salario), compitiendo (ambas) para asegurar el pleno cumplimiento de esta obligación. Esta es una evidente distorsión de la realidad práctica.

Así, cuando se menciona la “artificialidad” no se trata simplemente de criticar o censurar la sistematización doctrinal de los elementos que estructuran el negocio jurídico laboral (o contrato laboral). No hay problema en estudiar esta relación de trabajo, realizando depuraciones técnicas, incluyendo los elementos reales en estructuras y categorías lógico-formales, especialmente con fines didácticos o propedéuticos.

El Derecho Laboral se basa en el supuesto de la apropiación del trabajo ajeno, lo que lo convierte, por tanto, en un “derecho contractual especial” que permite la apropiación del trabajo humano. Así, según Rafael Gómez Gordillo, el Derecho Laboral permite la disposición del tiempo por otro ser humano, la transmisión de ese tiempo a otro ser humano, la compra de tiempo propio y también la acumulación de riqueza.³¹⁵

La crítica surge porque no hay preocupación de la doctrina mayoritaria o tradicional, por regla general, por la persona del trabajador y la necesidad de un trato digno, como, efectivamente, lo estipula la Constitución brasileña. Este análisis, con atención a la “persona

³¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., p. 22.

³¹⁵ GOMEZ GORDILLO, Rafael. **Aulas proferidas no “curso fundamentos críticos: los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad – VIII. Edición”**. Dias 22 e 23 de janeiro de 2018. Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.

trabajadora”, está completamente excluido del estudio de la estructura del negocio del empleo; es como si no fuera parte del contrato.

Las "compensaciones" al trabajador, derivadas de la intervención del principio de tutela, con la consagración de los derechos laborales, en un intento de equilibrar el contrato, cuando no demuestren derechos meramente formales (derechos que nunca serán efectivamente implementados, tales como, por ejemplo, cogestión³¹⁶), conectan con el tema exclusivamente patrimonial, es decir, el trabajador, cuando se viola una norma laboral, pasa a tener una “compensación” pecuniaria (de orden patrimonial). Nada modifica el trato que se le da al trabajador, que sigue siendo considerado como una persona "sin dignidad" o "de segunda categoría".

El tipo de subordinación aceptado por la doctrina hegemónica no deja lugar a dudas sobre la sujeción personal (y no funcional) del trabajador - incluso en la llamada subordinación por algoritmos -, acentuando su creciente pérdida de subjetividad. Y, en esta medida, el asedio ni siquiera puede ser visto como algo irregular, ilegal o ilícito, ya que solo constituye una de las formas - “natural” - en que el empleador podría tratar al trabajador. Así, el acoso en el trabajo se naturaliza, haciéndolo “legalmente invisible”.

Por tanto, la artificialidad de la construcción mayoritaria es evidente, ya que no se basa en la premisa básica de la dignidad real de la persona humana.

Es fundamental, en esta línea de razonamiento, la idea de constitucionalizar el contrato de trabajo o una reinterpretación del contrato de trabajo subordinado desde una lógica de derechos humanos.

Es imposible categorizar e interpretar el trabajo subordinado dentro de arquetipos formales que desconocen la dignidad del ser humano. Es importante recordar que el trabajador (sujeto subordinado) no abdica de su condición humana (y, por tanto, “lleva siempre su dignidad”) antes, durante y después de la firma de un contrato de trabajo. Es una condición inherente a su existencia; y estos aspectos conviene destacarse en el estudio de la estructura jurídica dogmática del contrato de trabajo.

³¹⁶ La Constitución Federal dispone, sin mi art. 7, XI, como derecho de los trabajadores: “*participación en ganancias, o resultados, ajenos a la remuneración y, excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, según lo definido por la ley*”(traducido).

El desarrollo histórico normativo del trabajo subordinado acaba naturalizando y legitimando el acoso moral, con la opción de la doctrina hegemónica (y arrastrando la jurisprudencia) por la consagración de la subordinación subjetiva.

El contrato de trabajo, que genera acoso moral, no puede sustraerse a la investigación mediante una concepción crítica y emancipadora de los derechos humanos. La relación laboral subordinada no puede ser excluida de la vigencia de los derechos humanos, tal como lo establece el ordenamiento jurídico por la Constitución.

Así pues, es necesario visibilizar el acoso moral laboral, a través del estudio de su estática (elementos estructurantes) y su dinámica (efectos), así como el intento de confrontar este comportamiento social con los paradigmas legales existentes, con el propósito de investigar si el derecho positivo, como consecuencia de un proceso cultural, permite la protección efectiva de los trabajadores.

2 LA VISIBILIZACIÓN DEL FENÓMENO DE ACOSO MORAL LABORAL Y LA INSUFICIENCIA DEL PROCESO CULTURAL REGULADOR

En la parte introductoria, fue narrado un caso específico, en el que los trabajadores de una institución financiera que regresaban del período de licencia laboral respaldada por la Seguridad Social, debido a una enfermedad laboral, sufrieron acoso moral, con el objetivo de ser excluidos, definitivamente, del personal de la empresa. La dificultad inicial para enfrentar la referida situación, radica en el hecho de categorizar esta situación como algo irregular o antijurídico, ya que una primera mirada parece revelar que nos enfrentamos a una prerrogativa del empleador, que – naturalmente – proviene de su poder de mando. Como se puede constatar, la principal dificultad consiste en la propia visualización (por parte de los empleados, por los sindicatos, por la propia empresa, por el Estado - incluido allí el Poder Judicial - y por todos, en general) del fenómeno del acoso moral como algo perjudicial (y antijurídico) antes de su aceptación como un comportamiento común del empresario, debido a un proceso de naturalización. Como bien señala Christophe Dejours, es indispensable que en primer lugar se tome conciencia del "sufrimiento en el trabajo".³¹⁷

El acoso laboral es un fenómeno social cada vez más denunciado en la actualidad, siendo considerado típico de la sociedad contemporánea. El acoso, no se limita a una región, a un lugar específico o a una actividad económica específica, sino que constituye un problema de magnitud global y que impregna varios momentos de la vida, y se puede detectar en la familia, la escuela, el barrio, las relaciones sociales, las instituciones religiosas, los espacios políticos (asambleas parlamentarias) y el trabajo.³¹⁸

³¹⁷ En: **A banalização da insutiça social**. Río de Janeiro, FGV Editora, 1999, 1er ed., p. 17.

³¹⁸ Márcia Novaes GUEDES nos ofrece ejemplos de acoso en la familia, en la escuela y en el trabajo, "*in litteris*": "*En la familia, los niños no se salvan de la violencia psicológica. Muchas veces, por rechazar al infante y no tener el coraje de matarlo de verdad, el sujeto malvado lo atormenta con castigos exagerados, humillaciones y todo tipo de depreciación moral, hasta que la destruye psicológicamente. Paralelamente a la acción de los perversos que sólo pretenden destruir la individualidad del otro, existen familias en las que el límite entre generaciones no está claro, gobernando un clima enfermizo, dominado por miradas equívocas, toques fortuitos, alusiones sexuales, configurando una situación de completa trivialización de la sexualidad. [...] El asedio moral invade el mundo de la educación formal, expandiéndose en el interior de las instituciones públicas y privadas, y ocurre tanto entre los empleados como entre profesores y estudiantes. ¿Quién ha visto alguna vez a un maestro descalificar, humillar e intimidar a un estudiante repetidamente hasta el punto de bloquear su desarrollo intelectual y hacerlo abandonar la escuela?*" (En: GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 20; traducido).

Por lo tanto, no es un fenómeno exclusivo del mundo del trabajo. Aunque sea este tipo de acoso que interesa en la presente tesis.³¹⁹

Sólo desde la visualización de este fenómeno social podemos pensar medios para la prevención y represión de esta práctica que aqueja a la clase trabajadora. Por lo tanto, es imprescindible, en un primer momento, desvendar el velo que naturaliza este comportamiento, desde el examen de su estática, precisamente como hace el investigador en un laboratorio, un análisis "in vitro" del fenómeno inerte (perquiriendo los orígenes, el concepto, la etimología, los elementos y la morfología), y a partir de ahí, desentrañar su dinámica (investigando las formas de exteriorización, sus fases, los efectos en la salud de los trabajadores, así como la correlación con las ciencias afines).

Ante toda evidencia, el acoso laboral es un producto de la cultura, porque deriva de un proceso cultural, razón por la cual, en un segundo momento, se torna necesario investigar los procesos culturales y sus especies, así como si existen procesos culturales que permitan reprimir esta práctica empresarial tan perjudicial para el colectivo de trabajadores, con énfasis en el estudio del derecho como proceso cultural regulador. Del mismo modo, es necesario examinar si el derecho positivo (internacional y nacional), como producto cultural, es suficiente para la prevención y la represión de esta práctica.

2.1 Revelando el acoso moral laboral en su estática

³¹⁹ Es importante destacar que la presente investigación sólo tiene como objeto de análisis el acoso moral en el entorno laboral (es decir, en el contexto de una relación laboral de poder-sujeción). No se desconoce la existencia del acoso en otros contextos, que pueden ser constatados en los siguientes artículos: formas de acoso presentes en la política institucional (MAGALHÃES, Marion Brepohl. **Ascensão política e figuras do assédio na política institucional**: Assédio moral. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006. p. 83 a 106); prácticas del acoso vigentes en el universo del poder y la exclusión social de las favelas (ENRIQUEZ, Eugène; CARRETEIRO, Teresa. **Pensando as favelas no Rio de Janeiro**: deficiência do estado e poder de assédio: assédio moral. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006. p. 185 a 200); el acoso moral en el universo intelectual y literario (BRESCHIANI, Stella. O poder de sedução dos textos: o assédio pelas imagens e representações. ENRIQUEZ, Eugène; CARRETEIRO, Teresa. Op. Cit., p. 157 a 184)

El acoso laboral o el acoso laboral no puede considerarse un fenómeno reciente. De hecho, actual es su estudio, ya que su práctica es tan antigua como el origen mismo del trabajo.³²⁰

La investigación sobre el asedio moral, antes de su examen en las relaciones humanas, inició en la Biología, con los estudios del austriaco Konrad Zacharias Lorenz.³²¹⁻³²²

Más tarde, en la década de 1960, el médico sueco Peter-Paul Heinemann desarrolló una investigación, en la que analizaba el comportamiento de los niños reunidos en grupos dentro del ambiente escolar. Los resultados de la investigación fueron muy similares a los obtenidos por Lorenz, y se reconoció la misma tendencia de los animales en los niños, con respecto a demostrar hostilidad hacia otro niño que "invadiera" su espacio.³²³

³²⁰ HÁDASSA, Dolores; FERREIRA, Bonilha. **Asédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russell, 2004. p. 35.

³²¹ En relación con Konrad Lorenz, HÁDASSA y FERREIRA informan: "*Analizando la conducta de determinados animales de porte físico pequeño, cuando se enfrentan a invasiones de territorio por otros animales, el investigador notó un comportamiento peculiar del grupo, especialmente cuando estaba frente a un animal más grande. Llamó su atención el comportamiento agresivo desarrollado por todo el grupo, que trató de expulsar al invasor solitario con intimidación y actitudes agresivas colectivas. A esta conducta del grupo animal, Lorenz llamó 'mobbing', término inglés que traduce la idea de una turba o multitud ruidosa*". (Ibidem, p. 38; traducido).

³²² Lorenz descubrió que varios de los patrones más importantes de comportamiento animal (el tradicionalmente denominado instintivo), eran innatos, fijos e instintivo (sin poder ser explicados de manera comportamental), ni modificados o eliminados por el medio ambiente, por más de que este fuese manipulado. Utilizó como modelo una observación de otro etólogo, Wallace Craig, que había descrito cómo una paloma macho lejos de la hembra corteja una paloma de peluche (un pedazo de tela e incluso esquina vacía de su jaula). Según el científico austriaco, el comportamiento del ser humano es fundamentalmente similar al de los otros animales y está sujeto a las mismas leyes causales de la naturaleza, y el criterio para determinar si un cierto patrón de comportamiento es innato es que sea evidenciado en todos los individuos normales de la especie; es lo que ocurre, entre otros, con "comportamiento agresivo". La idea nuclear de la tesis de Lorenz es que el ser humano tiene el impulso innato de "comportamiento agresivo" en relación con la propia especie. El autor también señala que este impulso no generaría mucho daño, como ocurre con animales de la misma especie, no sería, pero en el caso de los humanos, por dos problemas: (a) los seres humanos poseen armas que multiplican su poder ofensivo (la evolución tecnológica permite el acceso a armas artificiales, rompiendo el equilibrio natural entre el potencial mortal y la inhibición); (b) no hay, en la especie humana (como con otros animales normalmente menos agresivos), respeto al gesto de sumisión hecho por el perdedor; por estas razones, el ser humano es el único animal que mata dentro de su propia especie. Para él, sin embargo, explicar nuestro comportamiento por causas naturales no necesariamente excluye o afecta nuestra "dignidad" o nuestra escala de valores, ni demuestra que no somos libres. Al revés, según Lorenz, el creciente conocimiento de los seres humanos aumenta el poder del autocontrol y basa nuestra voluntad en bases sólidas, de forma que, cuanto más comprendamos las causas materiales de nuestra agresión, más hábiles seremos para tomar medidas racionales para controlarla. Lorenz hace hincapié en: "*El autoconocimiento es el primer paso hacia la salvación*". Cfe. COBRA, Rubem Queiroz, en el sitio web <<http://www.cobra.pages.nom.br/ecp-lorenz.html>>. (último acceso a: 8 de julio de 2020).

³²³ Consonante HÁDASSA y FERREIRA, la investigación desarrollada por Heinemann fue pionera en detectar el acoso moral en las relaciones humanas. (Op. Cit., p. 39).

Sólo en la década de 1980³²⁴, más precisamente en 1984, el científico (nacido en Alemania pero sueco naturalizado) Heinz Leymann publicó, en un artículo científico, el resultado de una encuesta de la Junta Nacional de Seguridad y Salud Ocupacional en Stokolm, demostrando las consecuencias del mobbing en la esfera neuropsicista de los trabajadores sometidos a comportamientos humillantes por parte de sus superiores o sus colegas.³²⁵

Sin embargo, es en la década de 1990, con la publicación del libro "Acoso Moral"³²⁶ por la psiquiatra, psicoanalista y experta en victimología francesa Marie-France Hirigoyen cuando los estudios sobre el acoso moral en el ámbito jurídico florece. Aunque esta obra no tiene carácter jurídico, es a partir de ella cuando los estudiosos de derecho empezaron a pensar en las consecuencias del acoso moral que se produce en el ambiente laboral³²⁷. Al mismo

³²⁴ Antes, sin embargo, Brodsky, C.M., en 1976, había publicado la obra "**The harassed worker**" (Lexington: Lexington Books), que fue el primero en tratar el "mobbing" en el ambiente laboral. El autor no fue capaz de diferenciar en lo que ahora se denomina "mobbing" y otros asuntos (como accidentes de trabajo, estrés resultante del trabajo pesado, contaminación química en el lugar de trabajo, etc.), también entender que el trabajador estresado fue víctima de su propia ausencia de poder, algo que de hecho no es, en absoluto, absurdo. (LEYMANNHeinz. Disponible en: <<http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>>. Último acceso en: 08 Julio de 2020).

³²⁵ Marcia Novaes GUEDES refiere: "*Los estudios de Leymann se desarrollaron sobretudo en Suecia, donde emigra de Alemania a mediados de la década de 1950, y evidencian que en un año el 3,5% de los trabajadores, de una población económicamente activa de 4,4 millones de personas, sufrieron persecución moral por un periodo superior a 15 meses. Leymann estableció que, para caracterizar la acción como 'mobbing', era necesario que las humillaciones se repitieran por el al menos una vez a la semana y tuvieran una duración mínima de 6 (seis) meses, o al menos dos meses, ejemplo de lo 'quick mobbing'. A esta violencia llamó 'psicoterrorismo', pasando a cuidar el diagnóstico y la cura de las víctimas de 'mobbing', dando luz a una nueva fase para la Victimología. [...]. Fue a partir de los estudios de Leymann que empezaron a aparecer las primeras estadísticas sobre violencia psicológica en el trabajo en Europa. Una primera encuesta, realizada en 1998, muestra que al menos el 8,2% de los trabajadores europeos empleados sufren violencia psicológica de diversos tipos en el lugar de trabajo. Entre los países encuestados, Gran Bretaña destaca en primer lugar, con el 16,3% de los trabajadores maltratados psicológicamente. En segundo lugar, Suecia, con un 10,2%, Francia con un 9,9% y Alemania, con un 7,3%. Italia contabilizó sólo el 4,4%". (Op. Cit., p. 25; traducido).*

³²⁶ HIRIGOYEN, Mari-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 3. Ed. Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

³²⁷ En Brasil, la reflexión y el debate sobre el tema han crecido en la última década, habiendo ganado fuerza después de la difusión de la investigación brasileña llevada a cabo por la Dra. Margarida Barreto, médica del trabajo. El acoso moral laboral fue objeto de su tesis de maestría em Psicología Social, defendido en mayo de 2000 en PUC/SP, bajo el título "Una jornada de humillaciones". La autora definió el fenómeno como: "*La exposición de los trabajadores a humillantes y vergonzosas, repetitivas y prolongadas durante la jornada laboral y en el ejercicio de sus funciones, siendo más comunes en las relaciones jerárquicas autoritarias y asimétricas, en las que predominan las conductas negativas, relaciones largas inhumanas y de larga duración, de uno o más jefes dirigido a uno o más subordinados, desestabilizando la relación de la víctima con el ambiente de trabajo de la organización, obligándolo a renunciar al empleo.* (BARRETO, Margarida. **Uma jornada de humilhações**. Disertación (máster). Psicología Social. Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Sao Paulo. 2000.) El primer artículo sobre la investigación brasileña fue publicado en Folha de São Paulo, el 25 de noviembre de 2000, en la columna de Mónica Bér gamo (BÉRGAMO, Monica. Folha de São Paulo. 25 de noviembre. 2000. Disponible en: <www.assediomoral.org>. Acceso: 15 de enero. 2008).

tiempo, el psicoanalista francés Christophe Dejours también analizó el asedio moral, pero desde la perspectiva de la "psicodinámica del trabajo", que investiga los mecanismos de defensa de los trabajadores ante situaciones que causan sufrimiento resultante de la organización del trabajo.³²⁸

Para que se pueda visualizar el fenómeno del acoso, en su estática, es esencial mirar el concepto (y su estructura lingüística), las especies y la tipología del acoso.

Por lo tanto, es necesario establecer una noción inicial del fenómeno.

2.1.1 Concepto y origen etimológico del acoso moral

Para Heinz Leymann, el acoso moral o psicoterrorismo en el trabajo implica una comunicación hostil y poco ética, que está dirigida sistemáticamente a uno o más individuos.³²⁹ En la obra ya considerada un clásico en el tema, Marie-France Hirigoyen³³⁰ define el acoso moral en el trabajo como:

Cualquier conducta abusiva, manifestada sobre todo por comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos que puedan causar daños a la personalidad, dignidad o integridad física o psíquica de una persona, ponen en peligro su empleo o degradan el entorno laboral.³³¹

³²⁸ Con las obras: **Souffrance en France** - La banalisation de l'injustice sociale, éditions du Seuil, 1998 (versión brasileña: **A banalização da injustiça social**. Río de Janeiro: FGV Editora, 1999, 1er ed.); **Psicodinâmica do trabalho**: contribuições da escola djouriana à análise da relação de prazer, sofrimento e trabalho. São Paulo: Atlas, Ed. 1994; **O fator humano**. Río de Janeiro: FGV Editora, 1997.

³²⁹ "Psychological terror or mobbing in working life involves hostile and unethical communication which is directed in a systematic manner by one or more individuals, mainly toward one individual, who, due to mobbing, is pushed into a helpless and defenseless position and held there by means of continuing mobbing activities. These actions occur on a very frequent basis (statistical definition: at least once a week) and over a long period of time (statistical definition: at least six months' duration). Because of the high frequency and long duration of hostile behavior, this maltreatment results in considerable mental, psychosomatic and social misery." (LEYMANN, Heinz. Disponible en: <<http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>>. Último acceso en: 07 Julio 2020).

³³⁰ HIRIGOYEN, Mari-France. Op.. Cit.. p. 65.

³³¹ "Toute conduite abusive se manifestant notamment par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits, pouvant porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, afin de mettre en péril l'emploi de celle-ci ou dégrader le climat de travail". (HIRIGOYEN, Mari-France. Apud BRÉARD, Richard; PASTOR, Pierre. **Harcèlements**: les réponses. Paris: Liaisons, 2002. p. 19).

En lengua española, aunque existe la palabra "*asedio*", es la palabra "*acoso*" la que aporta el significado más cercano a la idea del acoso moral³³², teniendo por significado "*persecución*" u "*hostigamiento*".³³³ El verbo "*acosar*" significa perseguir a una persona o animal sin permitirle descansar, recogerlo o quitarlo o incluso dirigirlo o hacerle a alguien³³⁴ repetidas peticiones, preguntas u otras cosas pesadas o incómodas.³³⁵ Aunque en los trabajos de referencia analizados, no se hayan encontrado fechas probables en las que las palabras "*asedio*" y "*acoso*" habrían entrado en la lengua española, a lo que se puede concluir que dichos términos sólo entraron al castellano después de la Edad Media.³³⁶

La palabra "*asedio*", en lengua portuguesa, denota insistencia impertinente, persecución, sugerencia o pretensión constante hacia alguien. El origen etimológico de la palabra es controvertido, pero probablemente³³⁷ deriva de "*absedius*" (que significa sede, asiento, lugar) u "*obsidium*", lo que significa (cerco, trampa, acoso). Algunos dicen que la palabra fue insertada en portugués a través del italiano "*assedio*", en el siglo XIII, a través del latín vulgar "*adsedium*" por "*obsidium*", derivado de "*obsidere*" (para estar antes; para oponerse; no para apartarse). Es curioso señalar, sin embargo, que la palabra "*asedio*" sólo fue incluida en la lengua portuguesa en 1679, teniendo como significados: [a] establecer el cerco para imponer la sujeción a un cierto espacio territorial; sitiarse rodear; [b] seguir adelante con las propuestas; sugerir con insistencia; ser inoportuno al tratar de conseguir algo; molestar; [c] acercarse repentina o inesperadamente.³³⁸⁻³³⁹

³³² En este sentido: CABARCOS, Maria. López; RODRÍGUEZ, P. Vázquez. **Mobbing**. Madrid: Ediciones pirámide, 2005 p. 49.

³³³ **DICCIONARIO Larousse**. 1. Ed. São Paulo: Larousse, 2006. p. 6 y 28.

³³⁴ La palabra "*acosar*" proviene del latín "*insector*" (insisto), que significa "*seguir, perseguir escarnizadamente, atacar, censurar, volver en contra, no dejar vivir*". **Diccionario de latín**. Barcelona: Larousse, 2006. p. 251.

³³⁵ MOLINER, Maria. **Diccionario de uso del español**. 2. ed. Madrid: Gredos, 1998. p. 42.

³³⁶ Una vez que tales palabras no están incluidas en el **Diccionario de Castellano Antiguo** (TUÑÓN, Manuel Gutiérrez. **Diccionario de castellano antiguo**: léxico español medieval y del siglo de oro. Madrid: Alfonsópolis, 2002. p. 16 y 49).

³³⁷ **HOUAISS DICCIONARIO de la lengua portuguesa**. Río de Janeiro: Objetivo, 2001, p. 319.

³³⁸ Según el "Diccionario de la Lengua Portuguesa", publicado por la Academia de Ciencias de Lisboa, fechado en 1793. (*idem*, p. 319).

³³⁹ Otra curiosidad lingüística, en el portugués - sintomática de los efectos del acoso - es que la palabra "*asedio*" tiene por homónimo imperfecto (palabra con idéntica forma fónica, pero con diferentes ortografía y significados) la palabra "*acédio*", teniendo la misma acepción de "*acédia*", que significa: [a] el debilitamiento de la voluntad; inercia, tibieza, pereza; [b] melancolía profunda; [c] trastorno mental caracterizado por apatía, melancolía y

El verbo "*harceler*", que existe desde 1493 en lengua francesa, denota la práctica del acoso y el sustantivo "*harcèlement*", conocido desde 1632, constituye el acoso en sí mismo.³⁴⁰

En el idioma inglés, el acoso o psicoterrorismo encontró varios términos para su designación:³⁴¹ "*harassment*", "*stalking*", "*intimidation*", "*mistreatment*", "*mobbing*", "*bullying*", "*employee abuse*" e "*bossing*".³⁴²

Es sorprendente señalar, además, en esta investigación semántica de la palabra "acoso" en varios idiomas, que la lengua italiana ha elegido, de manera preponderante, la *palabra inglesa "mobbing"*,³⁴³ siendo poco encontrada, en las obras especializadas, la expresión "*terrore psicologico*".³⁴⁴⁻³⁴⁵

descuido; [d] abulia espiritual en cuanto al ejercicio de las virtudes, especialmente en al culto y la comunicación con Dios. De origen etimológico griego (akedia), es decir, negligencia, indiferencia o dolor. (*Ibidem*, p. 48).

³⁴⁰ BIRMAN, Joel. **O assédio em questão: assédio moral**. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006. p. 48.

³⁴¹ Tal particularidad del idioma inglés (en comparación con los otros idiomas investigados) no pasó desapercibido por Genevieve KOUBI, al hacer referencia a: "*sin embargo, nos vemos forzados a señalar que en este asunto el idioma inglés se revela más sensible a las resonancias civiles y políticas planteadas por el sintagma harcèlement*". (En: **Variáveis da noção de assédio: assédio moral**. Uberlândia: editar. Universidad Federal de Uberlândia, 2006. p. 17; traducido).

³⁴² Las palabras citadas hasta hace poco no poseen ningún significado jurídico, como se puede constatar en el **JOWITT'S Dictionary of English Law**. 2. ed. Londres: Sweet e Maxwell Limited, 1977, pp. 242, 263, 890, 1194 y 1690.

³⁴³ Vide: PARODI, Cesare. **Mobbing**. Milano: Il Sore 24 Ore, 2003; EGE, Harald. **La valutazione peritale del danno da mobbing**. Milano: Giuffrè, 2002; DE LUISE, Emma. **Il mobbing**. Napoli: Esselibri-Simone, 2003; FRASCHERIA, Cinzia. **Mobbing: guida all'á tutela**. Roma: Lavoro, 2003; IL MOBBING. **Rivista bimestrale Diritto e Pratica del Lavoro Oro**, Milano, n. 3, maio/jun. 2002; DI MARTINO, Vittorio; DE SANTIS, Roberto. **Mobbing: la violenza al lavoro**. Troina: Oasi Editrice, 2003; BONA, Marco; MONATERI, Píer Giuseppe; OLIVA, Umberto. **La responsabilit  civile nel mobbing**. Milano: IPSOA, 2002.

³⁴⁴ "*Se pure   vero che il concetto di Mobbing   gi  entrato a far parte del vocabolario della lingua italiana, nel campo contempo   allo stesso modo vero che a tutt'oggi non ne   stata ancora data una definizione giuridicamente apprezzabile, ossia corretta e certa sotto i vari profili del danno causato dal Mobbing.*" (*Ibidem*, p. 13).

³⁴⁵ Importante, en este respecto, la definición de acoso moral por Cos  L. FIGLIOLI, experto italiano en el campo: "*Il mobbing   comunemente definito come una forma di molestia o violenza psicologica, ripetuta in modo iterativo, con modalit  polimorfe, con caratteri di intenzionalit , per un tempo determinato, arbitrariamente stabilito in sei mesi ma con ampia variabilit  dipendente dalle modalit  e dalla struttura di personalit  dei soggetti. La violenza morale   esercitata mediante attacchi contro la persona del lavoratore, il lavoro svolto, la funzione lavorativa ricoperta e, infine, lo status del lavoratore, da un singolo, generalmente un superiore o, pi  raramente, da un grupo di colleghi. La persona del lavoratore viene continuamente umiliata, offesa, isolata e ridicolizzata anche per quanto riguarda la vita privata, il suo lavoro deprezzato, continuamente criticato o addirittura sabotato, il ruolo declassato e il suo lavoro svuotato di contenuti e privato degli strumenti (síndrome della scrivania vuota), le capacit  messe in discussione. Infine, sono esercitate continue azioni sanzionatorie, spesso pretestuose, mediante uso eccessivo di visite fiscali o di idoneit , di contestazioni disciplinari, di trasferimenti in sedi lontane, di rifiuto di permessi e o ferie e trasferimenti*". (In: **Definizione della nozione nel campo clinico-epidemiologico: atti del covengo la tutela giuridica del lavoratore nei casi di mobbing**. Milano, 10 oct. 2000).

Geneviève Koubi ³⁴⁶ señala que la noción de asedio es ambigua, porque el análisis del hecho (asedio) sigue siendo aleatorio, ya que muchas veces el asedio no es manifiesto u ostentoso, sino sutil, casi imperceptible para terceros. Ella sostiene que la palabra asedio no dice nada sobre sí misma, ya que sólo gana sentido a través de los adjetivos que la agregan. Es por ello que el significado del término varía, transformándose en virtud de los contextos de su enunciación, por lo que su aprehensión y tratamiento difieren según los lugares, formas, causas y efectos de su realización.³⁴⁷

Por lo tanto, es la calificación (o calidad) del acoso lo que indicará quién es el asediador, cuál es la motivación (o motivaciones) del acosador y los efectos del acoso.

Joel Birman³⁴⁸ afirma que en los tiempos actuales el término acoso se ha inflado de una manera no mensurada, y el mismo funcionamiento de esta lógica inflacionaria es que disciplina su uso discursivo, provocando así una evidente imprecisión en el campo semántico de la palabra acoso, de modo que el sentido ahora enfocado se convierte en existencia efímera y sin límites bien definidos. Se torna difícil determinar el significado y el concepto de acoso, si casi todo, en los tiempos actuales, puede llamarse acoso, proponiendo al referido autor, con el fin de superar la paradoja entre la inflación del significante del acoso y la (supuesta) imprecisión del campo semántico de la palabra acoso, el uso de los instrumentos, de forma sucesiva³⁴⁹: el "juego del lenguaje", enunciado por Wittgenstein, con el fin de considerar las prácticas lingüísticas presentes en el imaginario social para la construcción del concepto de acoso; y el "juego de la verdad", según Foucault, para que los juegos lingüísticos sean productores de la verdad en el

³⁴⁶ KOUBI, Genevieve. Op. Cit., p. 15.

³⁴⁷ *"Las variables de la noción de acoso son, por lo tanto, aquellas que el vocabulario jurídico intenta disimular. Estas variables representan toda una gama de distinciones que traduce una vez más la exigencia de la transdisciplinaria propia de las ciencias sociales – entendiendo que el derecho positivo de ninguna manera inmoviliza la ciencia jurídica. Son constantes y puntuales. Se refieren, por ejemplo, a las modalidades y propósitos o al alcance e intensidad del acoso; ciertamente estos datos no son medibles con la ayuda de criterios objetivos, seguros y definitivos, ya que inducen a consideraciones subjetivas que evalúan la humillación derivada de la ofensa experimentada, el estado psicológico de los asediados, juzgan la patología de los asediadores, denuncian la intencionalidad del gesto y la perversidad de la postura, el alcance de la acción y la gravedad de sus maniobras. Las formas, modalidades, motivaciones y consecuencias del acoso son complejas y dispares; difícil de ser aprehendidas, porque dependen tanto de los contextos, de las circunstancias del tiempo y del lugar, así como del entorno social, económico o político, porque, innegablemente, la degradación de las relaciones sociales no puede ser un hecho de un solo individuo: participa en un sistema, de una configuración general de las relaciones sociales, de una visión del vínculo social reconstruido en torno a la competencia, la concurrencia."* (Ibídem, p. 17; traducido).

³⁴⁸ BIRMAN, Joel. Op. Cit., p. 45.

³⁴⁹ *Ibídem*, p. 46.

espacio social (son las condiciones concretas de posibilidad para las nuevas formas de subjetivación que se difunden en los agentes sociales).

De hecho, del imaginario social surgen, naturalmente, los calificativos "sexual" y "moral", que se incorporarán a la palabra acoso. En ambos, el uso (generalmente ostentoso) de la jerarquía funcional es una referencia común, aunque las consecuencias psíquicas también son similares, ya que generalmente implican la desestabilización de la identidad y la pérdida de signos de seguridad de los trabajadores (depresión severa y destrucción de su imagen y autoestima).³⁵⁰

Originalmente, sin embargo, la palabra acoso tenía connotaciones políticas o militares (de defensa), siendo un significante que cristalizó en un campo semántico centrado en estrategias de dominio político y prácticas de guerra. Posteriormente, en el paso del siglo XVIII al XIX, el vocablo adquirió significados de registro moral o psíquico, y también asumió un significado negativo.³⁵¹⁻³⁵²

El acoso es moral porque representa una forma de presión psicológica o una modalidad de dominación, que se traduce en vergüenza moral o psíquica, ya que no actúa directamente sobre el cuerpo (físico) del trabajador, sino más bien sobre su espíritu.³⁵³

Interesante notar que el acoso moral implica una paradoja. Por un lado, destruye el vínculo social; por otro, promueve la solidaridad civil.³⁵⁴

³⁵⁰ “[...] *la escena del acoso termina convirtiendo al personaje en una condición de parálisis mental imposibilidad de actuar, en la medida en que sus reacciones sean vaciadas de cualquier significado por los demás participantes de la trama. No hay reconocimiento de los demás por lo que experimenta la persona en cuestión, que ya no sabe cuál es el límite entre lo que imagina y lo que es real. Como resultado, no es raro que crea que se está enloqueciendo, ya que las razones de la persecución que experimenta no son evidentes. El colapso psíquico, en resumen, es el mayor resultado de esta inquietante experiencia*”. (Ibíd., p. 50; traducido).

³⁵¹ *Ibíd.*, p. 51 a 56.

³⁵² Nelly FERREIRA explica que el acoso tiene una connotación negativa. “*In litteris*”: “[...] *Pero no se trata de ninguna manifestación del poder de la dominación. Es un modo negativo de este poder; la noción de acoso contiene una connotación negativa porque indica una situación irregular: el acoso es una forma de abuso de poder. Induce un sentido negativo, es decir, la sumisión de la persona a ataques incesantes, a tormentos. Representa efectivamente una situación de sumisión, humillación del individuo y, por lo tanto, de falta de respeto al derecho. No es un término neutral, tiene, por el contrario, un sentido peyorativo, es decir, el uso irregular de la presión psicológica: no induce ningún tipo de presión, sino a una forma específica que revela una idea de ataque, una vergüenza negativa e ilegal. Se trata de causar sufrimiento moral a la persona. Estos términos diferentes (ataque, tormento, sufrimiento) son frecuentemente asociados al acoso con el propósito de explicar, interpretar, completar esta noción, un poco vaga. Pero todo el mundo tiene un significado negativo: el acoso aparece como un comportamiento que no es beneficioso para el individuo*”. (En: **Direito público e assédio**: abuso de poder e coreção: assédio moral. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006. p. 116).

³⁵³ *Idem*.

³⁵⁴ KOUBI, Geneviève. Op. Cit., p. 29.

En el mundo del trabajo, el acoso moral se convierte en un instrumento del empleador/capitalista en la búsqueda de la consecución de su propósito económico (obtener más beneficios, más poder, más influencia o más proyección en la sociedad). La connotación política/militar original se incorpora fácilmente al ámbito económico ejercido por el empleador. Por ello se debe reconocer que el acoso también tiene un carácter "estructural" y "funcional" dentro del sistema económico, ya que el acoso se estructura en las entrañas del sistema capitalista (alcanzando su cúspide en la globalización del capitalismo especulativo) y tiene la clara función de preservar el propio sistema (*mantenimiento del "satus quo"*), con la "perpetuación de las relaciones asimétricas de poder".³⁵⁵

Ramón Gimeno Lahoz³⁵⁶ sugiere utilizar el término "presión laboral tendenciosa" en lugar de acoso moral. Para él, el "mobbing" consiste en la "presión tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración"³⁵⁷⁻³⁵⁸.

De hecho, el acoso moral en el trabajo puede conceptualizarse³⁵⁹ como una conducta (comportamiento o conjunto de comportamientos)³⁶⁰ abusiva (perversa), que puede expresarse mediante diversas formas de devaluación del ser humano, de manera sistemática y frecuente³⁶¹,

³⁵⁵ THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo. Ed. LTR, 2008, p. 26.

³⁵⁶ LAHOZ, Ramón Gimeno. **La presión laboral tendenciosa**. 1. Ed. Valladolid: Lex Nova, 2005, p. 69 a 122.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 81.

³⁵⁸ Es absolutamente criticable, sin embargo, la expresión "denigración", porque evidencia, aunque inconscientemente, el "racismo estructural" naturalizado en el lenguaje. A propósito, el autor, al tratar con el tema "denigración" x "tratamiento degradante", aunque se refiere a una "óptica puramente gramatical", no hace ningún comentario sobre la cuestión racial (*Ibidem*, p. 91-92), mencionando, además, que "la denigración debe entenderse como vejación", que consiste en el "elemento nuclear del mobbing" (*Ibidem*, p. 92).

³⁵⁹ Richard BRÉARD e Pierre PASTOR proporcionan el concepto de acoso moral elaborado por la Asociación "Mots pour Max au Travail": "ensemble de conduites ou d'agissements infligeant sur le lieu de travail, de façon durable, répétitive et/ou systématique par une ou des personnes à une autre personne, par tous les moyens relatifs aux relations, à l'organisation, aux contenus ou aux conditions de travail en les détournant de leur finalité, manifestant ainsi une intention consciente ou inconsciente de nuire ou d'exclure." (Op. Cit., p. 19).

³⁶⁰ Hay una diferencia entre "comportamiento" y "actitud". Según José Osnir FIORELLI, Maria José FIORELLI y Marcos Julio Olivé MALHADAS JUNIOR: "El comportamiento es observable por terceros; está en el campo de la práctica; la actitud constituye una disposición mental, que puede o no realizarse mediante la emisión de un comportamiento". En: **Assédio moral**. Sao Paulo. LTR, 2007, p. 32 (traducido).

³⁶¹ Es común que el acoso se configure con una serie de actos repetidos, evidenciando la intención perversa del empleador de una práctica reiterada, sistemática y una conducta abusiva. Sin embargo, en algunos casos, es posible que el acoso moral pueda ser caracterizado por una única conducta, aparentemente legal, pero evidencia de la intención de excluir al empleado de la empresa. Esta situación ocurrió con una trabajadora que, tras quedar embarazada (y por tanto ya no podía ser despedida, debido a su garantía temporal de empleo) fue trasladada a otra ciudad desde la que prestaba servicios. Aunque en su contrato de trabajo se preveía la posibilidad de transferencia (según lo dispuesto en el artículo 469, § 1º de la CLT), el empleador tenía la intención notoria de que la mujer embarazada, sin posibilidad de soportar la desagradable situación de tener que trabajar fuera de su casa, en ese

normalmente practicada por el empleador/capitalista o por su representante³⁶², como instrumento de actividad económica, en un contexto de sumisión (jerarquía), dirigido a un empleado (o grupo de empleados), con el notorio fin de desestabilizar la salud psíquica del trabajador, para que produzca más o para que sea anulado o excluido del mundo del trabajo³⁶³, con el fin de considerarlo un ser humano de segunda categoría, sin derecho, por lo tanto, al pleno ejercicio de su dignidad.³⁶⁴

Establecido como punto de partida, un concepto inicial basado en el origen etimológico de la palabra "acoso", indispensable, por lo tanto, demarcar lo que no está abordando ese concepto, sin constituir así el objeto de nuestro estudio.

2.1.2 Delimitación negativa del fenómeno

Por lo tanto, es necesaria la delimitación negativa del fenómeno social, es decir, lo que no puede considerarse acoso moral en el ámbito laboral.³⁶⁵

momento de mayor vulnerabilidad, renunciara al empleo, exonerando así a la empresa de la carga "inconveniente" de mantener a una trabajadora embarazada en sus cuadros.

³⁶² En raras ocasiones, el acoso moral puede ser practicado por trabajadores de la misma jerarquía o incluso jerarquía inferior, como se verá a continuación.

³⁶³ Es cierto que, en muchos casos, el empleador tiene como objetivo excluir al trabajador (o grupo de trabajadores) de la empresa (como en la situación narrada en la introducción). Pero la incoherencia de este propósito no descaracteriza el acoso. Algunas situaciones demuestran que el acoso puede ocurrir como una simple representación de la maldad humana, deseando al asediador, incluso, que la persona asediada permanezca en la empresa, para permitir, permanentemente, el ejercicio de su dominio sádico (en una especie de "parasitismo enfermo"). Sin embargo, el tipo de acoso que más nos interesa, en nuestro estudio, es que el empleador busca constantemente una mayor productividad y ganancias.

³⁶⁴ Como se ha visto, la definición propuesta de acoso, para ser integral e incluir un mayor número de situaciones, trae algunos problemas, a saber: (a) el concepto es demasiado genérico, especialmente en los países de la familia romano-germánica, lo que hace que el legislador se vuelva refractario a la inclusión de un tipo jurídico tan genérico; (b) la intensidad y propósito de los actos tomados como acoso dependen del análisis subjetivo (lo que trae la pregunta sobre que la línea divisoria entre la gestión de una empresa y los actos que caracterizan el acoso).

³⁶⁵ Geneviève KOUBI hace una distinción interesante entre el asedio moral y el asedio psicológico: *"El calificativo conduce a discernir el efecto del asedio, su alcance y consecuencias, especialmente sobre la salud mental que es la más afectada. Entre el asedio moral y el acoso psicológico, la frontera es tenue. Por muy cercanas que estén, estas dos características no se refieren a los mismos datos con respecto a la reacción del individuo asediado, porque, en un caso, lo desestabiliza socialmente y, en el otro, lo desequilibra personalmente. Nos fuerzan a pensar en el estado de ánimo de los asediados y también del asediador, porque la coerción moral no es de la misma naturaleza de la violencia psicológica"*. (Op. Cit., p. 25).

El **acoso sexual**, tan mencionado en la actualidad, no se confunde con la moral, aunque, es cierto que puede haber una relación o conexión entre ambos. Como se mencionó anteriormente, ambos se basan en la existencia del elemento jerárquico, es decir, una relación asimétrica de poder-subordinación y la idea de cerco o persecución.³⁶⁶

En la modalidad sexual de acoso, la intención del asediador es dominar a la víctima para obtener una satisfacción o ventaja de carácter sexual, con el objetivo de dominarla, generalmente mediante chantaje.³⁶⁷

Para Rodolfo Pamplona Filho³⁶⁸, la diferencia esencial entre ambas modalidades radicaría en el ámbito de los intereses protegidos, ya que el acoso sexual atentaría directamente contra la libertad sexual del individuo, mientras que el acoso moral atentaría contra la dignidad psíquica del ser humano. Se entiende, sin embargo, que la diferencia no está ahí, ya que en ambas situaciones hay violación de la dignidad psíquica del ser humano.

En nuestro estudio, sólo estamos interesados en el acoso sexual practicado en el ambiente de trabajo o en el contexto de una relación laboral de subordinación al poder. De hecho, la intención sexual o libidinosa del asediador no será más que una de las formas en que se lleva a cabo o comete el acoso.

Así, el acoso sexual llevado a cabo como consecuencia de una relación laboral es una forma de externalización del propio acoso moral, en la modalidad vertical descendente, con un serio agravante, plasmado en la intención de subyugar sexualmente a la víctima.

Normalmente, el acoso de cuño sexual tiene como víctima a las mujeres, debido al patriarcalismo estructural³⁶⁹, lo que, por supuesto, no impide que ocurra en relación con los hombres (en ambos casos, independientemente del comportamiento del acosador), sino que siempre reproduce la estructura social patriarcal del poder. Entre las normas internacionales destinadas a frenar la violencia sexual, son relevantes los Convenios 111 y 190 de la OIT, cuyo objetivo es eliminar las prácticas discriminatorias también basadas en el sexo. En muchos

³⁶⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acceso: 14 de enero. 2008.

³⁶⁷ GUEDES, Marcia Novaes. Op. Cit., p. 40.

³⁶⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit.

³⁶⁹ El "patriarcalismo estructural" debe entenderse como un conjunto de medidas y prácticas conscientes (o no) con el objetivo de discriminar institucionalmente a las mujeres (como la explotación, la marginación y exclusión). Sobre el patriarcado, indispensable: HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados**: Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

países, ya existen leyes que prohíben e incluso penalizan penalmente la práctica del acoso sexual.³⁷⁰

En relación con otras especies similares, para la doctrina tradicional³⁷¹, algunas figuras que no constituyen acoso, se analizan a continuación.

El "**ejercicio abusivo del poder de mando del empleador**" se produce cuando el empresario ejerce abusivamente su prerrogativa para dirigir la actividad económica, tomando decisiones que causan daño a los trabajadores en otros aspectos de la relación laboral. Consiste en el ejercicio del poder directivo, con sesgo abusivo, perjudicial para los subordinados. Según la doctrina, para ser considerado acoso laboral es esencial la intención de causar daño. No obstante, no se comparte tal entendimiento, porque, presente el abuso del poder patronal, presumiblemente ya estaríamos en el campo del acoso laboral.

Las "**prácticas tiranas de gestión empresarial**" son diferentes de la figura anterior, debido al grado, porque el empleador además de abusar de sus facultades directivas, convierte el entorno de trabajo en un entorno tóxico, hostil y deshumanizado. Del mismo modo, entendemos, contrariamente a la doctrina tradicional, que este tipo de situaciones caracterizan el acoso, haciendo innecesario demostrar intencionalidad, porque las "formas tiránicas" de tratamiento no son compatibles con el Estado social y el mundo civilizado.³⁷²

La "**gestión por injuria**" consiste en un comportamiento despótico del empleador, que somete a sus subordinados a una gran presión, tratándolos violentamente, a través de injurias. En este caso, de la misma forma, es extremadamente difícil no considerar situaciones como el acoso moral laboral, y he aquí que el tratamiento por injurias que también está en el campo del psicoterrorismo laboral.

El "**conflicto laboral**" evidencia una disputa abierta, no oculta, en la que las partes pueden expresar sus diferencias, y puede ser positivo cuando actúa como una forma de

³⁷⁰ En Brasil, la Ley 10.224, de 18 de mayo de 2001, introdujo en el Código Penal art. 216-A, que convierte el acoso sexual en un delito punible con detención de 1 a 2 años. El concepto de acoso sexual fue adoptado como chantaje. "*In litteris*": "Art. 216-A. Avergonzar a alguien con la intención de obtener ventaja o favor sexual, prevaleciéndose de su condición superior jerárquica o de ascendencia inherentes al ejercicio del empleo, la posición o la función. Pena - detención, de uno (1) a 2 (dos) años". En 2009, el fue incluido por la Ley 12.015 o § 2º: "La pena se incrementa hasta en un tercio si la víctima tiene menos de 18 (dieciocho) años".

³⁷¹ Vide: CORREA CARRASCO, Manuel (Coord.). **Acoso moral en el trabajo**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. p. 66 a 72; NAVARRO NIETO, Federico. Op. Cit. p. 43 a 45; HIRIGOYEN, Mari-France. **Mal-estar no trabalho**: redefiniendo o assédio moral. 3. Ed. Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.19 a 36.

³⁷² En el derecho penal existe la figura jurídica del "dolo eventual", cuando el agente de la delincuencia no quiere el resultado, pero conociendo el riesgo, aun así, practica la conducta, asumiendo el riesgo. Tal figura puede ser utilizada por analogía en estos casos. Aunque el empleador no tiene intención de causar daño psíquico al trabajador (lo cual es muy dudoso), desde el momento en que adopta una "gestión tiránica", está asumiendo el riesgo de ver el acoso configurado.

reorganización y permite la resolución del problema original. La figura proporciona una noción de conflicto abierto (no camuflado) y paridad – la idea de horizontalidad – entre las partes en el conflicto, en lugar del acoso que a menudo se manifiesta de una manera oculta, clandestina, disimulada, subrepticia, además de revelar una relación de poder asimétrica, con dominación – idea de verticalidad.

Las "**agresiones puntuales**" constituyen un acto agresivo aislado, o algunos actos agresivos dispersos o pulverizados durante un período contractual prolongado. No caracterizan, por sí mismos, el acoso moral, porque los seres humanos no tienen una linealidad de comportamiento, y es posible que se produzcan actos específicos de agresividad, sin que ocurra la caracterización del acoso moral.

Las denominadas "**otras formas de violencia**" abarcan tres especies: "**actos de violencia cometidos por terceros**"- clientes, por ejemplo - "**violencia física**" y "**violencia sexual**". En un primer examen, los actos de violencia cometidos por personas ajenas a la relación laboral no caracterizarían el acoso laboral, ya que el empleador, por regla general, no es responsable de un acto de terceros; sin embargo, incluso es posible responsabilizar al empleador cuando, en ciertas actividades de riesgo comprobado, el empleador sistemáticamente no proporciona seguridad a la integridad física y/o moral de sus trabajadores, con la intención inequívoca de perjudicarlos. Por otro lado, la "violencia física" y la "sexual" por sí solas, no llenarían el concepto de acoso; sin embargo, como se ha visto, pueden ocurrir en un contexto de acoso laboral.

El "**estrés profesional**" consiste en un agente estresante y la reacción del organismo, siendo comúnmente conocido como resultado de las malas condiciones de trabajo, que no necesariamente serían impuestas por el empleador. En realidad, el estrés puede consistir en una fase de acoso, aunque no se pueda confundir con el acoso, según la doctrina dominante, porque la intención está ausente.

Las "**malas condiciones de trabajo**", de la misma manera, pueden convertirse en acoso cuando se verifica la intención del empresario. Dependiendo del grado de pésimas condiciones, incluso es posible asumir que está presente el elemento anímico o intencional.

Las "**imposiciones profesionales**" consisten en la existencia de "metas y objetivos" a cumplir, así como la existencia de "evaluaciones". No caracterizan el acoso, y es necesario investigar las verdaderas intenciones del empleador, o por supuesto, cuando las metas o evaluaciones son abusivas o inalcanzables, la intención de perjuicio ya se demostraría y, por lo tanto, el supuesto de acoso quedaría formalmente configurado.

Se concluye, sobre la base de las contribuciones doctrinales tradicionales³⁷³, por lo tanto, que la distinción entre estas diversas figuras descritas anteriormente y el acoso moral laboral se basa en el elemento anímico o teleológico, ya que, cuando no hay intención del empleador de causar daño psíquico al trabajador, no estaríamos en presencia de un supuesto de acoso.

Sin embargo, hasta cierto punto, tales distinciones parecen artificiales, porque, como se verá, basta con que el elemento anímico o teleológico se encuentre objetivado en las conductas del acoso moral (pudiendo deducirse de los hechos), para que la prueba de la intención subjetiva del empleador de causar daño se vuelve prescindible.

Por lo tanto, sólo es necesario que la conducta del empresario sea capaz de lesionar bienes jurídicos - daño psíquico o psicossomático - dentro de un estándar medio de urbanidad, civilidad o razonabilidad, aceptable en una sociedad contemporánea, independientemente de que sea comprobado su espíritu subjetivo y el daño efectivo (desde la perspectiva de la víctima). Está claro que, en los tiempos actuales, con el aumento de las conductas y prácticas fascistas e inhumanas³⁷⁴, tanto en el ámbito privado como en el público, la noción de lo que es aceptable para la sociedad termina afectando en gran medida el concepto de acoso en el lugar de trabajo.

Dibujadas las balizas negativas del acoso, se pasa a explorar los elementos constitutivos del acoso laboral.

2.1.3 Elementos del acoso laboral

³⁷³ Vide: CORREA CARRASCO, Manuel. Op. Cit., p. 66 a 72; NAVARRO NIETO, Federico. Op. Cit., p. 43 a 45; HIRIGOYEN, Mari-France. **Mal-estar...** Op. cit., p.19 a 36.

³⁷⁴ Es innegable que el aumento de la llamada "derecha radical", al menos a partir de 2015, en todo el mundo, hizo que resurgiera el temor del apareamiento de gobiernos fascistas, recordando la década de 1930. En 2018, ocho países de la Unión Europea (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Italia, Polonia, Hungría y Eslovaquia) fueron gobernados por partidos de extrema derecha, nacionalistas y xenófobos, sin embargo, en Francia, Italia y Alemania (hasta entonces consideradas una excepción), los partidos de extrema derecha alcanzaron notoriedad. Por no hablar, por supuesto, de la administración de Trump en los Estados Unidos, de Theresa May (y Boris Johnson, en secuencia) en el Reino Unido (con el "Brexit") y Bolsonaro, en Brasil. Vide: LÖWY, Michael. **Conservadorismo e extrema-direita na europa e no brasil**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015, p. 652-663; TRAVERSO, Enzo. **Do fascismo ao pós-fascismo**. Disponível em <<https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/download/26801/23504>>.

Teniendo en cuenta la definición de acoso moral expuesto previamente, se pueden extraer los siguientes elementos de acoso³⁷⁵: el objetivo, el teleológico, el organizativo y el subjetivo.

El **elemento objetivo** se refiere al propio objeto de acoso. Y por lo tanto, la conducta típica. Así, se caracteriza por una conducta agresora, que puede adoptar las más variadas formas de expresión, asumiendo la pérdida de respeto por el trabajador.

La conducta puede ser tanto comisiva (en la que el agente practica el acto a través de una acción), como omisiva (cuando el agente practica el acto por medio de una omisión).

En cualquier caso, se trata de una conducta negativa que, por regla general, no puede describirse por un solo acto, ya que el acoso puede asumir formas inimaginables a medida que avanzan las relaciones sociales.³⁷⁶ Existen dos variables, interdependientes entre sí, que deben integrar la conducta típica del acoso moral: "repetición y persistencia en el tiempo" (es un proceso³⁷⁷ que envuelve ataques sistemáticos y repetidos, persistiendo en un cierto interregno temporal)³⁷⁸; y el "potencial nocivo" (la conducta ejercida por el asediador debe ser susceptible de causar daño a la salud psicofísica del trabajador, no constituyendo algo indispensable para la caracterización del acoso la existencia efectiva del daño – desde la perspectiva de la víctima – que debe influir solamente en la cuantificación de la indemnización).

³⁷⁵ Se utiliza, en este aspecto: CORREA CARRASCO, Manuel. Op. Cit., p. 53 a 66; NAVARRO NIETO, Federico. Op. Cit., p. 31 a 43.

³⁷⁶ Tal preocupación es importante, incluso para un futuro eventual conceptualización legal. Consonante a esto, enseña Manuel CORREA CARRASCO: *"Quizás la técnica de la enumeración pudiera considerarse más satisfactoria, en términos de certeza jurídica, pues proporcionaría al operador jurídico un cuadro de conductas típicas lo suficientemente claro e ilustrativo para valorar la existencia o no de acoso. Sin embargo, la técnica de la enumeración de las conductas típicas no se cohonestan con la complejidad de un fenómeno que adquiere diferentes formas de expresión en función del contexto organizativo en el que se desarrolle. Por lo tanto, toda enumeración, con independencia de su grado de detalle, debe considerarse necesariamente incompleta y, por tanto, con un valor meramente enunciativo, sin pretensiones de exhaustividad. Por otra parte, desde un punto de vista formal, una configuración de la conducta típica en tales términos introduciría en la delimitación conceptual un contenido excesivamente prolijo, algo impropio de la construcción jurídica e incompatible con el carácter sintético de toda definición. En conclusión, la disyuntiva planteada habría que resolverla decantándose por la utilización de un término genérico y carácter omnicompreensivo, eludiendo así, por disfuncional, todo ensayo descriptivo."* (Ibidem, p. 55).

³⁷⁷ La noción de "proceso", como una cadena de actos, con el objetivo de alcanzar un fin, es fundamental para entender la dinámica del fenómeno.

³⁷⁸ Manuel CORREA CARRASCO enseña: *"Este dato es especialmente importante porque revela la existencia de un plan preconcebido y, en última instancia, de una intencionalidad dañina que, como elemento estructural del acoso, tiene la virtualidad de proporcionar una especie de 'unidad de sentido' al conjunto de actos aislados y dispersos, a veces, anodinos, que se llevan a cabo durante un determinado lapso de tiempo: el que determina la duración del proceso de acoso."* (Ibidem, p. 56).

Si bien existe casi unanimidad en cuanto a la necesidad de un cierto desdoblamiento temporal, no debe establecerse un período mínimo, «*a priori*», sin el cual no se podría caracterizar³⁷⁹ el acoso. Esto se debe a que el mayor o menor lapso de tiempo dependerá de las circunstancias personales y contextuales en las que se desarrollará el proceso de acoso, así como de la diversidad de la intensidad de los ataques sufridos por el trabajador.³⁸⁰

Con relación al daño (efectivo), aunque se entienda su presencia necesaria (pues forma parte del elemento objetivo), la doctrina mayoritaria también considera que el daño está “*in re ipsa*”, desencadenando, por lo tanto, automáticamente, la conducta ilícita.³⁸¹ Esto se debe a que constituye una especie de daño extra-patrimonial (o moral), en el que es prescindible probar el sufrimiento de la víctima.³⁸² En efecto, frente al proceso de comprobación de las pruebas de actos considerados como acosadores, es absolutamente innecesario probar los daños psíquicos, por medio de la experiencia realizada por un profesional en el área de psicología o psiquiatría, como defienden algunos autores.³⁸³

A mayor abundamiento, el acoso laboral se puede configurar sin que el trabajador entienda que ha sufrido acoso. Esto se debe precisamente al grado de "brutalización" o "exclusión" (de acceso a los bienes materiales e inmateriales más básicos para la supervivencia), de la mayoría de los trabajadores, debido al sistema económico en el que vivimos, lo que se traduce en ignorancia al respecto de su condición de acosados. De no ser así, incluso ante conductas perversas debidamente probadas en los tribunales, bastaría que el trabajador indagado por la empresa en audiencia relatase que las prácticas empresariales no le han provocado daño alguno, porque ya estaba acostumbrado a tales prácticas, para que el acoso no pudiera ser reprimido por el Poder Judicial. De esa forma, el grado de emancipación del trabajador es importante para la configuración del elemento objetivo, de manera que, aunque el trabajador entienda que no ha sufrido un daño moral, si se acredita que las conductas practicadas

³⁷⁹ Parece, además, haber sido esta la directriz adoptada por la convención 190 de la OIT, como se verá a continuación.

³⁸⁰ En ese sentido: CARRASCO, Manuel Correa. Op. Cit., p. 56.

³⁸¹ En: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5º ed. Sao Paulo, Ed. LTR, 2010, p. 266 a 274

³⁸² En: THOME, Candy Florencio Op. Cit., p. 34-35.

³⁸³ *Ibidem*, p. 40.

por el empresario atentan contra la dignidad del ser humano (promedio), no habrá otra alternativa que reconocer la existencia de psicoterrorismo laboral.³⁸⁴

El elemento **teleológico o anímico** revela la intención lesiva, que consiste en un trato vejatorio, con el efecto de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, conectando un conjunto de actos dispersos en el tiempo y con diferentes grados de intensidad.³⁸⁵

El elemento teleológico necesita encontrarse objetivado en las conductas del acoso moral, y la relevancia debe atribuirse a la conducta del acoso por su idoneidad o aptitud objetiva para lesionar bienes jurídicos, independientemente del espíritu subjetivo³⁸⁶ específico³⁸⁷ del acosador.

El acoso moral laboral debe ocurrir necesariamente en la organización empresarial o en el contexto de una relación laboral, lo que revela su **elemento organizativo o espacial** (el contexto sociolaboral). Si este no fuera el caso, no habría diferencia entre el acoso moral laboral y el acoso que ocurre en otros espacios, como la familia, la escuela o la sociedad.

Además, los procesos de acoso se derivan, en su gran mayoría, de deficiencias detectadas en el plan organizacional o estructural de la empresa³⁸⁸. La existencia de la asimetría de poderes resultantes de la subordinación jerárquica, en la que el empresario da órdenes y el

³⁸⁴ Establecidas las debidas proporciones, la situación en la que el trabajador asediado no tiene plena percepción de haber sido víctima de acoso laboral, recuerda el caso rumoreado (emblemático de la defensa de los derechos humanos) de la prohibición de "lanzar enanos" en Francia a principios de la década de los años 90. Aunque los enanos entendieron que tal evento no era degradante (sobre todo porque generaba sustento a los propios enanos y a sus dependientes), la prohibición llevada a cabo por el gobierno local, con el posterior respaldo de la ONU, hizo evidente que el lanzamiento de personas (aunque por un tipo de "diversión extraña" con expresión económica) viola el principio de dignidad humana. Los enanos, de hecho, sólo se presentaban a esta práctica debido a la necesidad económica, de modo que su propia percepción subjetiva de la situación degradante estaba comprometida (atenuada), por lo cual no se alcanzaba el grado necesario de emancipación (material e inmaterial) para que pudieran liberarse de tales prácticas.

³⁸⁵ NAVARRO NIETO, Federico. Op. Cit., p. 38.

³⁸⁶ No hay consenso sobre el aspecto. *Ibidem*, p. 40.

³⁸⁷ Manuel CORREA CARRASCO sostiene que la finalidad del asediador es específico, con el fin de anular o destruir profesionalmente al trabajador o incluso, expulsarlo de la empresa, y que este modo, de carácter profesional, estaría necesariamente presente en la conducta del asediador, relacionando un conjunto de actos dispersos en el tiempo y con diferentes grados de intensidad (Op. Cit., p. 61 a 63). Sin embargo, no compartimos de tal entendimiento. Entendemos que basta verificar la presencia, objetivamente, de la potencialidad de la acción perversa, en el sentido de causar cualquier tipo de daño o perjuicio a la dignidad del trabajador, y tornar presente el elemento teleológico, sobre todo porque no siempre se busca la exclusión del trabajador de la empresa; por el contrario, el tipo más común de acoso es el que apenas pretende una mayor productividad de los trabajadores.

³⁸⁸ CARRASCO, Manuel Correa. Op. Cit., p. 63.

trabajador obedece, a menudo hace que los actos de acoso parezcan legítimas decisiones de carácter administrativo, enmascarando la ocurrencia del fenómeno.³⁸⁹

Por último, surge el **elemento subjetivo**, que representa los sujetos que participan en el acoso (sujetos activos y pasivos).

En el caso del acoso moral vertical descendente – la situación clásica del asedio laboral – los actos son practicados por el propio empresario o por un superior jerárquico, por lo que no tienen dificultades para identificar el sujeto activo de acoso (acosador), que coincidirá con el empleador (sujeto que subordina), y el sujeto pasivo, que será el trabajador (subordinado) o grupo de trabajadores.

En el acoso horizontal típico, la determinación de los autores y el grado de autoría es algo más complejo, por lo que habría que diferenciar entre supuestos de autoría grupal y autoría individual, aunque también puede haber sujetos pasivos individuales o varios sujetos pasivos.

El acoso moral laboral, examinado desde la perspectiva estática, se compone así de una conducta típica, con una intención lesiva, dentro de un contexto sociolaboral y posee un (o más) sujeto activo (agresor) y un (o más) sujeto pasivo (víctima).

Una vez establecidas las premisas relacionadas con la constitución del acoso moral, es importante investigar su tipología, a través de sus más variadas formas.

2.1.4 Morfología del acoso laboral

También en el estudio de la perspectiva estática de este fenómeno, se hace imperativo examinar las diversas formas, especies o tipos de acoso laboral.⁷³

Mari-France Hirigoyen³⁹⁰ se refiere a la existencia de varios tipos de acoso laboral.

Los más conocidos se enumeran a continuación:

a) "*mobbing*": es considerada una de las formas más severas de acoso, consistente en maniobras hostiles frecuentes o acciones repetidas y reprobables (o negativas), dirigidas ofensivamente contra los empleados, lo que puede llevar al trabajador al aislamiento en relación

³⁸⁹ Sobre la morfología del acoso ver: GUEDES, Márcia Novaes. Op. Cit., p. 35 a 38; PARREIRA, Ana. **Asédio moral: um manual de sobrevivência**. 1. ed. Campinas: Russell, 2007. p. 34; BONA, Marco; MONATERI, Pier Giuseppe; OLIVA, Umberto. Op. Cit., p. 8 a 11; PARODI, Cesare. Op. Cit., p. 29 a 32; ANSART, Pierre. **Os assédios políticos: assédio moral**. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006. p. 128 hasta 132.

³⁹⁰ HIRIGOYEN, Mari-France. **Mal-estar...** Op. Cit., p. 76 a 87.

con otros miembros del grupo, en el entorno laboral; se trata de un fenómeno grupal que puede convertirse progresivamente en agresiones físicas;

b) "*bullying*": también es una forma de estrés social, pero con una acepción más amplia, que implica desde actos vejatorios y aislamiento hasta conductas abusivas de connotación sexual o agresiones físicas; tiene más connotación de violencia individual que violencia organizacional; se entiende como un fenómeno practicado principalmente por superiores jerárquicos;

c) "*harasement*": *consiste* en ataques repetidos y voluntarios de una persona a otra, para atormentarla o provocarla, pudiendo los ataques incluso llegar a ser de orden sexual;³⁹¹

d) "*whistleblowers*": *es* una forma específica de acoso, destinada a silenciar a aquellos que no obedecen las reglas; por lo general se utiliza contra el empleado que hace una denuncia a los medios de comunicación u órganos públicos;³⁹²

e) "*ijime*": fenómeno observado en Japón, consistente en reprimir a los trabajadores que se destacan, con el objetivo de insertarlos en el grupo u obligarlos a adaptarse al entorno; es el acoso ejercido con el objetivo de normalizar a los trabajadores, evitando diferencias; se basa en la idea de estandarizar las personas;³⁹³

f) "*cyberbullying*":³⁹⁴ originado en las relaciones escolares, es el bullying, es decir, la *violencia* practicada contra alguien, pero a través de la red mundial de ordenadores (*internet*); consiste así en la práctica de la intimidación, humillación, vejación, persecución por medio de entornos virtuales, tales como redes sociales, correspondencia electrónica y aplicaciones de mensajería; interesante observar que en este tipo de acoso, además de la víctima virtual y el agresor virtual (que a menudo se esconde en el anonimato proporcionado por el entorno virtual), existen espectadores virtuales (son personas que acceden al contenido de la agresión, porque

³⁹¹ *Ibidem*, p. 81.

³⁹² *Ibidem* p. 87.

³⁹³ *Ibidem*, p. 83 a 85.

³⁹⁴ La palabra "*cyberbullying*" ("*ciberacoso*") fue concebido por el investigador canadiense Bill Belsey, Presidente de Bullying.org, una organización educativa diseñada para prevenir el acoso escolar en el entorno virtual. En: FINCATO, Denise Pires y VIDALETTI, Leiliano Piovesano. **Novas tecnologias e relações de trabalho: cyberbullying, responsabilidade patronal e reforma laboral.** p. 158. - Cabe señalar que la palabra proviene de la unión de dos palabras del idioma inglés, *bullying* y *cyber*. *Cyber* es una contracción de la palabra *cybernetic* (cibernética) que se refiere, en la Teoría de la Comunicación, a lo que está conectado a la red de información y comunicación, más precisamente, al alcance de *Internet*. Ya la palabra *bullying* se forma a partir de la palabra inglesa *bully*, más el sufijo "ing", lo que indica la continuidad de la acción expuesta en un verbo.

son habituales de una comunidad virtual en particular) y espectadores reales de agresión virtual (son los testigos físicos de la agresión virtual).³⁹⁵

g) “*straining*”³⁹⁶: también llamado acoso moral organizacional, que constituye una especie de tortura psicológica resultante de la política organizacional y gerencial de la empresa, cuando se instituyen prácticas deshumanas para lograr una mayor productividad de los trabajadores.

(h) “*stalking*”:³⁹⁷ consiste en el acoso moral por persecución³⁹⁷; generalmente utilizado en el acoso moral con connotación de orden sexual.

Las especies relacionadas constituyen formas de manifestación de acoso, con algunas peculiaridades relacionadas a la intensidad (“mobbing”), la cobertura (“bullying”), los regionalismos (“ijime”) y el uso de nuevas tecnologías (“cyberbullying”). Sin embargo, estas especies pueden clasificarse de acuerdo con sus elementos similares. De acuerdo con sus principales características, los diversos tipos de acoso moral pueden clasificarse en cuanto al origen y el número de personas involucradas.

En cuanto **al origen** del acoso, el fenómeno puede clasificarse teniendo en consideración a quién lo ejerce y el número de personas que lo practican (individual o colectivo). Por lo tanto, teniendo en cuenta quién lo ejerce, el acoso puede ser vertical (descendente o ascendente) u horizontal (típico o atípico).³⁹⁸

El **acoso moral vertical** también implica una subdivisión, según el vector, en el sentido de contra quien se practica, y por lo tanto puede ser descendente o ascendente. El ***acoso moral***

³⁹⁵ Y pueden adoptar las siguientes posturas: pasivas (no están de acuerdo con el puesto, pero no hacen nada), activas (apoyan la conducta del agresor) y neutrales (indiferentes, sin preocuparse por el daño causado). *Ibidem*, pp. 160-161.

³⁹⁶ El término “*straining*” proviene de las expresiones, en inglés, “stretch”, “press”, “overload” o “intend” (“estirar”, “presionar”, “sobrecargar” o “pretender”).

³⁹⁷ Recientemente aprobado el PL 1.369/2019, en Brasil que considera el “*stalking*” un delito (art. 147a del Código Penal).

³⁹⁸ Conforme Pierre ANSART: “*El acoso ascendente tiene como objetivo concreto: organizar la resistencia a la autoridad, lograr una mejora en las condiciones de vida. Un acoso a la baja tiene como objetivo fortalecer la autoridad, mejorar la productividad, fortalecer la “cultura de la empresa”, etc. Pero estos son objetivos generales y permanentes. La noción de acoso implica propósitos más inmediatos: en un acoso ascendente, resultados imperativos, fortalecer amenazas, denunciar las injusticias más patentes. En un acoso a la baja, si se quiere no sólo fortalecer la obediencia, sino, de una manera eventualmente brutal y urgente, imponer comportamientos conformistas, amenazar con sancionar la resistencia, alimentar un clima de miedo o dimisión*” (Op. Cit., p. 135; traducido).

vertical descendente³⁹⁹ es aquel practicado por el capitalista (empleador) o a través de la delegación, por aquellos que tienen poderes en las empresas, contra algún o varios trabajadores en el entorno laboral⁴⁰⁰. Se considera la forma más típica del fenómeno y, por lo general, la más grave, porque denota una práctica institucional y estratégica de la empresa, en el sentido de considerar a los trabajadores como personas de segunda clase o simples piezas de reemplazo, o también, como instrumentos simples para la consecución de la intención empresarial, con el objetivo de obtener más beneficios, más poder y más proyección social.

El **acoso vertical ascendente** es ejercido por uno o más trabajadores contra el empleador o superior jerárquico. Esta es una situación rara, casi improbable, en la que los trabajadores subyugan moralmente al jefe o superior jerárquico. Y, incluso en estas situaciones, el acoso vertical ascendente puede ser consecuencia de una lógica estratégica del capitalista, que pretende la sustitución, por parte del empleador, de un superior jerárquico (considerado más humano) por otro (considerado más perverso), con el esfuerzo de obtener una mayor productividad del sector (sin preocuparse por los seres humanos involucrados en la empresa), cuando los empleados comienzan a unirse, reaccionando colectivamente contra los actos del nuevo jefe. De hecho, en este caso, el acoso ascendente surge como forma de reacción al acoso descendente previamente practicado por el superior, pero no puede considerarse un comportamiento legítimo del colectivo de trabajadores, porque una agresión no puede justificar otra.⁴⁰¹

³⁹⁹ Julio Fernández GARRIDO propone para este tipo de acoso el nombre "acoso laboral". En el artículo: Perspectivas psicosociales alrededor de al acoso y violencia psicológico en el trabajo. In: CARRASCO, Manuel Correa. Op. Cit., p. 22.

⁴⁰⁰ El entorno laboral se entiende no sólo el propio empresario del establecimiento, sino también cualquier lugar donde la subordinación se pueda comprobar. De esta manera, el acoso puede ocurrir incluso en relación con los empleados que trabajan fuera del establecimiento (tanto aquellos que se mantienen en contacto frecuente con el establecimiento - vendedores externos, por ejemplo -, como aquellos que mantienen contacto pendular, estacional o virtual con el establecimiento, como los trabajadores en casa o, hoy en día, los teletrabajadores). António Menezes CORDEIRO identifica, según el factor teleológico, las siguientes especies: (a) el lugar de trabajo real (correspondiente al lugar preciso en el que el empleado, por razón del contrato y la dirección del empleador, debe desempeñar sus funciones); (b) el lugar de trabajo potencial (equivalente al ámbito geográfico en el que el empleado puede ser dirigido por el empleador); (c) el lugar para fines disciplinarios (es el círculo territorial en el que las acciones del empleado pueden tener relevancia a los efectos de la incidencia del poder disciplinario); (d) el lugar de trabajo con fines de riesgo (base geográfica dentro de la cual se considera que los accidentes son considerados de trabajo, para efectos de imputación objetiva del sujeto subordinante). En: **Manual..** Op.. Cit.. p. 684.

⁴⁰¹ Mientras que no se puede enfrentar el tema en este punto, es importante recordar que existen formas pacíficas, legítimas y no agresivas para que los trabajadores reaccionen contra el acoso del empleador, que incluso piden la participación del sindicato profesional.

El **acoso moral horizontal**⁴⁰², por otro lado, es el practicado por los trabajadores en la misma posición jerárquica. En esta especie, no está presente una de las características más relevantes del acoso que es la jerarquía (la relación poder-sujeción).⁴⁰³ Comúnmente, esta forma de acoso ocurre colectivamente, con una parte de los trabajadores que se reúnen para perseguir a uno o algunos colegas específicamente. Aquí, la jerarquía da paso a la colectividad que a menudo reproduce elementos del poder dominante o hegemónico, procediendo así a la práctica discriminatoria, generalmente basada en el género, la raza, la etnia, la orientación sexual, la edad, las creencias religiosas, la afiliación política partidista, la nacionalidad, entre otros factores de discriminación. Por lo tanto, estamos interesados en su estudio, ya que el empleador no puede permitir la falta de respeto por la dignidad de sus empleados en cualquier forma. También es posible considerar dos subespecies: *el acoso horizontal típico* (que practican los colegas de la misma posición jerárquica, sin la participación indirecta o mediada del superior jerárquico o del empresario) y el *acoso moral horizontal atípico* (en el que la práctica es realizada por colegas de la misma posición jerárquica, instigados o incitados por el superior jerárquico o por el empresario, que asume la posición de autor mediador del acoso; se considera atípico, porque, de hecho, es una expresión del propio acoso moral vertical descendiente, y por lo tanto debe considerarse incluso con fines jurídicos).

También existe el **acoso mixto o híbrido**⁴⁰⁴ que exige la presencia de al menos tres sujetos: el acosador vertical, el acosador horizontal y la víctima. La persecución es realizada no sólo por el superior jerárquico, sino también por los demás colegas de trabajo, en acciones autónomas, de una manera no relacionada.⁴⁰⁵ Se puede decir que el acosado es golpeado por

⁴⁰² Julio Fernández GARRIDO propone este tipo de acoso denominándolo "*hostigamiento laboral discriminatorio*". En el artículo: Perspectivas psicosociales alrededor del acoso y violencia psicológico en el trabajo. En: CARRASCO, Manuel Correa (Coord.). Op. Cit., p. 22.

⁴⁰³ Manuel CORREA CARRASCO reflexiona: "*En otras ocasiones, sin embargo, la aludida asimetría de poderes no es tan explícita, pues no proviene de una relación de subordinación jerárquica entre unos y otros, sino que es más informal y viene dada por una situación fáctica en la que los agresores, aun estando formalmente en el mismo plano jerárquico, logran tener sometidos a las víctimas. Esta superioridad 'de facto' encuentra su fundamento en hecho de que los agresores cuentan con el apoyo, explícito o implícito, bien del grupo en el que se insertan, bien de los superiores jerárquicos.*" (Op. Cit., p. 64).

⁴⁰⁴ Julio Fernández GARRIDO propone para este tipo de acoso el nombre "asedio institucional". En el artículo: Perspectivas psicosociales alrededor de al acoso y violencia psicológico en el trabajo. En: CARRASCO, Manuel Correa (Coord.). Op. Cit., p. 22.

⁴⁰⁵ En **acoso mixto o híbrido**, la noción de conductas autónomas entre el asediador vertical (superior jerárquico o empresario) y el asediador horizontal (compañeros de trabajo en la misma posición jerárquica) es fundamental. Si hay una relación (aunque sea indirecta) entre la conducta de los asediadores, nos estamos delante al **acoso vertical descendiente**. Esta diferenciación, lejos de ser una simple "perfumería académica", tiene relevancia práctica, porque influye en la responsabilización con el fin de compensar el daño.

"todos los lados", una situación que, por supuesto, en condiciones normales, se vuelve insostenible en poco tiempo.⁴⁰⁶

Algunos autores se refieren **al acoso moral indirecto**, cuando el empleador o superior jerárquico, con el fin de evitar cualquier responsabilidad derivada del acoso, manipula a un grupo de trabajadores para perseguir a un determinado(s) colega(s).⁴⁰⁷ De hecho, esta especie es parte del concepto de acoso moral horizontal atípico examinado previamente, porque el elemento jerárquico está presente, aunque de una manera mediada. Los compañeros acosadores son simplemente un instrumento de acoso practicado por parte de empleador, razón por la cual el acoso indirecto carece de autonomía como propia especie, siendo una de las "fases" del acoso vertical descendiente, como ya se ha dicho.

Con respecto a la cantidad de personas que lo practican, el acoso puede ser **individual**, cuando es practicado por una sola persona (jefe o superior jerárquico) o **colectivo**, cuando varias personas lo practican, como en el acoso moral horizontal (y en la situación indebidamente llamada acoso moral indirecto).

También debe mencionarse **el acoso discriminatorio**, que posee todos los elementos del "acoso moral típico", pero hay una (o más) razones o factor discriminatorio para su ocurrencia. Roger Rapp Ríos⁴⁰⁸ conceptualiza jurídicamente la discriminación como: *"Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga el propósito o efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, disfrute o ejercicio en igualdad de condiciones de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito económico, social, cultural o cualquier campo de la vida pública"*.⁴⁰⁹ El simple examen de los casos llevados ante el Poder Judicial demuestra la multitud de circunstancias de discriminación presentes en los supuestos

⁴⁰⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit.

⁴⁰⁷ PARREIRA, Ana. Op. Cit., p. 34.

⁴⁰⁸ RÍOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20.

⁴⁰⁹ En un sentido convergente, la Convención 111 de la OIT: *"Art. 1 - 1. A los efectos de la presente Convención, el término "discriminación" comprende: (a) toda distinción, exclusión o preferencia basada en la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o trato en términos de empleo o profesión; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el ámbito del empleo o la profesión que pueda especificar el Miembro interesado previa consulta a las organizaciones que representan a empleadores y trabajadores, cuando existan, y otros órganos apropiados"*.

de acoso laboral.⁴¹⁰ Sin perjuicio de lo anterior, el acoso derivado del "patriarcado" y del "racismo" son los supuestos que afectan a un número mayor de personas.⁴¹¹ En cierto modo, el acoso laboral "típico" (o no discriminatorio) no deja de tener un "factor de discriminación" en su génesis u origen, por lo que el trabajador asediado pertenece a una clase social definida: la clase trabajadora u operaria. Por lo tanto, sobre la base del concepto de discriminación perfilado anteriormente, el acoso típico también tiene un origen discriminatorio. Sin embargo, para efectos de clasificación, la doctrina tipifica el acoso discriminatorio como uno basado en otros factores discriminatorios (como el género, la raza, etc.). Por lo tanto, el llamado acoso discriminatorio es "doblemente discriminatorio", ya que el factor de discriminación resultante del hecho de que la persona es un trabajador (y, por lo tanto, "inferior"), se agrega otro factor de discriminación (u otros factores, cuando el acoso puede considerarse "multidiscriminatorio").

También está el llamado **acoso por competencia**, que radica en la ecuación desproporcionada entre un mayor volumen de trabajo de un empleado debido a su mayor o especial competencia (responsabilidad o conocimiento), en comparación con otros trabajadores que se encuentran en la misma situación funcional.⁴¹² El empleado sólo tiene que demostrar que ha sido sometido a una carga de trabajo (con mayor responsabilidad o más complejidad) que los demás trabajadores que desempeñan la misma función en la empresa.⁴¹³

Wilson Ramos Filho, que lleva a cabo una clasificación general de las distintas especies, identifica la existencia de tres tipos de acoso laboral: **el acoso moral estratégico** (aquel que se

⁴¹⁰ Existen las más variadas formas de acoso por discriminación: racial; por género sexual; en cuanto a orientación sexual; en cuanto a la edad; contra los discapacitados; contra las personas seropositivas; contra la apariencia física; contra los extranjeros; contra el refugiado; elección religiosa; en cuánto a la convicción política; contra los obesos; con respecto a la situación familiar; en relación al origen o región.

⁴¹¹ Adriane Reis ARAÚJO enseña que existen varios mecanismos sutiles de discriminación contra las mujeres (añadimos: y contra el "espacio considerado femenino", porque también puede ocurrir en relación con las personas con sexo biológico masculino que están ocupando el "espacio femenino") en el entorno laboral, como el "manterrupting" (práctica de interrumpir a la mujer durante su discurso o su expresión), "bropropriating" (consiste en la apropiación por un hombre, colega o superior jerárquico, de la idea presentada por una mujer), "mansplaining" (consiste en el comportamiento masculino de explicar un hecho o una teoría a una mujer como si no tuviera el más mínimo conocimiento sobre el tema), "gaslighting" (acto de descalificación de las mujeres en el lugar de trabajo) y "distracting" (caracterizado por técnicas que buscan desviar la atención del discurso de una mujer a través de distracciones e informaciones insignificantes). En el artículo: Os desafios para a promoção da igualdade de gênero no trabalho. En MIESSA, Élisson; CORREIA, Henry. **Estudos aprofundados ministério público do trabalho**. v. 3. El Salvador: Juspodivm, 2017, p. 296)

⁴¹² En: SILVA NETO. Manuel Jorge. Assédio por competência nas relações de trabalho. **Revista dos Tribunais**. RT 906, abril de 2011, p. 320.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 322.

practica en el contexto de la relación laboral dirigida a avergonzar al empleado para renunciar a la empresa); **el acoso moral perverso** (la violencia moral se lleva a cabo con el propósito de destruir psicológicamente a uno o más trabajadores); y **acoso moral institucional**, que se despliega en *el acoso moral organizacional* (que se produce en las relaciones laborales de naturaleza pública) y el *acoso moral empresarial* (el que se produce en el contexto de las relaciones laborales, basado en prácticas de gestión destinadas a aumentar la productividad y el beneficio de las empresas, causando daño psíquico a los trabajadores).⁴¹⁴

Según la morfología estudiada anteriormente, queda claro que el objeto principal de esta investigación envuelve el acoso vertical descendiente (en relación al origen) y colectivo (en relación al número de personas), configurado, por regla general, como "acoso moral empresarial", y ciertamente no se excluyen las figuras de acoso moral estratégico y asedio moral perverso, cuando se insertan en el contexto del acoso moral empresarial en sí.

Después de un breve estudio morfológico del acoso moral laboral, se necesita una investigación sobre su dinámica, cuando los elementos que lo componen activan y producen sus efectos en la relación laboral.

2.2 La dinámica del acoso moral laboral

El acoso laboral, explorado en su dinámica, consiste en escrutar las formas mediante las cuales se externaliza la conducta, las fases que se pueden identificar en el proceso de ejecución, así como las consecuencias producidas en la salud de los trabajadores.

En el caso de un fenómeno multifacético, con efectos en diversas áreas del conocimiento, también surge la necesidad de examinar el acoso a través de la lente de las ciencias relacionadas.

2.2.1 Formas de externalización del acoso moral

⁴¹⁴ RAMOS FILHO, Wilson. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. **Revista Trabalhista**: direito e processo: Brasília, v. 8, n. 32, p. 47-68, out./dez. 2009, p. 48.

Las formas en que se externaliza el terror psicológico permiten una mejor comprensión de la dinámica del fenómeno, porque lo llevan al plano concreto.

Lamentablemente, la creatividad humana no sólo está en situaciones positivas.⁴¹⁵ Hay innumerables formas de manifestación o externalización del acoso moral. Algunos autores se refieren en este apartado, a "métodos de inmovilización de la víctima".⁴¹⁶

Se destacan los siguientes:

a) negativa a comunicarse: uso de cualquier acto que impida al empleado comunicarse con su jefe o con sus compañeros de trabajo⁴¹⁷, generalmente con el objetivo de hacer que los acosados se sientan culpables por la ausencia de comunicación, que termina afectándolo psíquicamente;

b) descalificación: cuando se hacen referencias negativas sobre la actitud o la aptitud del trabajador; la capacidad y competencia profesional de los asediados es comúnmente cuestionada, con la intención de generar inseguridad en sus capacidades;

c) la destrucción de la autoestima: cuando se pretende destruir la imagen social del trabajador, a través de la ridiculización, la humillación, el sarcasmo o las insinuaciones malévolas;

d) el aislamiento: en la especie vertical descendente, el jefe o superior jerárquico excluye al trabajador asediado del contacto o el acceso a otros trabajadores, por ejemplo, no invitando al trabajador a asistir a las reuniones o transmitiendo información incorrecta sobre el horario de la reunión; en el modo horizontal, el acoso ocurre cuando el trabajador es aislado por el grupo, como colegas que dejan que la víctima almuerce sola en la cafetería;

e) la vejación: consiste en confiar al asediado tareas inútiles o degradantes o, incluso, establecer metas imposibles de alcanzar, obligando al trabajador a dedicar gran parte de su

⁴¹⁵ "Los medios de asedio son múltiples y van desde los más anodinos hasta los más brutales". (ANSART, Pierre. Op. Cit. p. 135).

⁴¹⁶ GUEDES, Marcia Novaes (Op. Cit., p. 46 a 50).

⁴¹⁷ GUEDES cita como ejemplos: interrupciones constantes cuando el trabajador intenta hablar; reproche verbal; crítica del trabajo a través de expresiones groseras; amenazas verbales, por teléfono o por escrito; violación de la correspondencia; los colegas evitan al trabajador con gestos y miradas de desprecio (cuando el acoso es horizontal). *Ibidem*, p. 47.

tiempo a cumplir con la tarea determinada, y más tarde, desvela que la tarea era absolutamente innecesaria.⁴¹⁸⁻⁴¹⁹

Heinz Leymann⁴²⁰ enumera cinco grupos de acciones que destacan la externalización del acoso laboral: (a) ataques a las posibilidades de comunicación⁴²¹; (b) ataques a las relaciones

⁴¹⁸ Según BONA, MONATERI y OLIVA, la jurisprudencia italiana ha reconocido como acoso las siguientes situaciones: *"Marginación del empleado a través de la descalificación progresiva de su actividad; variación 'in pejus' de las tareas a cumplir; empobrecimiento del bagaje profesional debido a la restricción de inactividad del trabajador; atribución al trabajador de diferentes y menores tareas de cualificación por pertenecer a una determinada área política (llamada "asignación"); juntos uno o más individuos con el fin de controlar y devaluar la actividad de la víctima; subutilización del trabajador en relación con las funciones de la ley; reinserción del trabajador despedido ilegalmente para desempeñar funciones que no se corresponden a su cualificación."* (En: O mobbing como legal framework: nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 7, jul./sep. 2001. p. 134).

⁴¹⁹ Julio Fernández GARRIDO (en el artículo Perspectivas psicosociales en torno al acoso y violencia psicológica en el trabajo. En: CARRASCO, Manuel Correa (Coord.). Op. Cit., p. 18 un 19) se refiere a cinco grandes categorías de agresiones utilizadas por el equipo de "The Network Project", a saber: *a) menosprecio de la profesionalidad poseída: ejemplos serían: ignorar las opiniones, menospreciarlas, tildar públicamente como "mano de obra" al otro u otros, acusaciones periódicas de falta de esfuerzo o implicación laboral – a veces acompañadas de que esto solo arregla con la vigilancia constante -, etc; b) pérdida de formas, ninguneo y desconsideración a nivel personal (formas desconsideradas o malos, insultos, intimidaciones, calumnias); c) promoción del aislamiento directo o indirecto hacia la otra persona (denegación u ocultamiento de información y oportunidades, hacer el vacío y generar un 'destierro' físico o psicológico); d) asignación excesiva de la carga de trabajo (presión permanente y con frecuencia desmedida, fijación de objetivos exagerada, pudiendo sobrepasar los límites de la jornada habitual, interrupciones y variaciones en la actividad asignada como forma de dificultar o centrar el rendimiento esperable; e) desestabilización o sabotaje laboral (no reconocimiento de aciertos y sin embargo persecución obsesiva de errores, arbitrariedad en la asignación de obligaciones comportando con frecuencia un reparto de lo más duro, monótono o menos lucido, designación como misiones de tareas sin sentido o menores, presión constante hasta el fallo, no facilitación de los materiales, herramientas o tiempos necesarios para la actividad, etc.).*

⁴²⁰ Cfe. THOME, Candy Florencio. Op. Cit., p. 45-46.

⁴²¹ Se pueden describir: limitación de las posibilidades de comunicación y expresión del asediado por su superior; interrumpir constantemente a la persona asediada; limitación de las posibilidades de comunicación y expresión del asediado por sus compañeros; gritar o jurar en voz alta; crítica constante sobre el trabajo; criticar constantemente la vida privada del trabajador; aterrorizar a la víctima, incluso por teléfono; hacer amenazas verbales o escritas; rechazar el contacto mediante miradas o gestos despectivos; expresar su negativa a contactar mediante sugerencias, sin hablar con la víctima (*Ibidem*, p. 45).

sociales⁴²²; (c) ataques a la reputación social⁴²³; (d) ataques a la calidad de las tareas realizadas⁴²⁴; (e) ataques a la salud de la víctima.⁴²⁵

Fiorelli, Fiorelli y Malhadas Junior se refieren a "procedimientos" de acoso, ya que la caracterización del psicoterrorismo laboral es el resultado de uno o más comportamientos⁴²⁶. Por lo tanto, hay: (a) procedimientos de intimidación (generalmente aquellos que inician el acoso, señalando a la víctima, de una manera sutil, que algo malo está a punto de suceder); (b) los procedimientos de ataque (similares a los de la intimidación, sin embargo, son más graves, porque ya son actos de agresividad explícita, con el fin de despertar el miedo, inmovilizando a la víctima); (c) procedimientos de relación (tienen por objeto socavar la relación interpersonal del trabajador); (d) procedimientos de castigo (el castigo es el "*diluyente natural de los tonos motivacionales y la levadura indispensable para las recetas de antagonismo*"⁴²⁷); (e) los procedimientos de aislamiento (son ampliamente utilizados, tales como: nombramiento para completar funciones de aparente prestigio, interrumpir la comunicación con la víctima, poner en cuarentena al trabajador o transferir al empleado de un lugar de trabajo a otro); (f) procedimientos de estigmatización (se utilizan para provocar una diferenciación negativa o estigma entre la víctima y otros integrantes del grupo, tales como: difamación, desmoralización, manipulación de la reputación profesional, rumores sobre la vida personal); y (g) procedimientos ofensivos para la moral (son acciones que promueven la falta de respeto por el

⁴²² Listadas como: no hablar con la víctima; no dejar que la víctima hable directamente; trasladar a la víctima a otro lugar; prohibir a los compañeros de trabajo hablar con la víctima; tratar a la víctima a la ligera. (*Idem*).

⁴²³ Pueden ser: difamar a la víctima; difundir rumores; ridiculizar a la víctima; sugieren que la víctima tiene enfermedad mental; obligar a la víctima a recibir tratamiento psiquiátrico; hacer "bromas" sobre cualquier discapacidad que tenga el trabajador; imitar la forma de caminar, la voz y los gestos, con el fin de ridiculizar a la víctima; para atacar las convicciones religiosas y políticas de los asediados; burlarse de la vida privada; de la nacionalidad; forzar el desempeño del trabajo que llega a la conciencia de la víctima; cuestionar las decisiones del trabajador; llamar a la víctima con palabras obscenas o expresiones despectivas; enfoques sexuales. (*Ibidem*, p. 45-46).

⁴²⁴ Se enumeran los siguientes: no dar tareas al trabajador; examinar cada ocupación de la víctima, de modo que no pueda crear tareas para sí misma; determinar que la víctima realice tareas sin sentido o injustas; tareas muy por debajo de la cualificación del trabajador (o más allá de la cualificación, para desacreditarlo); determinar que el asediado haga tareas nuevas constantemente. (*Ibidem*, p. 46).

⁴²⁵ Así descritas: obligar a la víctima a realizar un trabajo que pueda causar daños a la salud; amenazas corporales; usar violencia leve sin motivación; efectuar abusos físicos; generar gastos con el fin de dañar a la víctima; causar daño físico a la víctima; realizar "apalpelladas" de connotación sexual. (*Idem*, p. 46).

⁴²⁶ En: **Assédio moral**. São Paulo. LTR, 2007, p. 118 a 133.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 126.

honor, la reputación, la libertad, la dignidad, la integridad física, moral e intelectual del empleado).

Como corresponde a todo proceso, las diversas formas de externalización del psicoterrorismo laboral se desarrollan a través de fases o etapas.

2.2.2 Etapas del acoso moral

En un proceso lógico de abstracción, es perfectamente posible descomponer o distinguir el acoso moral en algunas etapas.

Según el estudio realizado por Heinz Leymann⁴²⁸, el asedio moral es un proceso sistemático y articulado que se desarrolla en un tiempo determinado, y es posible, por lo tanto, detectar fases de este proceso.⁴²⁹

El autor identificó cuatro fases: la fase de los primeros signos preparatorios del acoso; la fase en la que el trabajador sufre continuos ataques del superior jerárquico o de sus colegas; la fase en la que la situación se hace oficial (publicitada); la última fase, en la que el asediador alcanza su propósito, cuando el trabajador es retirado de la empresa (es despedido, renuncia o es removido debido a la depresión) o se materializa el objetivo perseguido por el empleador.

Harald Ege, sin embargo, sistematizó de una forma diversa (y más analítica) el acoso moral, en seis fases, como se resume: (a) Fase cero: llamada "Condición Cero", caracterizada por la presencia de condiciones favorables para el desarrollo del acoso moral en el entorno laboral, una situación de intenso conflicto o tensión generalizada y latente en el establecimiento empresarial, que puede conducir a la materialización de supuestas ocurrencias de acoso; (b) Fase uno: llamada "Conflicto Dirigido", se caracteriza por la individuación o elección del trabajador (o grupo de trabajadores) que será objeto de acoso; en esta etapa el fenómeno aún no ha surgido claramente, y no es posible diagnosticarlo fácilmente; (c) Fase dos: llamada "Inicio del Mobbing"; el fenómeno toma forma, cuando se verifica claramente la voluntad consciente de los acosadores para llegar al trabajador acosado, que ya percibe la situación, pero aún no presenta los síntomas de las enfermedades tipo psicósomáticas; (d) Fase tres: titulada "Primeros Síntomas Psicósomáticos"; aquí el trabajador comienza a sentir los primeros síntomas psicósomáticos, que se manifiestan con una sensación de inseguridad, ansiedad, insomnio e

⁴²⁸ Cfe. GUEDES, Marcia Novaes. Op. Cit., p. 51.

⁴²⁹ EGE, Harald. Op. cit., p. 62 a 66.

incluso trastornos digestivos; (e) Fase cuatro: denominada "Error y Abuso del Departamento Personal"; se caracteriza por la objetividad y publicidad del fenómeno, que sale a la luz, convirtiéndose en una cuestión de dominio público, siendo, por tanto, objeto de análisis por parte del departamento del personal, que generalmente interviene de manera inapropiada o silenciada, potenciando aún más el acoso; (f) Fase cinco: llamada "Empeoramiento Grave de la Salud Psicofísica de la Víctima"; en esta etapa el trabajador tiene un grave empeoramiento en las condiciones de su salud psíquica, comenzando a sufrir de depresión y, comúnmente, utilizar medicamentos y terapias con el fin de combatir la enfermedad ya instalada; por otro lado, la empresa (en caso de acoso vertical descendente) adopta medidas que sólo agravan el estado psíquico del trabajador; y (g) Fase seis: "Exclusión del Mundo del Trabajo", cuando el trabajador es retirado de la empresa, ya sea por "extinción voluntaria, extinción pactada", despido del empleador, incapacidad temporal o permanente o en casos más graves, suicidio.⁴³⁰

Para Fiorelli, Fiorelli y Malhadas Júnior, el proceso de acoso tendría siete etapas⁴³¹: (a) el despertar de la motivación (cuando las personas ya propensas a comportamientos perversos tienen algún tipo de estímulo); (b) la constatación de la oportunidad (que puede resultar de los siguientes factores: poder, ausencia de normas que inhiban el acoso, posibilidad de no ser descubiertos, complacencia de superiores o del empresario, renuncia de víctimas acosadas y conocimiento de procedimientos legales); (c) identificación de la víctima (o víctimas); (d) el desarrollo del acoso moral (cuando los actos de persecución ya están iniciados y la víctima ya siente las consecuencias iniciales); (e) preparación para la exclusión de la víctima (etapa importante en la que el acosador prepara la documentación necesaria para demostrar la conveniencia de promover la expulsión de la víctima, lo que da la apariencia de legitimidad y legalidad al asedio); (f) la exclusión de la víctima (que sería la culminación de todo el proceso, con la expulsión voluntaria o involuntaria de la víctima); y (g) el "day after" (fase posterior a la exclusión del trabajador de la empresa, cuando se lleve a cabo la evaluación de los daños causados).

⁴³⁰ Harald EGE afirma: *"In base alla mia esperienza, posso affermare che una situazione alla prima fase non è ancora ragionevolmente ascrivibile al Mobbing: a questo stadio, detto del "conflicto mirato", tutto può ancora risolversi e la conflittualità cambiare spontaneamente direzione. Solo a partire dalla seconda fase, detta appunto, "l'inizio Del Mobbing" è possibile parlare di Mobbing: a questo stadio infatti la vittima comincia a percepire disagio e tensione e la vicenda è ormai incanalata in una direzione ben precisa. Dunque, ai fini che ci competono, per essere definita Mobbing una situazione deve aver raggiunto almeno la seconda fase del modello italiano Ege a sei fasi". (Ibidem, p. 65).*

⁴³¹ FIORELLI, FIORELLI e MALHADAS JUNIOR. Op. Cit., *passim* 105 a 118.

Es importante señalar que esta doctrina se refiere a las fases o etapas del acoso basadas únicamente en el "acoso moral estratégico", que, como se ve, posee un claro propósito de excluir definitivamente a la víctima o al grupo de víctimas de la empresa. Sin embargo, es importante recordar que en el "acoso moral empresarial" el propósito esencial del procedimiento perverso es la mayor productividad de los (as) trabajadores (as). De hecho, en este tipo de acoso, después de la etapa del "inicio del mobbing" (para Hege) el "desarrollo del acoso" (para Fiorelli, Fiorelli y Malhadas Junior), vendrán las fases en las que se logra el propósito final (mayor productividad y ganancias), se sienten los efectos perjudiciales en la salud de las víctimas y el proceso se renueva automáticamente, en un ciclo inagotable e inhumano, que, en última "ratio", representa la misma lógica del capitalismo actual.

Las diversas fases en las que se produce el acoso laboral demuestran que, por regla general, el psicoterrorismo consiste en un proceso, en el que el comportamiento del acosador sigue una cierta cadena de actos perversos o inhumanos, que terminan trayendo consecuencias dañinas para la salud de la víctima asediada.

2.2.3 Efectos del acoso en la salud del trabajador

El principal efecto del acoso es el estrés⁴³² y las enfermedades resultantes. Existe una relación directa de causa y efecto entre el acoso laboral y el estrés laboral. Por supuesto, el

⁴³² El término estrés se ha utilizado desde principios de 1900 para definir situaciones que causan un cambio fisiológico y psicológico en los seres humanos. Es difícil de definir, porque aparece en las formas más variadas, y cada persona lo puede sentir de manera diferente. El estrés puede ser perjudicial y útil, dependiendo de las circunstancias involucradas. Según Bob Losyk en poco estrés es beneficioso porque nos motiva a mejorar nuestro rendimiento y realizar cambios en nuestras vidas, si no lo hiciéramos, no podríamos funcionar plenamente. (En: **Estresse e carreira**: o mal e o bem que pode fazer a sua vida profissional. São Paulo: Futura, 2006). El trabajo desarrollado por Sigmund Freud fue un importante delimitador y provocó cambios en la comprensión de los trastornos mentales. El estrés puede ser un cambio global en nuestro cuerpo para adaptarse a una nueva situación o cambios en general. Es un mecanismo normal, necesario y beneficioso para el cuerpo, porque hace que el ser humano sea más atento y sensible en situaciones de peligro o dificultad. Incluso situaciones consideradas positivas y beneficiosas, como por ejemplo promociones profesionales, matrimonios deseados, el nacimiento de hijos, etc., pueden producir estrés. Desde el punto de vista personal, los cambios ocurren en nuestras vidas continuamente y siempre debemos adaptarnos a ellos. En estos casos, el estrés funciona como un mecanismo de supervivencia y adaptación, necesario para estimular el organismo y mejorar su rendimiento ante las nuevas circunstancias. Desde el punto de vista social y cultural, los cambios cotidianos, en sí mismos, no son novedad en la civilización humana, son, de hecho, la base de la evolución de nuestra especie. Lo cual, tal vez, es nuevo para el ser humano y peligroso para su salud, es la velocidad sin precedentes con la que estos cambios y las demandas que proporcionan ocurren en la vida moderna. Estos cambios están en todas partes: cambios importantes en la tecnología, la ciencia, la medicina, el entorno laboral, las estructuras organizativas, los valores sociales y las costumbres, la filosofía e incluso la religión (En: **Recordar, repetir e elaborar**. Edição Estándar Brasileira das Obas Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Río de Janeiro: Imago, 1974).

estrés laboral puede tener otras causas, de la misma forma el asedio necesariamente puede no causar el estrés laboral.

Con respecto al estrés laboral, se sabe que produce una suma infinita de enfermedades físicas y emocionales que pueden ir desde insomnio, falta de apetito, depresión, ansiedad, alcoholismo, suicidio hasta muerte física y neuronal.⁴³³

Hans Selye⁴³⁴ dio una importante contribución al avance del conocimiento, sobre el estrés y la enfermedad psicosomática, con el desarrollo de sus ideas sobre el **Síndrome de Adaptación General** o **Síndrome de Estrés**. Según Selye, a lo largo de la enfermedad hay un elemento de adaptación, y la enfermedad es este esfuerzo defensivo y adaptativo del cuerpo - que varía entre la defensa excesiva o la sumisión excesiva - que tiene como objetivo volver al estado de equilibrio. Esta teoría se refiere a los efectos que se producen en el cuerpo debido al estrés.

El fenómeno del estrés es descrito por un estímulo estresor.⁴³⁵ Se puede observar, como alerta, la resistencia y el agotamiento de la persona, según Selye⁴³⁶. En la **reacción** de alarma,

⁴³³ MEDEIROS, M. H. R. As atuais políticas de saúde mental e a terapia ocupacional. **Boletim de Psiquiatria**. v. 30, 1997, p. 20.

⁴³⁴ "His initial inspiration for GAS (General Adaptation Syndrome) came from an endocrinological experiment in which he injected mice with extracts of various organs. He at first believed he had discovered a new hormone but was proved wrong when every irritating substance he injected produced the same symptoms (swelling of the adrenal cortex, atrophy of the thymus, gastric and duodenal ulcers). This, paired with his observation that people with different diseases exhibit similar symptoms, led to his description of the effects of "noxious agents" as he at first called it. He later coined the term "stress", which has been accepted into the lexicon of various other languages. Selye has acknowledged the influence of Claude Bernard (who developed the idea of 'milieu intérieur') and Walter Cannon's 'homeostasis'. Selye conceptualized the physiology of stress as having two components: a set of responses he called the general adaptation syndrome, and the development of a pathological state from ongoing, unrelieved stress. Selye discovered and documented that stress differs from other physical responses in that stress is stressful whether the one receives good or bad news, whether the impulse is positive or negative. He called negative stress distress and positive stress eustress. The system whereby the body copes with stress, the hypothalamus-pituitary-adrenal system, was also first described by Selye. He also pointed to an alarm state, a resistance state, and an exhaustion state, largely referring to glandular states. Later he developed the idea of two 'reservoirs' of stress resistance or alternatively stress energy." (In: SELYE, Hans. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Hans_Selye>. Acesso em: 20 out. 2007).

⁴³⁵ Pueden observarse algunos estímulos estresantes, que pueden servir de base para la identificación del estrés en el trabajo: alimentación (exceso o dejar de comer); pellizcar compulsivamente dulces y (o) bocadillos entre comidas; no cuidar el peso; consumo de bebidas alcohólicas; tabaquismo (fumar); consumo de drogas sin prescripción médica; falta de ejercicio o exceso (agotamiento); pérdida de sueño; descuido con el cuerpo; descuido con la apariencia (cabello, uñas, pies, manos, etc.); sin organización en el trabajo y (o) en casa; conflictos con colegas, superiores, hijos, cónyuge; esconderse de los problemas; no comunicarse con colegas, superiores, amigos, vecinos, familiares; relaciones mal planificadas; conducir imprudentemente; divorcio; embarazo (deseado o no deseado); PMS (trastorno premenstrual). En: MACHADO, S. S. **Fatores relacionados ao estresse ocupacional em ambientes de risco**. Tesis (Maestría). Instituto de Psicología, Universidad de Brasilia. Brasilia DF. 1996.

⁴³⁶ SELYE, Hans. Apud FRANÇA, Ana Cristina Limongi; RODRIGUES, Avelino Luiz. **Estresse e trabalho**: um enfoque psicossomático. São Paulo: Atlas, 2005. p. 37.

se produce una descarga de adrenalina, es una fase positiva, porque se logra la sensación de plenitud; en la fase de **resistencia**, la persona intenta automáticamente combatir u olvidar la dificultad, es decir, utiliza la estrategia de afrontamiento o escape; es en la fase de **agotamiento**, donde los órganos se ven más fácilmente afectados por trastornos, donde pueden surgir las enfermedades más graves.

La enfermedad psicosomática es una en la que el cuerpo está directamente influenciado por procesos mentales negativos. El estado mental negativo de una persona disminuye su capacidad para prevenir enfermedades (defensas inmunes) y les permite invadir el cuerpo.

El concepto actual de "enfermedad psicosomática", según Lipowski⁴³⁷, pretende lograr una visión de la integralidad del ser humano, es decir, su totalidad, un complejo mente-cuerpo en interacción con el contexto social. Para este autor, el término "psicosomático" está relacionado con la inseparabilidad e interdependencia entre psicología y biología, como aspectos de la humanidad, y puede asumir una connotación "holística", lo que sugiere una visión integral de la persona humana.⁴³⁸

Por otro lado, la "medicina psicosomática", para él, puede definirse como una disciplina preocupada con el estudio de la correlación entre la psicología y el fenómeno social, con las funciones psicológicas (normales o patológicas) y la interacción de factores biológicos y psicosociales en el desarrollo y resultado de enfermedades, y debe haber una aproximación desde un enfoque holístico en la atención al paciente, con la aplicación de métodos resultantes de las ciencias del comportamiento, para la prevención y el tratamiento de enfermedades humanas.⁴³⁹⁻⁴⁴⁰

Vasconcellos también señala que los segmentos más avanzados de este movimiento de enfoque psicosomático requieren que el bienestar no sólo sea biopsicosocial, como sugiere la

⁴³⁷ LIPOWISKI, Z. J. **What does the word 'Psychosomatic' really Mean?** a historical and semantic inquiry. *Psychosomatic Medicine*, 1984, pp. 153-171.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁴³⁹ *Idem*.

⁴⁴⁰ La visión psicosomática ha conquistado un espacio relevante en las prácticas de medicina. La definición actual de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS - 1986) prueba este hecho: "salud es un estado de completo bienestar físico, mental, social y no sólo la ausencia de una enfermedad". Mientras que para las críticas, este concepto puede estar más cerca de una visión de "ser humano integral", porque considera las influencias biopsicosociales.

Organización Mundial de la Salud, sino que también cubra las dimensiones espirituales y ecológicas.⁴⁴¹

La medicina psicosomática y la psicología de la salud son señaladas actualmente como grandes avances en el área de salud, definiendo a la persona humana como un sistema integrado de cuerpo, alma (psiquiatría) y ambiente (dimensiones biológicas, psicológicas y social), habiendo, por lo tanto, estructurado sus premisas sobre esta base.⁴⁴²

Según Volich, la psicosomática es un sucesor del pensamiento antiguo que sólo considera la unidad cuerpo-alma. Además, el mismo autor afirma que su búsqueda se basa en la visión integrada del ser humano, persiguiendo la comprensión de la existencia humana, la salud y la enfermedad a través de manifestaciones de la unidad del sujeto y la estructuración de las acciones terapéuticas bajo este enfoque.⁴⁴³

La teoría de la enfermedad psicosomática moderna, con el tiempo, se ha desarrollado en tres fases: la primera fue estimulada por el psicoanálisis con un enfoque de estudios sobre la génesis inconsciente de las enfermedades, la teoría de la regresión y los beneficios secundarios de enfermarse entre otros; la segunda es la fase intermedia (“behaviorista”), que se encontró en investigaciones en seres humanos y animales, teniendo como auxilio para su interpretación las ciencias exactas, con un gran avance en los estudios sobre el estrés; la tercera fase y actual (llamada multidisciplinar/interdisciplinaria), destaca la importancia de la dimensión social y sus interconexiones con la visión psicosomática, teniendo necesariamente una interacción entre los diferentes profesionales.⁴⁴⁴

Las personas pueden presentar síntomas relacionados con el estrés, de una manera diferenciada, ya que la vulnerabilidad psicológica varía, de acuerdo con la estructura psíquica de cada individuo. El número de síntomas que pueden indicar que una persona está estresada, todavía no se puede determinar, dada la necesidad de un mayor conocimiento sobre este mal; sin embargo, algunos de estos síntomas ya están identificados⁴⁴⁵. El estrés, como se ha visto

⁴⁴¹ VASCONCELLOS, Esdras G. **Tópicos de psiconeuroimunología**. São Paulo: Ipê, 1988.

⁴⁴² FRANCIA, Ana Cristina Limongi; RODRIGUES, Luiz Avelino. **Stress e trabalho: uma abordagem psicossomática**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21 a 28.

⁴⁴³ VOLICH, R.M. **Psicossomática: de hipócrates à psicanálise**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

⁴⁴⁴ MEDEIROS, M. H. R. Op. Cit.

⁴⁴⁵ Segundo LOSYK, entre los principales síntomas del estrés, se destacan los siguientes: signos de cansancio; tristeza; dolor de cabeza; gran agitación; constantes episodios de tensión; angustia; disminución de la productividad; aislamiento; insomnio; mal humor; miedo; colitis; sudoración intensa; dolores de estómago; irritación; incapacidad para dominar sobre las emociones; postración; bruxismo (rechinar los dientes); dolor de

anteriormente, no es una enfermedad, sino el estado del organismo sometido a tensión, por lo que, en una situación estresante, el cuerpo sufre reacciones químicas, disparadas por factores estresantes.⁴⁴⁶

El estrés resultante del acoso laboral tiene un impacto innegable en todos los trabajadores del entorno laboral. La importancia asumida por la categoría laboral en las diferentes corrientes teóricas se debe a la expansión del trabajo libre durante el siglo XIX, separando las esferas de producción y la propiedad doméstica, la propiedad privada y el trabajo remunerado, estando progresivamente orientado por el mercado.⁴⁴⁷

Así, el trabajo se convierte en algo que la persona tiene y no en aquello que hace, percibido como una "venta" de su tiempo, de su vida y, en muchos casos, de su propia dignidad. Actualmente, se enfrenta la discusión con la revisión de las funciones y significados del valor del trabajo, el empleo y el desempleo en la vida de las personas, con la notoria pérdida de la importancia del trabajo como forma de dignificación del ser humano.

Después de observar todos estos aspectos, surge la necesidad de buscar una comprensión complementaria y más profunda del manejo del desequilibrio físico y mental. De hecho, la posibilidad de una comprensión más amplia del ser que cae enfermo, puede surgir de un agotamiento de tratamientos, o de una conciencia del problema en sí. El trabajador debe ser visto no sólo como un cuerpo físico, sino también como un ser constituido de otras dimensiones, tales como lo psíquico, lo social, lo económico, lo político y lo cultural, y la falta de respeto a estas dimensiones puede afectar el equilibrio del estado de salud y enfermedad.

espalda; diarrea; pánico; impotencia en la resolución de problemas; fijación en un problema de trabajo en particular; morderse las uñas; agotamiento (Op. Cit.).

⁴⁴⁶ Existen tres tipos de factores que pueden conducir al estrés, de acuerdo con LOSYK. Algunos de ellos están directamente relacionados con el estrés en el trabajo: factores de estrés sensoriales o físicos en contacto directo con el organismo (por ejemplo: subir escaleras); factores de estrés psicológico, cuando nos afectan las demandas emocionales (por ejemplo: hablar en público); factores destresores tóxico-infecciosos y traumáticos (por ejemplo: cirugía). También hay factores estresantes en el trabajo que se consideran una clasificación aparte de las opiniones anteriores, que son: falta de estímulo; ruido en el medio ambiente; cambios de sueño debido al horario; falta de perspectivas; cambios constantes; nuevas tecnologías; cambios en el mercado; ergonomía (comodidad). En el ser humano, llamado civilizado, estos estímulos suelen tener dos orígenes. Pueden ser externos y, principalmente, internos. Los factores internos surgen de los conflictos que, en el último recurso, reflejan siempre el tono afectivo de cada uno. Los factores externos, a su vez, representan las amenazas concretas de la vida cotidiana de cada persona. (*Idem*).

⁴⁴⁷ COHN, A.; MARSIGLIA, R. G. Proceso y organización de trabajo. En: ROCHA, L. E.; RIGOTTH; BUSCHINELLI (Ogr). **¿Isto é trabalho de gente?** vida, doença e trabalho no brasil. Petrópolis: Voces, 1994, p. 57.

El término “estrés” es bien conocido y se utiliza en el sentido negativo, ya que está causando numerosos problemas de salud para las personas.⁴⁴⁸

Existen muchas causas para el aumento del estrés en el trabajo. Los que nos interesan en este estudio son los relacionados con el asedio moral.

El espacio físico del lugar de trabajo tiene un gran impacto en los niveles de estrés, tales como temperatura, luminosidad, ruido, calidad del aire, el número de personas, el aislamiento, la seguridad y la calidad ergonómica, que contribuyen a la forma en que una persona maneja su trabajo. Muchas tareas no están planificadas teniendo en cuenta el nivel de estrés de los trabajadores. Las expectativas son demasiado elevadas y poco realistas, con demasiada responsabilidad centrada en una sola persona.⁴⁴⁹ Cuando una tarea no se planifica correctamente o cuando se agregan nuevas responsabilidades excesivas a la planificación, el rol de un empleado se vuelve confuso. La tecnología, las computadoras, *paggers*, *celulares* e *Internet* aumentan la velocidad y la productividad. Con esto se espera que todos sean más eficientes y productivos, y lo que realmente ocurre es que se añade otro factor estresante.

La forma en que se administra una empresa es también otro factor de estrés en el trabajo, señala Losyk⁴⁵⁰, ya que el estilo de la administración es uno de los factores que más contribuyen al estrés en las empresas. Los administradores dictadores, autócratas que dirigen a sus empleados, implacablemente (en acoso vertical descendente), sólo generan estrés, desgaste, rotación y absentismo.

La relación entre los colegas en el trabajo es otro factor de estrés importante, también resultado de la gestión de las empresas. Es fácil ver si hay un ambiente de trabajo saludable (no tóxico), con una buena relación entre los trabajadores y la empresa, el estrés es casi improbable, de lo contrario la posibilidad de que el estrés esté presente es casi segura.

También generan gran estrés en los trabajadores las presiones relacionadas con insuficientes plazos de entrega de tareas, informes y proyectos que convierten el trabajo en una carrera continua contra el tiempo, en un intento de cumplir con exigencias temporales imposibles. El objetivo de conseguir ritmos de incremento de los beneficios constantes impone a menudo dinámicas profesionales deshumanizadas.

⁴⁴⁸ Sin embargo, el concepto de estrés originalmente contiene ambas direcciones: positivo y negativo.

⁴⁴⁹ LOSYK, Bob. Op. Cit.

⁴⁵⁰ *Idem*.

El intento de cumplir con los plazos ya genera un cierto grado de estrés y cuando no se consigue cumplir con estos plazos, la situación empeora notablemente, ya que la frustración de no alcanzar la fecha límite, la inseguridad sobre el cumplimiento del próximo plazo y la represión que, como elemento ejemplarizante, se espera recibir del superior jerárquico son situaciones muy estresantes.

El estigma de la inseguridad laboral también está presente a menudo. Los constantes cambios radicales en las empresas y en el lugar de trabajo generan un gran estrés. Las fusiones, compras, despidos y retrasos, además del gran número de mano de obra disponible, y el número de vacantes que desaparecen constantemente, causan una gran inseguridad en el trabajador.

El estrés es uno de los principales factores que contribuyen a la baja calidad de vida de nuestra sociedad, y se debe prestar especial atención a este tema tanto en los programas de tratamiento como en la prevención por parte de los administradores y profesionales de la salud.

Como se ha visto, el acoso moral en el lugar de trabajo, en la actualidad, ha sido la principal causa de estrés y enfermedades psicosomáticas, trayendo el debate indispensable sobre la necesidad de prevenir la enfermedad de los trabajadores.⁴⁵¹

También impide cuestionar el acoso moral visto por las ciencias relacionadas, teniendo en cuenta que es un fenómeno social multifacético.

2.2.4 Visión multidisciplinar del fenómeno

La independencia entre las diversas disciplinas científicas no es absoluta y, por lo tanto, es relativa. De esta forma, la comprensión de muchos problemas y situaciones jurídicas está incompleta sin el conocimiento de las ciencias relacionadas⁴⁵². De hecho, existe una interdependencia entre las distintas áreas del conocimiento.⁴⁵³ Desde el punto de vista de la

⁴⁵¹ Candy Florencio THOME enseña que el acoso puede tener como principales consecuencias (además del estrés): trastorno de estrés pos-traumático (PTSD); síndrome de “bur-out”; depresión; alcoholismo; muerte súbita (karoshi); y el suicidio. Op. Cit., p. 84 a 96.

⁴⁵² GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Acoso psíquico en el trabajo** (el alma, bien jurídico a proteger). Madrid: Cuadernos Civiles, 2002. p. 42.

⁴⁵³ José ORTEGA Y GASSET enseña que: “Existe, pues, una interdependencia esencial entre todas las ciencias. Ninguna lo es, en verdad, en derecho sino dentro Del globo universal de las ciencias. Cuando se habla de ciencias independientes no se quiere decir, sino que de hecho es posible investigar separadamente unos problemas respecto de otros”. (En: **Investigaciones psicológicas**: obras completas. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1997. Tomo 12. p. 366).

filosofía y la psicología, las ciencias relacionadas cuestionan lo que lleva a un ser humano a asediar moralmente a otro ser humano.

El acoso moral, aunque potenciado en el mundo posmoderno debido, en gran parte, a las políticas neoliberales, puede explicarse dentro de un enfoque filosófico y psicológico.

Cuando uno busca entender un fenómeno que ya estaba presente al comienzo de las relaciones laborales, pero recientemente identificado, se hace necesario cuestionar qué motivaciones impulsan al acosador a actuar de esta manera, cuáles componentes trabajan la mente de esta persona y qué contenido ético está siendo valorado o despreciado por él.

En la **filosofía** se encuentran algunas de las respuestas a las preguntas anteriores.

La ética aristotélica⁴⁵⁴ visualiza al ser humano individual – esencialmente – como miembro de la sociedad, determinando así su carácter político, alineado con las ciencias sociales.⁴⁵⁵ De hecho, la persona humana no puede ser vista sólo como un ser individual, sino también como una pieza que forma el engranaje de la sociedad. En este contexto, las relaciones laborales desempeñan un papel importante, porque constituyen la "idea maestra" de todo este sistema, junto con las relaciones familiares⁴⁵⁶. De esta formulación se deduce que todos los acontecimientos derivados de las relaciones laborales repercuten con gran intensidad en la vida del ser humano, ya sea en positivo o en negativo.

El acosador está involucrado en una crisis ética y moral. El protagonista del acoso moral es impulsado por varios factores, que van desde la envidia hasta el deseo de poder. Sin embargo, cualquiera que sea la motivación, en el caso del acosador, revela un carácter desvirtuado. El asediador deja de practicar ciertas acciones que contemplan la ética y la moral⁴⁵⁷, con el fin de llevar a cabo propósitos mezquinos, egoístas y antisociales (sin una visión colectiva), alejándose así de la búsqueda del bien. El acosador, desde el punto de vista ético de Aristóteles, estaría

⁴⁵⁴ Aristóteles tuvo sus ideas fomentadas en el pensamiento de Platón, aunque a partir de ahí haya seguido el camino de su maestro. Con amplia producción intelectual, revelándose a sí mismo como un pensador ecléctico (ya que se ocupaba de la física, la ética, la política, la metafísica, la retórica y la poesía), Aristóteles formuló una reflexión ética, partiendo de los fenómenos que emergieron de la ciencia política base de las Ciencias Sociales.

⁴⁵⁵ **Ética a Nicómaco**: texto integral. Sao Paulo: Martín Claret, 2002.

⁴⁵⁶ A pesar de que cada vez más se asista a una pérdida de la centralidad del trabajo, como lo denuncia María José FARIÑAS DULCE, en el artículo **Ajustes neoliberales...** Op. Cit.

⁴⁵⁷ *"La ética y la moral no son sinónimos. La moralidad se hace explícita a través de declaraciones que valoran ciertas consultas, aprobándolas o rechazándolas. La ética se compone de declaraciones que se generan en una investigación sobre la validez o no de las declaraciones morales. La ética es, por así decirlo, una filosofía moral"*. (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Ética e neopragmatismo**: uma brevíssima introdução. Disponible en: <www.filosofia.pro.br/textos/etica_e_pragmatismo.htm>. Último acceso: 15 mayo 2019; traducido).

desprovisto de las virtudes típicas de los ciudadanos de alma noble, incluso si sus actitudes no fueran censuradas por las leyes.⁴⁵⁸

El acosador es un ser infeliz, porque busca la felicidad con instrumentos equivocados y actitudes desvirtuadas; experimenta un placer perverso, imaginando erróneamente haber alcanzado la felicidad. Sin embargo, dado que la felicidad es una manifestación perfecta, que torna la vida deseable y carente de cualquier necesidad, ante la evidencia de no la haberla conquistado, el acosador reproducirá, sin duda, su conducta agresiva (y tiránica), afectando a otras víctimas.

En realidad, los protagonistas del acoso moral se encuentran en un permanente estado de infelicidad. Ciertamente, utilizan la opresión, en relación con aquellos que están jerárquicamente en un nivel inferior, para satisfacer las necesidades y traumas sufridos en sus vidas, tanto en el contexto personal como en el área profesional. Y de esta manera, practicando el psicoterror, los acosadores se sienten poderosos, inalcanzables, dueños del destino de sus semejantes.⁴⁵⁹

Una vez definido que el acosador es un ser humano infeliz y utiliza el acoso moral para suplir las necesidades del alma, provocadas por experiencias traumáticas, también se puede concluir que el acosador es una persona débil, porque no utilizó las experiencias negativas en su vida como instrumento para modificar su carácter, sino que fue corrompido y dominado por sus debilidades y por la arrogancia.

Según Jorge Luiz de Oliveira da Silva⁴⁶⁰, el acoso laboral es infligido por personas que no tienen valores éticos básicos para la formación de buen carácter. Sin embargo, es en la globalización del capitalismo neoliberal donde los acosadores encuentran "justificación" y "legitimidad" para sus actitudes. La competitividad impuesta por el modelo económico hace

⁴⁵⁸ *Idem.*

⁴⁵⁹ Sin embargo, Aristóteles, refiriéndose a la práctica de la actividad virtuosa, ya advirtió: *"Y al igual que en los Juegos Olímpicos no son los hombres más bellos y fuertes los que ganan la corona, sino los que compiten (porque es en medio de estos donde surgirán los ganadores), por lo que también las cosas nobles y buenas de la vida sólo son conquistadas por aquellos que actúan con rectitud. Por lo tanto, al ser la vida desencadenada sobre la base de actitudes virtuosas, será agradable en sí misma, y el placer sería un estado propio del alma. Aristóteles afirma que "para cada hombre es agradable lo que ama... pero no sólo cosas relacionadas con la materia o los placeres materiales, sino también la práctica de la justicia y la virtud. Sin embargo, advierte que sólo al final de una vida recta el hombre puede ser feliz. Mientras vive en virtud, el hombre estará construyendo su felicidad, incluso cuando se enfrente a grandes percances en su vida. Es en este punto que el buen hombre revela su carácter, porque la nobleza de los sentimientos es mejor perceptible frente a los grandes contratiempos que la vida impone."* Platón. Op. Cit. p. 137.

⁴⁶⁰ En: **Assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LEUD, 2012, p. 263.

que el otro ser humano (trabajador) sea despreciado, por una "corrosión de carácter" casi natural.⁴⁶¹

En este momento, hay que cuestionarse sobre lo que conduce, desde el punto de vista psicológico⁴⁶², a un ser humano a tratar a otro de forma inhumana. No es una tarea fácil la que consiste en definir un estándar de conducta o un perfil preciso de un individuo acosador, y no se puede afirmar que existan características exactas que forman un género de personalidad de este tipo.

En el campo de la **psicología**, basado en estudios y observaciones clínicas, Marie-France Hirigoyen⁴⁶³ define al acosador como un tipo narcisista (egocéntrico, necesita ser admirado, intolerante a la crítica). De los componentes constitutivos de la personalidad del acosador, el narcisismo⁴⁶⁴ cobra especial relevancia y significa un tipo de perversión⁴⁶⁵ que consiste en la implantación de un funcionamiento perverso. El individuo narciso/perverso tiene las siguientes características⁴⁶⁶: el sujeto tiene un gran sentido de su propia importancia; es absorbido por

⁴⁶¹ Ver: SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Río de Janeiro: Récord, 1999. 204 p.

⁴⁶² *"Innegable parece que la psicología pasa por ser una ciencia autónoma, ciencia particular independiente de las demás (con el relativismo que, según quedo dicho también más arriba, puede hablarse de independencia de las ciencias). En cuanto ciencia autónoma, la psicología tiene sus propios fundamentos, un repertorio de problemas que constituyen su objeto, y unos métodos definidos. Esos fundamentos, los cimientos sobre los que descansa la psicología se encuentran necesariamente fuera de ella, pues nada ni nadie puede sustentarse sobre sí mismo: un edificio se funda, se apoya, se sustenta sobre suelo firme, un suelo que no es el edificio, sino algo distinto de él. Y, efectivamente, los fundamentos de la psicología son tres ciencias filosóficas: la ontología y la neología, que son ciencias del pensamiento, y la semasiología, que es ciencia de la expresión del pensamiento. El objeto de la psicología – sobre esto parece haber acuerdo – son los fenómenos psíquicos. Lo que ya no está tan claro es que sea de un fenómeno psíquico".* (GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. cit.).

⁴⁶³ HIRIGOYEN, Mari-France. **Assédio...** Op. Cit., p. 139 y siguientes.

⁴⁶⁴ Alan Bullock, que estudió dos casos famosos y emblemáticos de personalidad narcisista - Hitler y Stalin –, señala: *"El narcisismo es un concepto formulado originariamente por FREUD en relación con los primeros años de la infancia, pero que ahora es aceptado de un modo mucho más amplio para describir un caso de alteración de la personalidad en el que el desarrollo natural de las relaciones con el mundo exterior no se ha producido. En este estado, tan solo la persona misma, sus necesidades, sentimientos y pensamientos, todo cuanto esté relacionado con ella, bien sean cosas o seres humanos, son experimentados en un contexto completamente real, mientras que todo lo demás, hombres u objetos, carecen de realidad y despiertan interés alguno. [. . .] Las personalidades narcisistas están convencidas de poseer cualidades y de ser superiores a los demás y cualquier amenaza a la imagen que se hayan formado de sí mismas – como el hecho de verse criticadas, desenmascaradas o derrotadas – provoca una reacción violenta y, con frecuencia, deseos de venganza".* (Cfe. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. cit., p. 149).

⁴⁶⁵ Marie-Franca HIRIGOYEN enseña que la palabra "perversión" apareció en la lengua francesa en 1444, originaria del latín "per-vertere", lo que significa "dar la vuelta hacia atrás, retroceder". La palabra "perversión" se define como transformación del bien en el mal, y, en la actualidad, la palabra se entiende como un juicio moral. (En: **aAssédio...** Op. Cit. p. 140).

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 142.

fantasías de éxito de poder ilimitado; cree que es especial y único; tiene una necesidad excesiva de ser admirado; él piensa que todo se debe a él; explora el otro en las relaciones interpersonales; no tiene empatía; envidia a menudo a otros; evidencia actitudes y comportamientos arrogantes.⁴⁶⁷

La megalomanía es también una característica de los narcisistas, hasta el punto de que el asediador se coloca como referencia, es decir, se posiciona como una medida estándar del bien y la verdad, que a menudo les atribuyen un aire moralizador, superior y distante.⁴⁶⁸

Otra característica comúnmente detectada en los acosadores es la llamada "vampirización"⁴⁶⁹, que, en resumen, consiste en la apropiación del narcisismo del otro, debido a la envidia.

La irresponsabilidad es también una de varias características del acosador perverso, simplemente porque él no tiene una verdadera subjetividad.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ La reconocida autora francesa, siguiendo la perspectiva de la caracterización de la personalidad del asediador, reflexiona sobre el paso del narcisismo a la perversión: *"El Narciso, sin sustancia, va 'parasitizar' al otro, y, como una sanguijuela, intentará aspirar a su vida. Al ser incapaz de una relación verdadera, sólo puede establecerla mediante un mecanismo perverso de malignidad destructiva. Sin duda, los perversos sienten un placer extremo, vital, con el sufrimiento del otro y sus dudas, del mismo modo que tienen el mayor placer de someter y humillar al otro"*. (Ibidem, p. 143; traducido).

⁴⁶⁸ HIRIGOYEN preleciona: *"Muestran sus valores morales irrefrenables, que engañan y dan una buena imagen de sí mismos. Denuncian la maldad humana. Tienen una total falta de interés y empatía por los demás, pero desean que otros estén interesados en ellos. Todo se debe a ellos. Critican a todos, pero no admiten el más mínimo cuestionamiento o la más mínima censura. Frente a este poderoso mundo, la víctima está forzada en un mundo lleno de defectos. Mostrar a los demás es una forma de no ver las propias fallas, de defenderse de una angustia de cuño psicótica. Los perversos comienzan relaciones con los demás buscando seducirlos. A menudo son descritos como seres seductores y brillantes. Una vez que capturas el pez en la red, sólo hay que mantenerlo atrapado siempre y cuando se le necesite. El otro no existe, no es visto ni escuchado, sólo es "útil". En la lógica perversa no existe la más mínima noción de respeto por el otro"*. (Ibidem, p. 144 a 145; traducido).

⁴⁶⁹ En los términos precisos de Marie-France HIRIGOYEN: *"Los malvados se alimentan de la energía de aquellos que son seducidos por su encanto. Tratan de apropiarse del narcisismo gratificante del otro invadiendo su territorio psíquico. El problema del narcisista perverso es remediar su vacío. Para no tener que enfrentarse a este vacío (que sería su cura), el Narciso sobresale en su opuesto. Se vuelve perverso en el primer sentido del término: se aleja de su vacío (mientras que el no perverso se enfrenta a este vacío). De ahí su amor y su odio por una personalidad materna, la figura más explícita de la vida interior. El narciso necesita la carne y la sustancia del otro. Esta sustancia se convierte en tu enemigo más peligroso porque le revela su propio vacío. Los narcisistas perversos sienten una envidia intensa de aquellos que parecen poseer cosas que les faltan, o que simplemente saben cómo extraer el placer de la vida. La apropiación puede ser un social, por ejemplo, seducir a un colega que puede introducirlo en un entorno social envidiado, como la alta burguesía, el entorno intelectual y artístico... El beneficio de esta operación es tener un socio que permita el acceso al poder"*. (Ibidem, p. 146; traducido).

⁴⁷⁰ *"Ausentes de sí mismos, ellos son iguales para los demás. Si nunca están donde se espera, si nunca son capturados, porque simplemente porque no están presentes. En el fondo, cuando acusan a otros de ser responsables de lo que les sucede, los perversos no los acusan, sólo encuentran que, como no pueden ser responsables, forzosamente debe ser el otro. Lanzar su error al otro, hablar mal de él haciéndole pasar mal le permite no sólo liberar sus instintos, sino también exonerarse. Jamás responsables, jamás culpables: todo lo que sucede mal siempre es culpa de los demás. Se defienden a través de mecanismos de proyección: acreditar al otro sus dificultades y todas sus desilusiones, y no cuestionarse a sí mismo nunca. Se defienden, por lo tanto, con una negación de la realidad. Ocultan dolor psíquico transformándolo en negatividad. Negación que es permanente,*

Una última característica de los acosadores es la paranoia. Los narcisistas perversos tienden a presentarse como moralistas, haciendo sermones morales, acercándose a personalidades paranoicas, que se caracterizan por: hipertrofia del ego (orgullo y sentimiento de superioridad); psicorrigidez (obstinación, intolerancia, racionalidad fría, dificultad para demostrar emociones positivas y desprecio por el otro); desconfianza (miedo exagerado a la agresividad del otro, sentimiento de ser víctima del malestar, la sospecha y los celos del otro); falsedad del juicio (interpreta los hechos neutrales como dirigidos en su contra).⁴⁷¹

El jurista Francisco González Navarro sostiene que, entre los sentimientos del asediador, que puede ser múltiple y no siempre simultáneo, uno de ellos siempre estará presente y es el odio al acosado/víctima. Él indaga si matar el alma de alguien no es matar a la propia persona y responde:

“Y aunque, en principio, parece que el acosador puede darse por satisfecho con someter a su dominio [ser amo y señor de] el alma del acosado [o sea, y dicho “en román paladino”: con hacerlo su esclavo], no es menos cierto que si no consigue ese propósito, seguirá adelante, de manera implacable, hasta destruir el alma de su víctima”.⁴⁷²

Henrique J. Carbonell Vayá⁴⁷³ identifica criterios psicológicos para la verificación y valorización del acoso moral: (a) la existencia de conductas objetivas que son valoradas como ataques psicológicos que incluyen desprestigio y descrédito laboral o profesional; (b) aislamiento social del trabajo mediante la ruptura del círculo de iguales y la pérdida de otro posible apoyo en la organización; (c) el propósito de la autoeliminación o abandono del lugar

incluso en las cosas más pequeñas de la vida cotidiana, incluso cuando la realidad demuestra lo contrario. El sufrimiento está excluido, así como la duda. Que sean apoyados por otros. Agredir a los demás es el medio para evitar el dolor, la pena, la depresión". (Ibídem, p. 149; traducido).

⁴⁷¹ Con todo, la reconocida autora francesa hace una distinción importante: *"Sin embargo, a la diferencia del paranoico y el perverso, aunque conozca bien las leyes y reglas de vida en la sociedad, hace uso de estas reglas para eludirlas mejor con la mayor tranquilidad. Es característico del perverso el desafío de las leyes. Su objetivo es derrotar al interlocutor - mostrándole que su sistema de valores morales no funciona - y llevarlo a una ética perversa. La toma del poder en el caso de paranoico se da por la fuerza, mientras que la de los perversos es por seducción, - pero cuando la seducción no funciona, pueden recurrir a la fuerza. La fase de violencia es en sí misma un proceso de descompensación paranoica: el otro tiene que ser destruido porque es peligroso. Es preciso atacar antes de que el se ataque a sí mismo. (Ibídem, p. 151; traducido).*

⁴⁷² GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. Cit., p. 147.

⁴⁷³ CARBONELL VAYÁ, Henrique J. **Lo psicológico de la presión laboral tendenciosa**: el acoso laboral antes llamado mobbing. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 60 a 66.

de trabajo por iniciativa de los asediados; (d) las acciones o estrategias se repiten y son frecuentes, y pueden prolongarse en el tiempo, variando su carácter explícito o implícito, dependiendo de la fase del acoso; (e) la secuencia cognitivo-emocional que la víctima experimenta es característica; (f) se pueden producir acciones de desprestigiar a la persona, lo que puede comprometer su salud; y (g) la afectación psicológica puede producirse de manera característica según la fase del acoso.

Por cierto, para la síntesis en este tema, se utiliza una vez más las lecciones de la profesora Marie-France Hirigoyen:⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵

“Como hemos visto, la perversión narcisista es un mecanismo que nos permite evitar la angustia proyectando en el exterior todo lo que es malo. Se trata, en este caso, de una defensa contra la desintegración psíquica. Atacando al otro, los perversos buscan sobre todo protegerse. Donde podría surgir la culpa, nace una angustia psicológica insoportable, que es proyectada con violencia en el chivo expiatorio, es decir, la que es el receptáculo de todo lo que su agresor no puede soportar. Como ellos mismos tuvieron que aprender de la infancia para protegerse, para separar en sí mismos las partes sanas de las partes heridas, los perversos siguen funcionando de manera fragmentada. Su mundo les permite ser mejores en la vida y les garantiza una estabilidad relativa. Debido a que se sienten impotentes, los perversos temen la omnipotencia que imaginan en los demás. En un mecanismo casi delirante, desconfían de ellos, les prestan un mal que no es más que proyección de la suya. Cuando este mecanismo es eficaz, el odio proyectado en un objetivo que se torna presa, es suficiente para apaciguar las tensiones internas, lo que permite que el perverso se muestre un compañero agradable en otros ambientes. De ahí la sorpresa, o incluso la negación, por parte de personas que aprenden de las formas perversas de actuar de un perverso que hasta entonces no había mostrado más que su rostro positivo.”

Por supuesto, el acosador, que, en general, posee más de uno (o todas) las características psicológicas descritas anteriormente, sólo practica los actos de acoso o terror psicológico, porque se siente legitimado a esto, en la relación laboral poder-sujeción.

Como se ve, ésta legitimación se deriva de una "justificación" histórica de la subordinación de naturaleza subjetiva en la relación laboral, alcanzando su cúspide en el

⁴⁷⁴ HIRIGOYEN, Mari-France. *Assédio...* Op. Cit., p. 151 (traducido).

⁴⁷⁵ Jorge Luiz de Oliveira da Silva concluye: *"Los casos concretos que han sucedido han demostrado que el asedio moral no es impulsado por una sola motivación, sino por una combinación de aspectos que varían ampliamente para caso. Todos los factores que promueven el asedio moral, sin embargo, están de alguna manera relacionados con una desviación de conducta por parte del asediador, sedimentando la ausencia del factor ético en las relaciones interpersonales que involucran el ambiente laboral. El asediador moral, en primer lugar, es un desafortunado, psicológicamente desajustado."* (Silva Jorge Luiz de Oliveira de. *Até onde nos conduz o assédio moral. Partes Revista Virtual*. Disponible en: <www.partes.com.br/assediomoral/profjorgeluiz.asp>. Acceso: 10 jul. 2007; traducido).

capitalismo globalizado especulativo, que siempre está en busca de una mayor productividad y ganancias.

Después del análisis del acoso moral bajo la lente de la filosofía y la psicología, así como el perfil psicológico del asediador, avanzamos al examen de la tentativa de confrontar la cuestión por el derecho positivo, resultante del proceso cultural reglamentario.

2.3 El proceso cultural regulador

Además del comportamiento practicado por el empleador que está históricamente legitimado, la gran dificultad de frenar el acoso moral laboral, después de su visualización social, consiste en el hecho de que el derecho positivo, resultante del proceso cultural regulador, por regla general, no proporciona una solución adecuada para el psicoterror laboral.

El proceso cultural regulador no impide la práctica del acoso. Al revés, además de producirlo, se ajusta, legitima y justifica, perpetuando la situación de opresión del trabajador en relación con el empleador.

Para el estudio de este tema, es necesaria una breve investigación sobre la cultura y los procesos culturales.

2.3.1 Cultura y proceso cultural

La cultura es presentada por la transmisión viabilizada por actos simbólicos, y como adquisición del ser humano, consiste, en consecuencia, en la definición del modo de vida de su grupo.

Una primera diferencia que se establecerá en este tema es la referencia de la cultura y lo cultural. Como enseña Herrera Flores, la cultura no se confunde con lo cultural, porque es estática y éste (como proceso) es dinámico.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ “[...] cuando nos encontramos con seres humanos y sus plurales y diferenciadas formas de relación con el ambiente natural, psíquico y social, hablamos de algo más que de “cultura”, o, lo que es lo mismo, algo más que de la interacción con el medio ambiente en que se desarrollan. Más que cultura, debemos utilizar, pues, el concepto de “procesos culturales”, es decir, procesos de reacción frente al conjunto de relaciones sociales, psíquicas y naturales en las que nos movemos; procesos, en fin, que nos condicionan, pero que, al mismo tiempo,

Clifford Geertz⁴⁷⁷, uno de los principales antropólogos del siglo XX, considerado el fundador de la "antropología hermenéutica" (también llamada "simbólica" o "interpretativa"), una de las líneas de antropología contemporánea, elaboró un método diferente de análisis de la información obtenida entre las sociedades que investigaba, a diferencia de la metodología abstracta y alejada de la realidad, que prevalecía en ese momento. Con este fin, Geertz procedía a lecturas sobre las sociedades como si fueran análogas a los textos, de modo que todos los elementos de la cultura examinada debían entenderse sobre la base de la textualidad inherente a la realidad cultural. Su método se basa en el estudio de quiénes son las personas de una cultura particular, qué hacen y por qué hacen lo que hacen.

El antropólogo estadounidense disenta del enfoque etnocéntrico, visto como positivo por los estructuralistas de la época. Para él, el riesgo del etnocentrismo era aprisionar al ser humano en su interpretación personal, afirmando que el gran problema en el estudio de la antropología no es sorprender al otro, sino ser sorprendido por sí mismo. Para Geertz, el ser humano es un animal atado a los significados que él mismo tejió⁴⁷⁸. Él entiende la cultura como algo "esencialmente semiótico", creyendo que la cultura no es una ciencia experimental, sino una ciencia interpretativa, que busca un significado.⁴⁷⁹ Y para entender esos hilos, que tienen símbolos significativos, se debe analizar la cultura no como una ciencia experimental en busca de leyes, sino como una ciencia interpretativa, en busca de significado. Una tarea compleja, ya que la interpretación de un texto cultural siempre es difícil y lenta.⁴⁸⁰ La naturaleza humana, tal como la conocemos, ha sido determinada por la cultura. Como Geertz observó en su obra⁴⁸¹, la supuesta precedencia temporal de la biología humana en relación con la cultura es incorrecta. Por el contrario, para el autor, la cultura precede anatómicamente al ser humano moderno en unos dos millones de años. La cultura no fue simplemente añadida a la naturaleza humana ya completa; estuvo decididamente involucrada en la constitución de la especie, como una

pueden ser condicionadas por nosotros en función de la capacidad humana genérica para transformarnos a nosotros mismos y a los entornos en que nos desarrollamos, sea esta transformación – tal y como estamos repitiendo en estos párrafos – usada para bien o para mal.” (En: **El proceso...** Op. cit., p. 62).

⁴⁷⁷ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Río de Janeiro: LTC, 1989, p. 13 a 41.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁷⁹ *Idem*.

⁴⁸⁰ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 20. ed. Río de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 63.

⁴⁸¹ GEERTZ, Clifford. Op. Cit., 1989.

condición selectiva notable. El cuerpo humano es un cuerpo cultural, lo que también significa que la mente es una mente cultural.

Como creadora y poseedora de actos simbólicos, la persona humana, en consecuencia, está ligada a la tela que ha tejido, teniendo en la cultura algo público, de modo *que “la cultura de una sociedad se compone tanto de aspectos intangibles – creencias, ideas y valores que dan contenido a la cultura – como tangibles: objetos, símbolos o tecnologías que representan ese contenido”*⁴⁸². Sin embargo, Geertz⁴⁸³ afirma que en esta área no hay manera de llegar a la verdad sin bajar a los hechos, analizando capa tras capa, lo que revelando y haciendo más definida la cultura de un pueblo.

Para Herrera Flores⁴⁸⁴, trabajar conceptualmente con la categoría de cultura es muy difícil, por – al menos – cuatro razones: (a) la gran influencia del estructuralismo del siglo pasado, que dividió el conocimiento en esferas autónomas, independientes e irreconciliables, determinando que todos los aspectos relacionados con la cultura se desprenden de los estudios antropológicos sobre formas de vida primitivas; (b) la relación inversamente proporcional que Occidente ha establecido entre los conceptos de "cultura" y "civilización", y Occidente se ve narcisamente como una isla de civilización rodeada y amenazada por un mar furioso de otras culturas (bárbaros); (c) consideración, por parte de las potencias dominantes, de que los conflictos mundiales son de naturaleza cultural, y no conflictos derivados de luchas geoestratégicas por el control de los recursos naturales y la atribución de áreas de influencia a algunos (minoritarios) en detrimento de otros (mayoría); (d) el aparente entrelazamiento entre cultura e identidad, cuando lo cultural se reduce a meras cuestiones de pertenencia a una nación, etnia o raza, que termina cerrando toda la posibilidad de cambio cultural, porque lo que se toma por "nuestro" y lo que nos "identifica" es algo que debe preservarse de cualquier tipo de interferencia externa, notoriamente "más perjudicial".

De hecho, el estructuralismo, al reducir el estudio de la cultura a la investigación antropológica de civilizaciones antiguas, además de la visión occidental centrada acerca de la cultura civilizada, así como la idea de que los conflictos serían el resultado de cuestiones culturales y no de disputas geoestratégicas sobre los recursos naturales, en la búsqueda del poder, constituyen un conjunto de factores que dificultan la comprensión y un debate más

⁴⁸² GIDDENS, Anthony. **Sociología**. 4. ed. Madrid: Alianza, 2004. p. 51.

⁴⁸³ GEERTZ, Clifford. **Observando o Islã**: desenvolvimento religioso no marrocos e na indonésia. Rfo de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 35.

⁴⁸⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 12.

profundo sobre la cultura , produciendo como resultado la "reducción de la cultura", que llega a ser vista como algo estático, inmaculado, absoluto, dogmático, que impide cambios e intercambios culturales. Pasando a existir sólo una forma (hegemónica) de percepción del mundo ("civilizado"), a la que todos deben adaptarse como única forma de vida aceptable.

Para evitar esta grave equivocación, propone el jusfilosofo sevillano que, al trabajar conceptualmente la cultura, debemos partir de algunos presupuestos:⁴⁸⁵ (a) la necesidad de oponernos a los cierres de categorías estructurales, como la afirmación de la interdisciplinariedad, en la necesaria interrelación y contacto entre los diferentes enfoques intelectuales y teóricos al contexto de las relaciones en las que vivimos; (b) el reconocimiento de que los seres humanos, más que "animales sociales", son "animales culturales", sin culturas superiores o inferiores, ya que todas las formas de vida reaccionan culturalmente al ambiente, y no hay elementos únicos que sugieran lo que puede ser "universal" o "racional" ya que el único elemento que puede ser admitido como universal es la capacidad humana genérica para reaccionar culturalmente al entorno, como la restante dominación y legitimación de la explotación y la violencia; (c) las diferencias culturales en la reacción al mundo no son la base de conflictos geoestratégicos; por el contrario, son los que llevan a los actores en conflicto a aumentar sus reacciones culturales de manera absoluta con el fin de aportar legitimidad a sus acciones, protegiendo a su comunidad; son los intereses geoestratégicos del poder y la dominación los que bloquean las reacciones e intercambios culturales; (d) es urgente repensar una nueva cultura de los derechos humanos, que supere a los supuestos positivistas e ideas jusnaturalistas, ya que no es posible aceptar más la noción de derechos humanos como productos de la "condición humana" descontextualizada, que se ha desarrollado en el curso de la historia humana occidental desde la antigua Grecia; por lo que se hace imprescindible la construcción de una cultura de derechos humanos que no acepte las injusticias derivadas de la explotación y marginación de la mayoría de los seres humanos.

Por lo tanto, es imperativo salir de las reducciones culturales realizadas por los estructuralistas, con la afirmación saludable de la interdisciplinariedad y la necesaria interrelación entre las diferentes teorías, así como el reconocimiento de que todos somos "animales sociales y culturales", sin culturas superiores o inferiores, ni debe aceptarse la existencia de una cultura racional superior a las demás, ya que el único aspecto que se puede extraer como universal es la capacidad humana genérica para reaccionar culturalmente al entorno y el estímulo de vida en sociedad. También es relevante señalar que el cierre de los

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 13.

intercambios culturales e intelectuales se debe a los objetivos geoestratégicos de la dominación y el poder, por lo que es fundamental repensar una nueva cultura de derechos humanos que vaya más allá de las limitaciones positivistas o jusnaturalistas.

El acoso laboral es el resultado de un proceso cultural. No obstante, es necesario investigar si el acoso sigue estando bajo el signo cerrado de la cultura y cuáles son las posibilidades de reacción de las víctimas ante posibles procesos culturales.

Así, examinando las diferencias entre cultura y proceso cultural, somos capaces de analizar el proceso cultural como determinante de la metodología de acción social.

2.3.2 Proceso cultural como metodología de acción social

Después de la aproximación a los conceptos de proceso cultural y cultura, tenemos, en una breve síntesis, que los procesos culturales son procesos de reacción al conjunto de relaciones sociales, psíquicas y naturales en las que nos movemos.⁴⁸⁶

Herrera Flores enseña que lo cultural debe interpretarse como un proceso a partir del cual contamos con materiales adecuados para construir otras metodologías de acción e interacciones sociales más dispuestas a transformar el mundo, crear nuevos significados y nuevas realidades, partiendo de la comprensión de que ha existido y hay otras formas de percibir y enfocar el entorno de las relaciones en las que vivimos.⁴⁸⁷

Lo que hace que el ser humano sea completo es la capacidad genérica de establecer nuevos significados frente al mundo en continuo intercambio. Sólo si el ser humano es capaz de "(re)apropiarse" de su capacidad genérica para construir signos culturales podrá escapar del estado de inadaptación y la pérdida de los sentidos tradicionales.⁴⁸⁸

En la metodología de acción social, Herrera Flores afirma que se deben tomar algunas actitudes intelectuales⁴⁸⁹. Nos interesan las siguientes: (a) desenterrar lo olvidado o marginado por las manipulaciones ideológicas del colonialismo y el imperialismo, estableciendo relaciones entre fenómenos que antes se nos impedían (con el objetivo de fragmentar nuestra acción),

⁴⁸⁶ Véase: USSEL, Julio Iglesias; GÓMEZ, Manuel Herrera (Org.). *Teorías sociológicas de la acción*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

⁴⁸⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso...* Op. Cit., p. 92.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 25.

marcando, de manera continua y consciente, formas alternativas de acción social; (b) la indignación por el sufrimiento de los demás debe entenderse como un horizonte absoluto, un espacio de lucha concreta y material, con el objetivo de construir condiciones que permitan superar las causas de fenómenos que nos indignan; (c) luchar contra cualquier forma de fundamentalismo que imponga simplificaciones de fenómenos o sacralización de algún texto (intocable e inmutable); (d) ante la proliferación de actitudes imperialistas, colonialistas y fascistas, no construir nuevas barreras a la creatividad y la transgresión; y (e) no exaltar algún proceso cultural concreto, y luego, con los mismos criterios, rechazar otros.⁴⁹⁰

Todavía es esencial analizar algunos matices sobre la cultura (cierre) y lo cultural (apertura):⁴⁹¹

a) cultura como guía de acción social: los procesos culturales se presentan como la construcción de ciertas metodologías concretas y "contenidos" de acción social; lo único que hace la cultura es guiar la acción, no es el contenido de la acción (esto será económico, político, religioso, geoestratégico o estático);

b) lo cultural surge como el encuentro de los procesos culturales: las diferencias culturales (las diferentes metodologías de acción social) son un hecho innegable y proceden de las diferentes formas de reaccionar de los individuos y grupos frente a diferentes condiciones sociales, económicas, geográficas y ambientales en las que se desarrollan los individuos; entre las formas particulares de reacción cultural, existen relaciones de poder que tienden a volverse hegemónicas debido a alguna razón extracultural (dominación política, acceso a un recurso particular, dominio geoestratégico, utilizando la cultura como excusa y como una guía metodológica para legitimar el mundo del horror, la exclusión y el genocidio); la cultura es un campo de lucha para construir otro mundo en el que nadie, ni él ni el resto de la sociedad se sometan a alguna autoridad externa que se imponga a lo que tiene y a lo que no tiene que asimilar como cultural.

⁴⁹⁰ Herrera Flores (*Ibidem*, p. 25-26) lo denomina "dobles raseros" (duplicidad de criterios para los mismos hechos), que para nosotros representaría la expresión "dos pesos, dos medidas", es decir que dos pesos idénticos no pueden tener dos diferentes medidas (en inglés, la expresión es coincidente: "two weights and two measures"). El autor ejemplifica la justificación de la guerra contra el pueblo iraquí, en virtud de un líder autoritario, mientras que en relación con Kuwait, organizado sobre la base de los mismos supuestos, no hubo rechazo por parte de la comunidad internacional. Presentamos otras situaciones: porque a la fecha, el lanzamiento de dos bombas atómicas sobre la población civil (no militar), diezmando dos ciudades enteras en Japón, realizado por Estados Unidos, no es condenado en la comunidad internacional, en el de la misma forma que el genocidio perpetrado contra el pueblo judío, en la Alemania nazi (ya que el ataque norteamericano se justificó como "necesario" al final de la guerra); o por qué el gobierno "autoritario" de Venezuela (que tiene petróleo en abundancia) está siendo condenado, cuando en otros países (en los que no hay interés geoestratégico) también hay gobiernos autoritarios, con denuncias de graves violaciones a los derechos humanos, pero sin ningún tipo de "conmoción" de la comunidad internacional.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 63 a 68.

c) lo cultural no es algo completo ni cerrado: las producciones culturales han funcionado – y siguen haciéndolo en otros términos, primero, con esta guía de aceptación y adaptación ante el mundo construida por aquellos que tenían, y tienen, el poder de construirla; pero en segundo lugar, no pueden hacerlo (a pesar de las múltiples inquisiciones y la avalancha ideológica actual que suponen los medios de comunicación masivos). Por mucho poder mediático y manipulador que se ostente, es imposible cerrar el camino a otras posibilidades de comprender y actuar en el mundo.

Así como no existen sistemas de dominación homogéneos o eternos, tampoco puede haber metodologías culturales que cierren "absolutamente" la posibilidad del antagonismo y la insurgencia.

Son características del proceso cultural⁴⁹²: (a) la esencia del proceso cultural es reaccionar de manera creativa al conjunto de razones sociales, psíquicas y naturales en las que estamos insertados; (b) no todo es cultura, pero todo está guiado por la cultura; más que animales sociales, somos animales culturales, que explicamos, interpretamos e intervenimos en el mundo, guiados y remitidos por nuestras reacciones culturales a la realidad; (c) el producto que la cultura nos ofrece puede servir tanto para la opresión como para la emancipación; (d) el proceso cultural siempre ha consistido en la lucha por humanizar, es decir, reorientando en dirección de las necesidades y exigencias del ser humano, el conjunto de relaciones que históricamente se han construido con la sociedad y con la naturaleza y esta humanización no tiene más objetivo que la apertura constante de posibilidades y capacidades para reaccionar cultural (humanamente) a los diferentes contextos sociales, económicos, políticos y geográficos en los que vivimos; (e) la cultura es el proceso del cual los seres humanos se relacionan creativamente con el mundo, con la realidad que desarrolla sus vidas; (f) un proceso no sólo de creación de identidad, sino también de creación de significados, de nuevos signos culturales, de nuevas relaciones sociales, psíquicas y naturales en contextos concretos y específicos; (g) proceso que permite justificar o criticar, legitimar o rechazar el conjunto de relaciones dadas entre los seres humanos y la naturaleza (física o psíquica) y entre los diferentes grupos sociales que existen en un momento histórico determinado; y el proceso debe tener un sentido creativo, dinámico, inclusivo, solidario y, sobre todo, emancipador de cadenas ideológicas que cierren la posibilidad de subversión de los órdenes establecidos y la creación de nuevos y alternativos

⁴⁹² *Ibidem*, p. 29 a 39.

órdenes sociales y simbólicos; y (h) el único dogma "incomparable" debe ser la ausencia de dogmas y consideraciones cerradas del mundo.

En resumen, Herrera Flores puntualiza:⁴⁹³

[...] el diferente capital cultural de unos y otros no supone alguna esencia o cultura fiel que divida el mundo entre cultos e incultos, civilizados y bárbaros; así mismo, las diferencias en el caso de los productos culturales, tampoco derivan de algún déficit de comprensión o nivel intelectual de unos con respecto a otros. Esta desigualdad en el acceso a la cultura deriva tanto de las diferencias en el proceso de división social, sexual, étnica y territorial del trabajo y el acceso a los bienes entre clases y grupos sociales, como de los intereses estratégicos del poder y dominación política y económica que nos sitúan en posiciones de privilegio y a otros en situaciones de subordinación.

A partir de las lecciones aprendidas, se constata que la construcción de una concepción de subordinación subjetiva se deriva de un proceso cultural, construido a lo largo de la historia, que establece un cierre de posibilidades de emancipación del trabajador ante la situación empresarial constituida por el sistema económico capitalista dominante.

Por un lado, esta situación impide que los trabajadores (oprimidos) sean considerados como seres humanos plenos, ya que, en la práctica social, son considerados como "seres humanos de segunda categoría" (impidiendo así cualquier reacción a la situación ya consolidada), por otro lado, permite y legitima al empleador/capitalista para tratar a los empleados de cualquier manera (o de manera inhumana), lo que, de una forma casi natural, permite la práctica del acoso moral.

2.3.3 Tipos de proceso cultural

Los procesos culturales, entendidos como un continuo proceso humano de construcción, intercambio y transformación de signos, a partir del cual individuos y grupos guían sus acciones en el entorno de las relaciones⁴⁹⁴, pueden ser reguladores o emancipadores.

Para establecer la diferencia entre estos dos tipos de procesos culturales, es necesario definir el "circuito de reacción cultural".⁴⁹⁵

⁴⁹³ *Ibidem*, 2005. p. 67.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 91.

Según Herrera Flores, la cultura no es el rasgo principal del ser humano, ya que, antes de la aparición de la cultura, el ser humano ya está dentro de ciertas relaciones. Para él, primero surgen las relaciones y luego llegan las representaciones, que sirven para que las personas que las construyen puedan explicar, interpretar y establecer modos de intervención sobre dichas relaciones.⁴⁹⁶

Por lo tanto, las relaciones están con los demás, con nosotros mismos y con la naturaleza, mientras que los productos culturales tratan de explicar, interpretar e interferir en estas relaciones. Los productos culturales no tienen sentido si no están integrados en el contexto de relaciones en las que cumplen sus funciones.⁴⁹⁷

Lo cultural no es una actividad pasiva que se dedique a representar, de manera estática, el conjunto de relaciones. Mediante la búsqueda de medios e instrumentos que permitan explicar, interpretar e intervenir en las relaciones, los seres humanos van cambiando las relaciones de una manera reguladora o emancipadora.⁴⁹⁸

El proceso cultural siempre supone un camino de ida y vuelta entre las reacciones culturales y las redes de relaciones que las hacen emerger.

El proceso cultural construye el marco del proceso de humanización, en el que los seres humanos pasan a ser menos animales sociales, convirtiéndose gradualmente (cada vez más) en "animales culturales".⁴⁹⁹

Todo producto cultural surge en cierta realidad, desde un marco de relaciones sociales, psíquicas y naturales, no existiendo productos culturales fuera de las relaciones que forman sus condiciones de existencia. Así, *"los productos culturales surgen como soluciones simbólicas a determinados contextos de relaciones, siendo determinados no sólo por el contexto, sino también por la realidad en la que están inmersos"*. Y esto significa el "circuito de reacción cultural".⁵⁰⁰

Los productos culturales no son neutros, exentos, asépticos, y pueden tender a la regulación (es decir, buscar el mantenimiento estático de la situación hegemónica existente,

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁹⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos...** Op. Cit., p. 115.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 121.

impidiendo cualquier reacción o transformación del orden de las relaciones dominantes) o la emancipación (cuando buscan la interacción dinámica con el entorno de las relaciones, permitiendo la apertura a la modificación de la situación hegemónica dominante).

Según Herrera Flores,⁵⁰¹ **los procesos culturales reguladores** cierran los circuitos de reacción cultural. Son procesos culturales que impiden a algunos o a todos los agentes sociales crear productos culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en el entorno en el que se sitúan (procesos ideológicos).

Estos procesos están cerrados a la interacción con otros procesos culturales bajo el régimen de igualdad económica y niegan la misma capacidad de hacer valer sus propias convicciones (procesos coloniales). En los procesos culturales del tipo reglamentario, los actores sociales no pueden construir "contenidos" de acción social alternativos a los dominantes y, en consecuencia, no pueden cambiar la metodología de acción social hegemónica (procesos totalitarios o procesos democráticos reducidos a sus aspectos formales).

Por otro lado, **los procesos culturales emancipadores** abren los circuitos de reacción cultural. Así, los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales en función del entorno de las relaciones en las que se encuentren.

Los procesos emancipatorios están abiertos a la interacción con otros procesos culturales, buscando la creación de espacios de encuentro basados en el acceso igualitario a los bienes y la misma capacidad para hacer valer sus convicciones (procesos interculturales).

En este tipo de procesos, los actores sociales pueden construir "contenidos" de acción social que transformen las metodologías de la acción social hegemónica. Constituyendo, por tanto, procesos democráticos, en los que hay complementariedad entre los aspectos formales y participativos de la democracia.

Con respecto al acoso moral laboral, se verifica que se origina en el conjunto de relaciones poder-sujeción, que ha consagrado, a lo largo de la historia, la concepción subjetiva o personal de la subordinación. El derecho positivo que empezó a regular la relación laboral asumió tal concepción de la subordinación, evitando así ninguna ruptura en este círculo vicioso, que retroalimenta el poder (absoluto) del empleador/capitalista y oprime al trabajador.

Por lo tanto, la emancipación se vuelve imposible para el proceso cultural, con el fin de frenar la situación inhumana resultante del acoso. Por el contrario, el producto cultural, en este

⁵⁰¹ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit. p. 91.

caso, surge de un proceso predominantemente regulador, que torna cada vez más natural la práctica del acoso.⁵⁰²

Hay, por lo tanto, un proceso de "naturalización" del trato inhumano, introyectado en la mente del trabajador, a menudo evitando cualquier reacción de carácter emancipatorio contra el psicoterror. Así, el visible – trato inhumano del acoso – se va invisibilizando, y es necesario, por lo tanto, un proceso cultural que permita visibilizar lo invisible (que fue precisamente invisibilizado, por un proceso de naturalización).

Y, por lo tanto, si el proceso cultural regulador no cumple con el papel de evitar la práctica acosadora del empresario y los trabajadores no tienen condiciones de reacción, el circuito de reacción cultural permanece cerrado.

2.3.4 Carencia del proceso cultural regulador o ideológico

El proceso cultural regulador o ideológico es insuficiente para frenar el acoso moral laboral. Por el contrario, se trata de un proceso conformador que perpetúa la subordinación subjetiva presente en la relación laboral, sustrato material del psicoterror. Y es, por lo tanto, un proceso ideológico que no permite intercambios ni alternativas.

El "circuito de reacción cultural" está bloqueando en el proceso cultural regulador. Este bloqueo se basa en los principios de dominación, complementariedad (o individuación), de la necesidad de la victimización.⁵⁰³

El **principio de dominación** nace de diferencias discriminatorias que, en la relación laboral, se producen entre empresario/capitalista (superior) y empleado/proletario (inferior). A través de la dominación, las experiencias hegemónicas son vistas como experiencias universales. Así, el poder del capital se convierte en una abstracción universal, que deriva

⁵⁰² Evidentemente, cuando se trata de procesos culturales, habrá un "predominio" de la regulación sobre la emancipación o viceversa y nunca la "exclusividad" de una sola característica. Como enseña HERRERA FLORES: "...un determinado e histórico proceso cultural tendrá hacia la regulación cuando en él predomine el concepto de cierre sobre el de ruptura, conformando de ese modo procesos ideológicos, coloniales e totalitarios o democráticos reducidos a sus aspectos formales. Por el contrario, un proceso cultural tendrá hacia la emancipación cuando el concepto de apertura prime sobre el cierre, potenciando la generalización de procesos culturales propiamente dichos, interculturales y democrático-radicales. De este modo, los derechos humanos, entendidos como productos culturales, tendrán un sesgo emancipador (abiertos al mundo y a las posibilidades de transformación y cambio) cuando funcionen desde tal concepto de apertura; y, si, por el contrario, los derechos humanos funcionan desde el concepto de cierre, tendrán un carácter regulador (cerrados al mundo exterior y, por consiguiente, funcionales al statu quo dominante, siempre reacio a admitir cualquier tipo de alternativa real em su seno)". (En: **Los derechos...** Op. Cit., p. 123).

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 122.

"naturalmente" del origen de las relaciones sociales, mientras que el trabajo proporcionado por el trabajador es una mera particularidad, un accesorio, que es "reificado" o "cosificado", junto al prestador de servicios. Así, el trabajador pasa por un proceso de "cosificación".

A partir del llamado **principio de complementariedad o individuación**, los dominados u oprimidos aceptan su situación "natural" de inferioridad, reforzando su identidad, con el sentimiento de pertenencia a algo (empresa) o a alguien (jefe/empresario). Por lo tanto, la identificación del grupo oprimido con el dominador hace que el dominado sea incapaz de construir su propia interpretación sobre su opresión. En el acoso, el trabajador empieza a aceptar, como si fuera natural, sin cuestionar, su proceso de "cosificación".

Según el **principio de necesidad**, los trabajadores, viéndose a sí mismos como un grupo naturalmente inferior, que acepta su dependencia o se conforma con pertenecer a la empresa/empleador (abstracto universalizado político, axiológico y sociológico), parecen no tener otra alternativa, sino aceptar vivir de acuerdo con su naturaleza, lo que les impide construir alternativas para desbloquear el circuito de reacción cultural.

Según el **principio de victimización**, a causa de la asunción de los tres principios anteriores, los colectivos sometidos a la lógica del capitalismo se perciben estáticamente como empleados, personas de segunda clase o sujetos estigmatizados por el simple hecho de pertenecer a un grupo político, axiológico y sociológicamente inferiorizado. El proceso ideológico capitalista naturalizó la posición de subordinación subjetiva del trabajador en relación con el empresario, ya que al desconectar los productos culturales que sancionan la internalización del proceso que conecta dichos productos con los sistemas de relaciones sociales, psíquicas y naturales, impiden cualquier reivindicación alternativa.

Joaquín Herrera Flores, de una manera irrefutable, pontifica:⁵⁰⁴

Sin embargo, sentirse víctimas no es lo mismo que verse como "explotados". Se es un explotado, no por pertenecer a una categoría ontológica inamovible, sino por ser sujeto de una relación social concreta. Una relación de subordinación y de marginalización que se "sacraliza" en los procesos de división social, sexual y étnica del hacer humano. Tales situaciones de subordinación y marginación ya no se ven como naturales e inamovibles, sino como productos de signos culturales (es decir, formas de relacionar los objetos – por ejemplo, los bienes necesarios para la vida – y las acciones de los sujetos a la hora de apropiarse o de distribuir tales bienes) que – con el objetivo de sacralizar una determinada visión de las relaciones sociales –, han sido desvinculados de su necesaria e inevitable conexión con las formas de explicar, interpretar e intervenir en el mundo. Por lo que toda búsqueda de alternativas, es decir, todo intento de desplegar nuestra capacidad genérica de construir, de deconstruir y de reconstruir signos culturales, queda bloqueada e impedida. Partir de la categoría social de explotación y abandonar la de víctima, supone abandonar criterios estáticos de entender lo cultural y recuperar para todos y toda la capacidad genérica

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 123.

de crear y transformar el mundo. A partir de esta inserción en el circuito de reacción cultural, la realidad en la que hombres y mujeres negros, trabajadores y trabajadoras precarias e indígenas de cualquier orientación sexual viven, estará determinada, no natural, trascendental o cosificadamente, sino que por fin podrá ser percibida como algo construido por el modo hegemónico de interpretar, explicar e intervenir en el mundo.

La metodología de acción social de quienes ostentan el poder hegemónico tiene como objetivo "deificar" una única forma de percibir y confrontar las diferencias y desigualdades que se instauran a través de los procesos de división social, sexual y étnica del trabajo humano.⁵⁰⁵

Lo cultural debería utilizarse para las siguientes estrategias⁵⁰⁶:

- a) liberar la potencialidad humana de negar y resistirse ante los órdenes hegemónicos que intentarán imponerse, siempre y en todo momento, ocultando que ellos mismos son también productos culturales, lo cual es peligroso, pues, como tales productos, pueden perfectamente ser criticados y transformados;
- b) liberar la potencialidad humana de indignación frente a las injusticias y las explotaciones a las que históricamente se han sometido a los seres humanos al incluirlos jerarquizadamente en proceso de división social, sexual, étnica y territorial. Del trabajo que, mientras privilegian a unos, enflaquecen y empobrecen a otros;
- c) liberar la potencialidad de hacer y des-hacer los entornos de las relaciones en las que vivimos.

La práctica del psicoterror laboral por parte del empresario/capitalista no es más que el producto de un proceso cultural, completamente cerrado, que se basa en el signo de subordinación subjetiva o personal en la búsqueda del mantenimiento del poder "absoluto" sobre los bienes y las personas dentro de la empresa (justificado, jurídicamente, en el derecho a la propiedad), y a menudo se lleva a cabo a través de actos inhumanos (que traducen una devaluación o una falta de respeto a otro ser humano).

El acoso psíquico laboral se deriva, por tanto, de un proceso cultural regulador o ideológico que nace de una diferencia discriminatoria y se basa en la inferiorización, invisibilización o nulificación del trabajador. Por lo tanto, esa dominación subjetiva se convierte en algo universal, incuestionable.

El trabajador, por lo tanto, empieza a aceptar, como si fuera natural, su situación de sometimiento o dominación ante el empresario, lo que refuerza su sentimiento de pertenencia a la empresa, al tiempo que lo induce al sentimiento de identidad con la clase dominada (de una manera absolutamente natural), evitando la toma de conciencia sobre su dominación. Por lo tanto, no hay otra alternativa que aceptar la situación de opresión a la que está sometido.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁰⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 60.

Como se puede ver, el circuito de reacción cultural, en el caso del acoso moral, se encuentra bloqueado, impidiendo cualquier tipo de reacción por parte de los trabajadores.

Examinadas de esta forma, la diferencia entre la cultura y el proceso cultural, así como los tipos de proceso cultural, con énfasis en el proceso cultural regulador o ideológico (que no sólo "produce" la subordinación jurídica como signo de dominación en la relación laboral dentro del sistema capitalista neoliberal, sino que también "produce y reproduce" el propio acoso moral), se torna fundamental examinar el sistema de normas positivado para verificar su capacidad de resolver el problema.

2.4 La insuficiencia del sistema jurídico positivo

El análisis del sistema jurídico positivo demuestra la inmensa dificultad del derecho, como proceso cultural regulador, para que actúe como un instrumento de prevención y/o represión del acoso laboral.

Existen varias causas.

Sin embargo, como lo más destacados está la deficiencia del monismo jurídico estatal (dificultad de que todas las situaciones laborales sean reguladas por el sistema jurídico estatal) y la fosilización de las normas (ya que las leyes terminan sin actualizarse a la velocidad que reclaman los hechos sociales), la dificultad de las normas internacionales sobre derechos humanos para producir efectos en los sistemas jurídicos internos de los países, el descrédito de los valores, los principios y las normas constitucionales (que ahora se consideran simples abstracciones, incapaces de concretarse en casos reales) y la deficiencia de normas infraconstitucionales (ya que, por regla general, tales normas no contemplan situaciones de acoso moral laboral).

2.4.1 Monismo legal y fosilización de las normas⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ J.J. Gomes CANOTILHO enseña que la metodología jurídica tradicional distingue entre normas y principios, y las "reglas" y "principios" son dos tipos de "normas", y la distinción entre "reglas" y "principios" es una distinción entre dos especies de "normas". Op. cit., p. 166.

Ordinariamente, las reglas son aprobadas por el Poder Legislativo (o Parlamento), en un contexto histórico determinado, teniendo como base la situación económica, política, social y cultural de una sociedad en época determinada.

Los sistemas jurídicos no provienen de esquemas interpretativos ideales previamente establecidos ("*a priori*") o en proposiciones técnicas lógico-formales, sino que provienen de la praxis cotidiana interactiva que se organiza para formar la vida en sociedad.⁵⁰⁸

Es posible afirmar, por lo tanto, que las reglas se deben al "caldo cultural" de una sociedad determinada en un cierto módulo espacio-temporal. Y, como resultado de esto, en los sistemas jurídicos occidentales, las normas tienen en su carga genética la marca del sistema capitalista, constituyendo una fotografía de ese momento en particular.

Como ya se examinó en el primer capítulo, el derecho moderno occidental tiene su origen en el derecho romano, y esto fue recuperado por los glosadores de los siglos XI y XIII, originando en la península ibérica las Leyes de derecho de Castilla y Portugal, las cuales, más tarde tendrán un impacto en las Américas, a través de sus colonias.

De esta forma, a diferencia de la edad medieval, en la que el feudalismo se basaba en la concepción corporativa de la vida social, con la valorización de fenómenos colectivos y múltiples órganos sociales (con funciones políticas y jurídicas), concibiendo un derecho medieval como una estructura difusa, sistemática y pluralista (cada reino y feudo estaba gobernado por su propio derecho), el proyecto que se constituyó en la modernidad occidental (capitalista, burguesa y liberal) traerá consigo un sistema de derecho normativo con diversas características.⁵⁰⁹

De acuerdo con Antonio Carlos Wolkmer, el fenómeno jurídico que aparece en la cultura europea, en la modernidad occidental de los siglos XVII y XVIII, corresponde a la visión del mundo dominante en el contexto de la formación de la sociedad burguesa emergente, en una forma de producción material y economía capitalista, con ideología hegemónica liberal-individualista y con la forma de organización institucional del poder políticamente centralizado, a través de la figura del Estado Nacional Soberano, que empezará a configurarse como una dominación racional-legal y burocrática.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de una nueva cultura del derecho. Editorial Mad, Sevilla, 2006, p. 39.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 40.

⁵¹⁰ *Idem*.

De hecho, estas diferentes estructuras, actuando de manera conjunta, pasan a conformar un sistema jurídico delimitado por los principios del monismo jurídico de la estadidad, la racionalidad formal y la seguridad.⁵¹¹

Se verifica, sin embargo, que el monismo jurídico de la legislación estatal no consigue responder a las nuevas situaciones que surgen, evidenciando la crisis dogmática, en virtud de la disfuncionalidad del sistema. Es necesario buscar nuevos modelos o paradigmas. El dogma jurídico está en crisis, porque no puede ofrecer soluciones eficientes y más adecuadas a cuestiones sociales importantes, como ya se examinó en el capítulo anterior. El pluralismo jurídico se convierte en una alternativa a los obstáculos impuestos por el monismo.

Además, más allá de las normas que impiden la apertura del circuito de reacción cultural, estas terminan fosilizando las situaciones jurídicas y los derechos que regulan.

Con respecto al acoso moral laboral, es evidente que este fenómeno, si bien existe desde hace mucho tiempo, pasa a ser no visto social y jurídicamente por el propio contexto histórico que forma el derecho estatal monista y el dogmatismo jurídico unitario (unívoco).

Por lo tanto, aunque hay una voluntad de reglamentar, con el fin de prevenir y reprimir el acoso laboral, la expectativa siempre será que el Estado promueva la regulación. Esto no sólo hace que las situaciones de acoso (y los trabajadores, víctimas de acoso empresarial) se queden esperando la actuación de un Estado burocrático aletargado y no empático con el sufrimiento de las personas vulnerables (impidiendo la acción directa de los propios interesados y la búsqueda de alternativas dentro de un pluralismo legal, de carácter emancipador), sino que también es evidente que una eventual regulación vendrá con las características de la propia conformación histórica del Estado, resultante de un proceso cultural regulatorio o ideológico, basado en el proyecto burgués-capitalista de la modernidad, que dificulta la formación de una cultura contraria a las prácticas del acoso.

Además, incluso si se editan las normas (y con cierto potencial transformador), hay una tendencia a su fosilización, de modo que tienden a ser superadas muy rápidamente, necesitando un "cierto esfuerzo hermenéutico humanista", que a menudo no es visto con buenos ojos por gran parte de la sociedad y los propios magistrados, todavía vinculados a la idea de que el "juez es la boca de la ley".⁵¹²

⁵¹¹ *Idem.*

⁵¹² Un personaje del "juez boca ley" ("bouches de la loi") fue creada por el filósofo francés Montesquieu en su obra "El Estado de Derecho" y parte de la noción de que el juez debe someterse siempre a la autoridad de la ley;

2.4.2 Obstáculos a la incidencia de las normas internacionales

Además de las dificultades provocadas por el predominio del monismo jurídico y la fosilización de las reglas, las normas del derecho internacional siempre han encontrado dificultades en la incidencia de los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez como consecuencia de prejuicios o desconfianza a las organizaciones internacionales que los editan.⁵¹³

Sin embargo, lo cierto es que muchos Estados, incluso miembros de organizaciones internacionales y participantes en la creación de las normas internacionales, terminan creando obstáculos jurídicos a la aplicación del derecho internacional dentro de sus sistemas internos, especialmente en lo que respecta a los derechos humanos.⁵¹⁴

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas (1948) establece que todas las personas tienen derecho a trabajar en "*condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo*", así como la "*existencia de acuerdo con la dignidad humana*" (art. 23).

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁵¹⁵ establece que todas las personas tienen derecho a "*gozar de condiciones laborales justas y satisfactorias*" que les garanticen una remuneración "*equitativa*" y "*en condiciones de existencia digna para ellos y sus familias*", además del derecho a la "*seguridad e higiene en el trabajo*" (art. 7).

en oposición al "juez hermeneuta" (humanista), que aplica las leyes teniendo en cuenta el principio superior de la dignidad de la persona humana.

⁵¹³ La Organización Mundial de la Salud (OMS) también se ha preocupado por el problema del acoso en el lugar de trabajo. En la conferencia sobre salud mental, durante el período comprendido entre el 12 y el 15 de enero de 2005 en Helsinki, el informe de la OMS indicó como prioridades del programa de salud y seguridad laboral 2002-2005 la lucha contra el trabajo repetitivo y la lucha contra los problemas psicológicos y sociales. En: THOME, Candy Florencio. Op. Cit., p. 65-66.

⁵¹⁴ Flavia PIOVESAN destaca que la región latinoamericana está marcada por sociedades poscoloniales, caracterizadas por el alto grado de exclusión y violencia, sufriendo un "centralismo autoritario del poder", generando el fenómeno de "hiperpresidencialismo" o formas de "democracia delegativa". En el artículo: Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. En: **Revista do TRF 4ª Região**. Porto Alegre, a. 26, n. 88, 2016, p. 96-97.

⁵¹⁵ Brasil se unió al Pacto el 24.01.1992.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, aunque preocupada por el acoso moral desde principios de milenio⁵¹⁶, sólo en 2019 edita la Convenio n° 190, una norma que tiene por objeto del acoso moral y el acoso sexual.⁵¹⁷

Aunque no es específico en relación con el psicoterror laboral, ya existían Convenios y Recomendaciones de la OIT que bosquejaban la cuestión.⁵¹⁸

El Convenio n° 111 (1958) de la OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación puede considerarse una de las primeras normas internacionales que tienen incidencia en el fenómeno del psicoterror laboral. En el artículo 1º, 1, "a" establece que el término "discriminación" comprende: *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social, que tenga el efecto de destruir o alterar la igualdad de oportunidades o trato en materia de empleo o profesión"*. Y en el punto "b", dice: *"cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o trato en materia de empleo o profesión que pueda especificar el Miembro interesado luego de que se consulte a las organizaciones que representan a empleadores y trabajadores, cuando estas existan, y a otros organismos apropiados"*. Es de suma importancia está referida norma internacional, porque define lo que es "discriminación", y puede aplicarse en todos los casos de acoso laboral que

⁵¹⁶ La Organización Internacional del Trabajo, en década que inauguraba el nuevo milenio, en su página en Internet, ya demostraba preocupación con el tema: *"A 2000 survey of the then-15 Member States of the European Union showed that bullying, harassment and intimidation were widespread in the region. In Germany, a 2002 study estimated that more than 800,000 workers were victims of mobbing, i.e a group of workers targeting an individual for psychological harassment. In Spain, an estimated 22 per cent of officials in public administration were victims of mobbing. In France, the number of acts of aggression against French transport workers, including taxicab drivers, rose from 3,051 in 2001 to 3,185 in 2002. In Japan, the number of cases brought before court counselors totaled 625,572 between April 2002 and March 2003. Of these, 5.1 per cent, or almost 32,000, were related to harassment and bullying, whereas, from April to September 2003 a 51,444 consultations requests, 9.6 per cent concerned bullying and harassment. In developing countries, the most vulnerable workers include women, migrants and children, according to the report. In Malaysia, 11,851 rape and molestation cases at the workplace were reported between 1997 and May 2001. Widespread sexual harassment and abuse were major concerns in South Africa, Ukraine, Kuwait and Hong Kong, China, among others, the report said. In South Africa, workers in the health care sector bear the brunt of workplace violence, according to the study. Over one 12-month period, a survey showed 9 per cent of those employed in the private health sector and up to 17 per cent of those in the public sector experienced physical violence. On a more positive note, the study cited improvements in England, Wales and the United States. In England and Wales, the estimated 849,000 incidents of workplace violence in 2002-2003, including 431,000 physical assaults and 418,000 threats, represented a decline from 1.3 million such incidents cited in a previous survey. In the United States, where homicide is the third leading cause of death at work, the number of workplace murders has declined in recent years, with a similar trend for non-fatal assaults. The report says women represent approximately 61 per cent of all victimized workers because of their concentration in jobs considered high-risk for assault. The cost of workplace violence, while high, is often difficult to calculate. Some countries, such as Australia, estimate costs to employers to be between 6 and 13 billion Australian dollars; in other areas such as the European Union, studies show a significant correlation between health-related absences and exposure to violence at work"*. Na página virtual da OIT: <<http://www.ilo.org/>>. Acceso: 14 Enero. 2008.

⁵¹⁷ El Convenio n° 190 de la OIT, en virtud de sus particularidades, será analizada en el capítulo 4.

⁵¹⁸ THOME, Candy Florencio. Op. Cit., p. 64-65.

tengan por base la discriminación, recordando también que las "distinciones", "exclusiones" o "preferencias" basadas exclusivamente en las cualificaciones requeridas para un trabajo determinado, de acuerdo el art. 2, no pueden considerarse discriminatorias.

El Convenio n° 143 de la OIT (1975) sobre la inmigración en condiciones abusivos y la promoción de la igualdad de oportunidades y el trato a los trabajadores migrantes, de la misma manera, puede tener repercusiones en los casos de acoso discriminatorio, ya que prevé en su art. 10 la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y nacionales, lo que evitaría el acoso como consecuencia del origen o la nacionalidad.

El Convenio n° 155 da OIT (1981), sobre la seguridad y la salud de los trabajadores en el entorno laboral, también puede incidir en algunas situaciones de acoso, dado que el término "salud", en relación con el trabajo, abarca no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad y la higiene en el trabajo, como se encuentra expresamente precepto en su art. 3º, "e".

En el mismo punto de sintonización, la Recomendación n° 164 de la OIT incluye, en su artículo 2º, la seguridad mental del trabajador en la definición de salud y, en su art. 3º, determina que deben adoptarse las medidas adecuadas para evitar el estrés físico o mental, relacionado con las condiciones de trabajo.

Las Recomendaciones n° 53 (1937), relativas a la seguridad de las construcciones, n° 142 (1970), sobre la prevención de accidentes para los marineros y la n° 162 (1980) sobre los trabajadores de edad avanzada, tienen cuestiones relacionadas con el entorno laboral, la seguridad y la salud de los trabajadores, y pueden aplicarse, en algunas circunstancias específicas, a situaciones de acoso moral.

Vale la pena destacar que la Organización Internacional del Trabajo, cuando publicó la "Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento", en 1998, eligió la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación como uno de estos principios y derechos fundamentales en el trabajo, junto con la libertad sindical y la eliminación del trabajo forzoso e infantil. La Declaración establece la obligación de respetar esos derechos fundamentales, independientemente de la ratificación de los respectivos Convenios (n° 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 182).⁵¹⁹

⁵¹⁹ En la Unión Europea, La Directiva 76/207/CEE establece, en su artículo 2, el punto 3: "El acoso moral y el acoso sexual, en el sentido de la presente Directiva, se consideran discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, están prohibidos". La Directiva también prevé situaciones que no deben considerarse discriminatorias añadiendo el requisito de proporcionalidad: "Las distinciones objetivamente justificables a condición de que el

Sin embargo, como ya se ha visto, existen muchos obstáculos para la incidencia de las normas internacionales en los sistemas jurídicos internos de los países.

En Brasil, además del gran prejuicio en relación con las normas internacionales, siendo casi raro los juzgados (especialmente en el primer y segundo grado de jurisdicción) que incluyen dispositivos de normas universales o cosmopolitas, el alto grado de abstracción de estas normas, hacen difícil su aplicación inmediata a casos concretos (haciendo necesario mediar en concreciones, por normas internas), la cultura de los magistrados del trabajo (resultante de la aplicación de la ley de derecho de la familia romano-germánica, basados casi exclusivamente en el derecho interno), así como en la lentitud y complejidad del procedimiento de internalización, son factores que dificultan mucho la incidencia de las normas internacionales.

También está el debate, después de la internalización del tratado internacional, sobre qué *status* tendrá dicha norma dentro de la jerarquía interna del ordenamiento jurídico nacional (ya sea el derecho ordinario, la norma supralegal o si es equivalente a una enmienda constitucional).⁵²⁰ En el orden jurídico y constitucional brasileño, los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos ratificados antes de la Enmienda Constitucional n° 45/2004 tendrán un *status* de norma supralegal.⁵²¹ Sólo si se adopta el procedimiento previsto en el artículo 5°, § 3°, de la Constitución, en la que los tratados de derechos humanos tendrán la eficacia de las enmiendas constitucionales.⁵²² Ahora, las normas internacionales de otra naturaleza sólo tendrán la fuerza del derecho ordinario. Las normas internacionales no ratificadas o ratificadas, pero aún no internalizadas, en principio, no son eficaces en la legislación nacional interna.

objetivo sea legítimo y el requisito proporcional, adoptando los medios apropiados y necesarios no serán considerados como discriminación (artículos 2 y 6)".

⁵²⁰ Flavia PIOVESAN plantea: "*En cuanto a la incorporación de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, se observa que, en general, las Constituciones Latinoamericanas otorgan a estos instrumentos una jerarquía especial y privilegiada, distinguiéndolos de los tratados tradicionales. En este sentido, el art. 75, 22, de la Constitución argentina, que atribuye expresamente la jerarquía constitucional a los tratados más relevantes para la protección de los derechos humanos y el artículo 5°, §§ 2° e 3°, de la Constitución brasileña, que incorpora estos tratados al universo de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos*". En el artículo: *Proteção dos direitos sociais: desafios do jus commune sul-americano*. En: **Revista do TST**. Brasília, vol. 77, n. 4, octubre/diciembre de 2011, p. 131.

⁵²¹ El tribunal supremo Federal, en el momento del juicio de Apelación Extraordinaria n° 349.703-1 concibió los anteriores tratados internacionales de derechos humanos a la inclusión de § 3° del art. 5° de la Constitución Federal (por la Enmienda Constitucional n° 45/2004) como norma "supralegal".

⁵²² El artículo 5°, § 3°, del CR/88 dispone: "*Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que se aprueben, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos rondas, por tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales*" (incluida por la Enmienda Constitucional n° 45 de 2004).

La misma dificultad desde el punto de vista de la eficacia tienen las normas constitucionales.

2.4.3 La falta de credibilidad en los valores y principios constitucionales

La Constitución de la República Brasileña consagra el Estado de Derecho Social y Democrático, con disposiciones (y principios) que pueden incidir en los casos de acoso laboral.

El art. 1º, que se refiere a los **fundamentos** de la Constitución de la República, incluye, entre otros: la ciudadanía; la dignidad de la persona humana; y los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa (artículos II, III y IV, respectivamente).

Por otro lado, el art. 3º disciplina **objetivos fundamentales**, tales como la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación (I a IV).

En cuanto a las relaciones internacionales, Brasil se rige, entre otros, por **los principios**: de la prevalencia de los derechos humanos; la defensa de la paz; el repudio al terrorismo y al racismo; y el de la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad (II, VI, VIII y IX, respectivamente).

Ya en el rol de los **derechos individuales fundamentales**, consta en el art. 5º de la Constitución de la República, el derecho a la intimidad y al honor del "ser humano trabajador" (art. 5, V y X, de CR/88) y que no puede ser sometido a un trato inhumano o degradante (art. 5º, III, de CR/88).

Y, relativo a los **derechos sociales** (art. 6º del CR/88), toda "persona trabajadora" tiene derecho a mantener su salud mental y psíquica, así como al ambiente de trabajo saludable (art. 6º c/c arts. 200, VII, y 225, todos de CR/88).

La Constitución de la República también erigió el derecho al "medio ambiente ecológicamente equilibrado" (art. 200, VIII), en este entendido el "del trabajo" (art. 200) como un derecho fundamental de todos, también consagrando los principios de "riesgo mínimo regresivo", de "prevención", "precaución" y "pago contaminante".

El principio de **riesgo regresivo mínimo**⁵²³ está consagrado en el artículo 7º, XIII, de la Constitución de la República, cuando garantiza "*la reducción de los riesgos inherentes al*

⁵²³ La expresión "riesgo regresivo mínimo" fue acuñado por Sebastião Geraldo OLIVEIRA. Op. Cit., p. 120-125.

trabajo, a través de normas de salud, higiene y seguridad". Según este principio, el propósito principal es la máxima reducción de riesgos, con la eliminación de agentes nocivos para la salud. Sólo cuando no sea posible, desde el punto de vista técnico, la eliminación, el empleador debe reducir la intensidad del agente perjudicial para el campo límite de agresión tolerable. Por lo que respecta al acoso laboral, este principio debería imponer al Estado y al empleador la obligación de adoptar medidas eficaces tanto para su prevención como para su represión.

El **principio de prevención**⁵²⁴ tiene como finalidad evitar, mediante medidas preventivas, daños u ofensas al medio ambiente, por actividades que sean efectivas o potencialmente dañinas. Este principio es complementario al principio de riesgo mínimo regresivo. Se supone que siempre es mejor prevenir, que remediar o reprimir. La prevención, cuando se trata de la salud de los trabajadores, es la consigna. Con respecto al acoso empresarial, objeto de este estudio, el principio de prevención no sólo debe exigir al Estado que emita normas para prevenir el acoso moral, sino que también determine el cumplimiento de estas normas por parte de los empresarios. Además, el cumplimiento de estos principios es requerido por toda la sociedad en su conjunto.⁵²⁵

El **principio de precaución**, por otra parte, es la idea de que antes de que se pueda determinar cualquier daño ambiental (mediante una efectiva comprobación científica), ya podrían adoptarse "medidas cautelares" en relación con cualquier daño o perjuicio, cuando ya existen algunos estudios científicos o una "desconfianza científica" de la que dicho procedimiento o dicho producto utilizado pueda causar algún daño al medio ambiente.⁵²⁶ Se

⁵²⁴ En: CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de, MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de direito ambiental do trabalho**. Sao Paulo. Ed. LTR, 2013, p. 63-71. Los autores citan varios Convenios de la OIT que adoptan este principio, que son: 139 (1974, sobre el cáncer en el trabajo), 148 (1977, sobre ruido y vibración), 152 (1979, sobre medidas preventivas en el trabajo portuario), 155 (1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores, con el establecimiento de los principios de una Política Nacional para la prevención de accidentes y consiguientes daños a la salud), 161 (1985, en servicios de salud ocupacional), 162 (1986, sobre asbesto/amianto), 170 (1990, sobre benceno), 174 (2001, sobre prevención de accidentes industriales graves), 176 (1995, sobre seguridad y salud en las minas) y 184 (2001, sobre seguridad y salud en la agricultura).

⁵²⁵ En ese sentido, el art. 225 de la Constitución de la República: "*Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, se impone al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras*" (subrayado actual).

⁵²⁶ Los estándares editados por la "American Conference of Governmental Industrial Hygienists" (ACGIH) de aplicación al sistema juslaboral brasileño (item 9.3.5.1 de la NR 09 de la Portaria 3.214/78 del MTE: "*c) cuando los resultados de las evaluaciones cuantitativas de la exposición de los trabajadores superen los valores de los límites previstos en la NR-15 o, en ausencia de estos, los valores límite de exposición profesional adoptados por la ACGIH - American Conference of Governmental Industrial Hygienists, o aquellas que sean establecidas en la negociación colectiva del trabajo, siempre que sean más rigurosos que los criterios técnico-jurídicos establecidos*"), constituyen un buen ejemplo del principio de precaución, ya que incluyen productos que se

trata de un procedimiento de cautela ante posibles y probables daños, aún no comprobados científicamente.⁵²⁷ Básicamente, hay tres modelos de gestión ambiental: el curativo, el preventivo y el de anticipación. El principio de precaución está relacionado con el modelo de gestión de anticipación.⁵²⁸ Con respecto al acoso laboral, el principio de precaución podría actuar permitiendo que el área de recursos humanos de las empresas anticipe prácticas de gestión empresarial (en busca de mejores resultados) que causen ofensa a la integridad psíquica de los trabajadores, prohibiendo su implementación.

De acuerdo con el **principio de contaminante-pagador**, considerado uno de los logros del derecho ambiental contemporáneo, aquel que contamina debe responder por el daño causado al medio ambiente, a través de la indemnización (pago a plazos) o la reparación (actos del contaminante que tienen contenido económico).⁵²⁹ En el contexto del derecho del trabajo, se da un ejemplo de este principio en la obligación de pagar adicionales por insalubridad y peligrosidad (en el art. 7, XIII).⁵³⁰ Con respecto al acoso moral, el principio podría ser efectivo cuando se establezca una indemnización por el daño moral colectivo causado, a través de acciones civiles públicas, independientemente del daño real causado a los trabajadores que son víctimas de conductas de acoso.

Sin duda, la prohibición del acoso laboral se basa en el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1 de la CR/1988), en la valorización del trabajo humano (art. 1º, VI y art. 170, ambos de cr/88), en el derecho a la intimidad y al honor de la "persona trabajadora" (art. 5, V y X, de la CR/88) y en el derecho a mantener su salud física, mental y psíquica, así como al ambiente de trabajo saludable (art. 6 c/c arts. 200, VII, y 225, todos de la CR/88).

Como se analizó, aunque no existe una regulación específica en el orden juslaboral brasileño, la Constitución de la República tiene reglas y principios que pueden ser utilizados para la prevención y represión del acoso empresarial.

consideran: "carcinógeno humano sospechoso" y "carcinógeno animal confirmado con relevancia desconocida para los seres humanos".

⁵²⁷ En: CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de, MELO, Sandro Nahmias. Op. Cit., p. 72-76.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁵²⁹ En la legislación brasileña, el artículo 4, VII de la Ley 6.938/81 ("*Art. 4 - La Política Nacional de Medio Ambiente tendrá por objeto: [...] VII - la imposición, al contaminante y al depredador, la obligación de recuperar y/o indemnizar los daños causados y, para el usuario, la contribución por el uso de los recursos ambientales con fines económicos*").

⁵³⁰ En: CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de, MELO, Sandro Nahmias. Op. Cit., p. 51.

Sin embargo, los obstáculos más comunes que se presentan para la incidencia de normas constitucionales en casos específicos son la falta de una disposición específica sobre el acoso laboral en el texto constitucional (ni siquiera hay ninguna descripción de ninguna conducta típica o tipo-situación de acoso) y la del carácter genérico de las normas constitucionales, que, más a menudo que no, requeriría normas infraconstitucionales para su regulación.

Como enseña J.J. Gomes Canotilho⁵³¹, las normas constitucionales tienen una "apertura horizontal" (de ahí la incompletitud y el carácter fragmentario o no codificante del texto constitucional) y una "apertura vertical" (que evidencia el carácter general e indeterminado de muchas normas), lo que generalmente se deduce de la baja densidad de normas constitucionales.

De hecho, en un caso probado de acoso laboral ante el Poder Judicial, es necesario que el magistrado no tenga perjuicio en relación con los valores constitucionales, de modo que una sentencia condenatoria de una empresa se dicte únicamente sobre la base de las normas y principios constitucionales antes mencionados.

De hecho, se trata de un descrédito de las normas, principios y valores constitucionales en el entorno jurídico.

Por otro lado, la legislación ordinaria (o infraconstitucional) se enfrenta a otro problema: el de la ausencia de una norma laboral específica sobre el acoso laboral.

2.4.4 La deficiencia de las normas infraconstitucionales

Las normas infraconstitucionales, del mismo modo, enfrentan dificultades en la reglamentación del acoso moral, ya sea para la prevención o la represión.

En el sistema jurídico brasileño⁵³², el acoso moral laboral, a pesar de la profusión doctrinal y jurisprudencial sobre el tema, todavía no tiene un reglamento específico.

Cabe señalar que, según la Constitución de la República, sólo la Unión Federal tiene competencia (privativa) para legislar sobre derecho laboral (art. 22, I).

⁵³¹ Op. Cit., p. 188-189.

⁵³² En Brasil, existen varios Municipios y Estados que contemplaron el acoso moral dentro de sus instituciones para tratar de regular las relaciones estatutarias entre sus servidores y la propia Administración Pública. Del mismo modo, se han redactado varios proyectos de ley que prevén el acoso como figura jurídica autónoma, aunque sin aprobación del poder Legislativo.

La CLT, editada durante la segunda guerra mundial, evidentemente no contemplaba la figura del acoso moral. Sin embargo, existen disposiciones legales que pueden utilizarse en casos de acoso laboral, para fines de extinción contractual.

El art. 483 de la CLT permite al trabajador romper el contrato de trabajo, por razones jurídicamente relevantes (en los términos de la CLT, por “justa causa”), con carga económica exclusiva del empleador cuando: (a) sean exigidos al trabajador servicios superiores a sus fuerzas, defendidas por ley, contrarios a las buenas costumbres o no relacionados con el contrato; (b) el empleado sea tratado por el empleador o sus superiores con un rigor excesivo; (c) el trabajador corre un peligro manifiesto de daño considerable; (d) el empleador no cumple con las obligaciones del contrato; (e) la práctica del empleador (o sus empleados) contra el trabajador o personas de su familia, acto de honor dañino y buena fama; (f) el empleador (o sus empleados) ofenden físicamente al empleado, excepto en el caso de defensa propia, o de otro orden; y (g) el empleador reduce el trabajo del empleado, cuando es por pieza o tarea, con el fin de afectar significativamente la importancia de los salarios. Aun cuando en la elaboración de la norma, no se hayan contemplado situaciones estándar de acoso moral, es posible utilizar estas justificaciones legales en casos típicos de acoso moral. De hecho, en los casos de psicoterror laboral, el empleado está autorizado a retirarse del empleo por justa causa del empleador, recibiendo los fondos típicos de esta modalidad de extinción contractual.⁵³³

Sin embargo, de esta disposición legal no se extrae la posibilidad de que el trabajador reclame una indemnización por daños morales y efectos derivados del acoso moral (o incluso como consecuencia de la caracterización de alguna enfermedad ocupacional, debido a la intensidad del daño causado por el acoso). Del mismo modo, es difícil deducir de la norma el derecho de los trabajadores, colectivamente, la abstención del empleador para llevar a cabo conductas de acoso.

La Ley 9.029/95, marco jurídico de las normas contra la discriminación en las relaciones laborales, prohíbe, en su art. 1º, la adopción de cualquier práctica discriminatoria y limitante para el acceso a la relación laboral, o su mantenimiento, debido al sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar, discapacidad, rehabilitación profesional y edad. El art. 4º dispone que la ruptura de la relación laboral por acto discriminatorio, además del derecho a

⁵³³ A saber: los salarios relativos al período de aviso previo (indemnizados, en este caso, en virtud del artículo 478, § 4, de la CLT), observaron la proporcionalidad del tiempo de servicio superior a un año (Lei 12.506/2011); la indemnización compensatoria del 40% sobre los depósitos de FGTS realizados en la cuenta vinculada del trabajador; gratificación proporcional de la Navidad; y vacaciones proporcionales. Los saldos de los salarios, y las vacaciones del período contractual, aunque no son exactamente "cuotas de extinción", ahora se deben a la extinción.

reparación por daño moral, establece que el trabajador pueda elegir entre: (a) la reinserción en el empleo con el reembolso íntegro de todo el período de licencia, mediante el pago de la remuneración adeudada, ajustada monetariamente y aumentada por intereses legales; o (b) la percepción, en doble, de la remuneración del período de licencia, ajustada monetariamente y aumentada por intereses legales. Si bien esta norma no tipifica las situaciones de acoso, es evidente que, sin mucho esfuerzo hermenéutico, puede utilizarse para situaciones de "acoso discriminatorio".⁵³⁴

Una norma importante se establece en el art. 4° de la Ley 11.948/2009, que garantiza la concesión o renovación de cualquier préstamo o financiación por parte del BNDES a empresas del sector privado cuyos líderes sean condenados por acoso moral o acoso sexual, racismo, trabajo infantil, trabajo esclavo o delito contra el medio ambiente.

Ley 13.185/2013, que instituyó en Brasil el "Programa de Lucha contra la intimidación Sistemática" ("Bullying"), definido, artículo 1, § 1, que se *considera "intimidación sistemática (bullying) cualquier acto de violencia física o psicológica, intencional y repetitivo que ocurra sin motivación evidente, practicado por un individuo o grupo, contra una o más personas, con el objetivo de intimidarlos o agredirlos, causando dolor y angustia a la víctima, en una relación de desequilibrio de poder entre las partes involucradas"*. Sin embargo, esta norma, como se deduce del § 2° art. 1° (que aplica el referido Programa al Ministerio de Educación y a los Departamentos estatales y municipales de Educación), del art. 5° (que imputa a los centros educativos, clubes y asociaciones recreativas el deber de garantizar medidas de sensibilización, prevención, diagnóstico y lucha contra la violencia y la intimidación sistemática) no parece haber sido idealizada para centrarse en las relaciones laborales, sino más bien en el entorno "escolar" y "asociativo". En la norma antes mencionada no hay ninguna referencia a la relación laboral, ni a los sujetos de la relación laboral (empleado y empleador), lo que sin duda hace que la "Ley Antibullying" brasileña pierda su eficacia en las relaciones laborales subordinadas, permitiendo interminables discusiones judiciales. Además, la ley no establece ninguna responsabilidad por la no aplicación del Programa. Sin embargo, es posible extraer algunos puntos positivos de esta norma, porque trae "situaciones estándar" de acoso moral, que pueden

⁵³⁴ Ya se reconoce, en la actualidad, el llamado "derecho de antidiscriminación". Acerca del tema, la obra indispensable: RIOS, Roger Raupp. **Derecho de antidiscriminación**: discriminación directa, indirecta y afirmativa. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2008.

ser utilizadas, por analogía⁵³⁵, a otras situaciones laborales, además de señalar que el Estado brasileño no es condescendiente con la práctica del "bullying".

El anexo II de la Norma Reguladora 17 de la "Ordenanza" 3.214/78 del Ministerio de Trabajo y Empleo fue inserida por la Portaria SIT N° 09, de 30 de marzo de 2007. A pesar de que sólo tenga como destinatarios los empleados de "trabajo de teleservicio o telemarketing", el Anexo ha introducido importantes normas sobre la prevención del acoso empresarial. Destacamos el elemento relacionado a la organización del trabajo:

5. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

5.1. La organización del trabajo debe realizarse de manera que no haya actividades los domingos y festivos, total o parcialmente, con excepción de las empresas previamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Empleo, según lo dispuesto en el artículo 68, "caput", el CLT y las actividades previstas por la ley.

5.1.1. Los trabajadores estarán seguros, en casos previamente autorizados, de al menos un día de descanso semanal pagado coincidente con el domingo de cada mes, independientemente de los objetivos, ausencias y/o productividad.

5.1.2. Las escalas de fin de semana y festivos se especificarán e informarán a los trabajadores con antelación, de conformidad con los artículos 67, párrafo único, y 386 del CLT, o mediante convenios o convenios colectivos.

5.1.2.1. Los empleadores tendrán en cuenta las necesidades de los operadores en la elaboración de horarios de trabajo que apoyen las necesidades especiales de la vida familiar de los trabajadores con dependientes a su cargo, especialmente los trabajadores de enfermería, incluida una flexibilidad especial para intercambiar horarios y el uso de descansos.

5.1.3. La duración de las horas de trabajo sólo podrá extenderse más allá del límite previsto de conformidad con la ley en casos excepcionales, debido a alguna fuerza mayor, la necesidad imperiosa o a la prestación o finalización de servicios que no se aplacen o a la no ejecución de los cuales puedan resultar en un daño manifiesto, según lo dispuesto en el artículo 61 de la CLT, que establece la comunicación a la autoridad competente, prevista en el artículo 1 de dicho artículo, en un plazo de diez (10) días.

5.1.3.1. En caso de ampliación del horario normal, será obligatorio un descanso mínimo de 15 (quince) minutos antes del inicio del periodo extraordinario de trabajo, de conformidad con el artículo 384 de la CLT.

5.2. El número de operadores se ajustará a las exigencias de producción para no generar sobrecarga habitual al trabajador. 5.2.1. La cuota de operadores en cada

⁵³⁵ El artículo 2º de la Ley Antibullyng Establece: "*La intimidación sistemática se caracteriza (**bullying**) cuando exista violencia física o psicológica en actos de intimidación, humillación o discriminación, y también: I - ataques físicos; II - insultos personales; III - comentarios sistemáticos y apodos peyorativos; IV - amenazas por cualquier medio; V - graffiti despectivo; VI - expresiones prejuiciosas; VII - aislamiento social consciente y premeditado; VIII - pilhérias*". El párrafo único conceptualiza el "ciberacoso": "*hace intimidación sistemática en la red informática mundial (**cyberbullying**), cuando se utilizan los instrumentos que son adecuados para depreciar, incitar a la violencia, manipular fotos y datos personales con el fin de crear medios de vergüenza psicosocial.*" Y el artículo 3 se definen las principales especies de acciones utilizadas: "*Intimidación sistemática (**bullying**) puede clasificarse, según las acciones practicadas, tales como: I- verbal: insultar, maltratar o nombrar peyorativamente; II - moral: difamar, calumniar, difundir rumores; III - sexual: asediar, inducción y/o abusar; IV - social: ignorar, aislar y excluir V - psicológico: perseguir, amedrentar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantajear e infernizar; VI - físico: puñetazo, patada, golpe; VII - material: hurtar, robar, destruir pertenencias de otros; VIII - virtual: depreciar, enviar mensajes intrusivos de la intimidad, enviar o manipular fotos y datos personales que resulten en sufrimiento o con el fin de crear medios de vergüenza psicológica y social"* (traducido).

establecimiento será suficiente para garantizar que todos puedan disfrutar de los descansos e intervalos previstos en el presente anexo.

5.3. El tiempo de trabajo en la actividad efectiva de teleservicio/telemarketing es de un máximo de 06 (seis) horas diarias, incluidos los descansos, sin perjuicio de la remuneración.

5.3.1. La ampliación del tiempo previsto en este punto sólo será admisible de conformidad con la legislación, sin perjuicio de los descansos previstos en el presente anexo, tras respetar el límite de 36 (treinta y seis) horas semanales de tiempo efectivo en la actividad de teleservicio/telemarketing.

5.3.2. Para el cálculo del tiempo real en la actividad de teleservicio/telemarketing, se calcularán los períodos en los que el operador está en el trabajo, los intervalos entre los ciclos de trabajo y los desplazamientos para resolver problemas relacionados con el trabajo.

5.4. Con el fin de prevenir la sobrecarga mental, o estática muscular del cuello, hombros, espalda y extremidades superiores, las empresas deben permitir el disfrute de pausas e intervalos para el reposo y la alimentación de los trabajadores.

5.4.1. Las pausas deberán ser concedidas:

a) fuera del puesto trabajo;

b) en 02 (dos) períodos de diez (10) minutos continuos;

c) después del primero y antes de los últimos 60 (sesenta) minutos de trabajo en la actividad de teleservicio/telemarketing.

5.4.1.1. La imposición de descansos se considerará sin perjuicio del derecho al intervalo obligatorio de descanso y alimentación prevista en el artículo 71, apartado 1, del CLT.

5.4.2. El intervalo de reposo y alimentación para la actividad de teleservicio/telemarketing debe ser de 20 (veinte) minutos.

5.4.3. Para tiempos de trabajo efectivos de teleservicio/telemarketing de hasta 04 (cuatro) horas diarias, debe observarse la concesión de 01 (una) pausa continua de 10 (diez) minutos.

5.4.4. Los descansos deben registrarse en registros impresos o electrónicos.

5.4.4.1. El registro electrónico de descansos se pondrá a disposición impresa para la supervisión de los trabajos en el curso de la inspección, siempre que sea necesario.

5.4.4.2. Los trabajadores deben tener acceso a sus registros de pausas.

5.4.5. Las interrupciones en el trabajo deben garantizarse inmediatamente después de una operación en la que ha habido amenazas, abuso verbal, agresión o que ha sido especialmente agotadora, que permitan al operador recuperar y socializar conflictos y dificultades con colegas, supervisores o profesionales de la salud ocupacional especialmente cualificados para dicha recepción.

5.5. El tiempo necesario para actualizar el conocimiento del operador y para ajustar el puesto de trabajo se considera como parte de la jornada normal.

5.6. La participación en cualquier modalidad de actividad física, cuando sea adoptada por la empresa, no es obligatoria, y la negativa del trabajador a ejercerla no podrá utilizarse con fines de sanción.

5.7. A fin de permitir la satisfacción de las necesidades fisiológicas, las empresas deben permitir a los operadores dejar sus puestos de trabajo en cualquier momento durante el día, sin repercusiones en sus evaluaciones y remuneraciones.

5.8. En el lugar de trabajo, se debe permitir que el trabajador alterne la postura de acuerdo con su conveniencia y necesidad.

5.9. Los mecanismos de supervisión de la productividad, como los mensajes en monitores de vídeo, señales luminosas, indicaciones cromáticas o sonoras o indicaciones de tiempo utilizado en llamadas o colas de clientes en espera, pueden no utilizarse para acelerar el trabajo y, cuando estén disponibles, deben estar disponibles para su consulta por el operador a su discreción.

5.10. A efectos del desarrollo de programas preventivos, deben considerarse los siguientes aspectos de la organización del trabajo:

a) compatibilidad de las metas con las condiciones de trabajo y el tiempo ofrecidos;

b) supervisión del rendimiento;

(c) repercusiones en la salud de los trabajadores derivadas de cualquier sistema de evaluación a efectos de remuneración y prestaciones de cualquier tipo;

d) aumento de las presiones de tiempo en momentos de mayor demanda;

e) períodos de adaptación al trabajo.

5.11. El empleador estará destinado a:

a) exigir el estricto cumplimiento del script o guía de atención;

b) imputar al operador los períodos de tiempo o interrupciones en el trabajo que no dependan de su conducta.

5.12. El uso de procedimientos de supervisión mediante la escucha y el registro de conexiones debe producirse únicamente a sabiendas del operador.

5.13. Es prohibido el uso de métodos que causen asedio, miedo o vergüenza, tales como:

a) estímulo abusivo a la competencia entre trabajadores o grupos de trabajo/equipos;

b) exigencia de que los trabajadores lleven, permanente o temporalmente, accesorios, adicionales, disfraces y ropa con el fin de castigar, promover o hacer propaganda;

(c) exposición pública de las evaluaciones de rendimiento de los operadores.

5.14. A fin de reducir el estrés de los operadores deben ser minimizados los conflictos y las ambigüedades de las funciones que deben desempeñarse, estableciendo claramente directrices para las órdenes e instrucciones de diversos niveles jerárquicos, la autonomía para la resolución de problemas, la autorización para la transferencia de llamadas y las consultas necesarias a colegas y supervisores.

5.15. Los sistemas informáticos se desarrollarán, desplegarán y actualizarán de forma continua y suficiente con el fin de mitigar sobrecargas, como el uso constante de la memoria a corto plazo, el uso de notas precarias, la duplicidad y la concomitancia de notas en papel y sistemas informatizados.

5.16. Los requisitos de los diálogos laborales no deben exigir al trabajador que proporcione el apellido a los clientes, a fin de salvaguardar su privacidad y seguridad personal.

Como se ha visto anteriormente, existen varios mecanismos para prevenir la aparición de acoso. Además, la propia norma reguladora aporta ejemplos o "situaciones estándar" de acoso moral, expresamente.

Se destacan aspectos positivos para la preservación de la salud mental de los trabajadores: (a) la preservación de reposo, fines de semana y festivos para el ejercicio del derecho al ocio⁵³⁶; (b) el cumplimiento de las necesidades de los operadores en la elaboración de escalas de trabajo que apoyen las necesidades especiales de la vida familiar de los trabajadores con dependientes a su cargo; (c) la duración de las jornadas, con un límite especial reducido (6 horas), con la introducción de descansos remunerados (dos de 10 minutos) y un intervalo (de 20 minutos) para el descanso y la alimentación, evitando la sobrecarga psíquica, con el derecho a los registros de tiempo; (d) el número de trabajadores debe ser suficiente para evitar la sobrecarga de trabajo; (e) permiso para satisfacer las necesidades fisiológicas en cualquier momento durante la jornada laboral, siempre que sea necesario, sin ningún descuento salarial; (f) no se permite el uso de mecanismos para acelerar el ritmo de trabajo; (g) la necesidad de desarrollar programas preventivos, que busquen observar la compatibilización de las metas con las condiciones de trabajo y el tiempo ofrecidos, el seguimiento del rendimiento,

⁵³⁶ A propósito, el derecho al ocio se convirtió en una norma constitucional con *status* de derecho social fundamental cuando se incluye en el art. 6 de la Constitución de la República.

las repercusiones en la salud de los trabajadores resultantes de todos y cada uno de los sistemas de evaluación a efectos de remuneración y ventajas de cualquier tipo, aumento de las presiones de tiempo en tiempos de mayor demanda y períodos de adaptación al trabajo; (h) prohibición del empleador de exigir una mecanización del trabajo, así como de imputar al trabajador la carga por períodos de tiempo o interrupciones en el trabajo que no dependan de su conducta; (i) los mecanismos de monitoreo sólo se pueden utilizar con el conocimiento de los trabajadores; (j) prohibir el uso de métodos que causen acoso, miedo o vergüenza (como la estimulación abusiva de la competencia entre trabajadores o grupos/equipos de trabajo; la exigencia de que los trabajadores lleven, permanente o temporalmente, accesorios, disfraces y ropa con el fin de castigar, promover y anunciar; y la exposición pública de las evaluaciones de rendimiento de los operadores); (k) establecimiento de directrices claras sobre órdenes e instrucciones de diversos niveles jerárquicos, autonomía para la resolución de problemas, autorización para la transferencia de llamadas y consultas necesarias a colegas y supervisores; (l) la necesidad de que los sistemas informáticos se desarrollen, implementen y actualicen, de forma continua y suficiente, con el fin de reducir las sobretareas (como el uso constante de memoria a corto plazo, el uso de notas precarias, la duplicidad y la concomitancia de notas en papel y sistema informatizado); y (m) preservación de la intimidad y privacidad del trabajador.

Sin embargo, además de ser una norma reguladora (que sólo complementa, por determinación expresa, el "espacio en blanco" dejado por la ley)⁵³⁷, la norma en cuestión no tiene aplicación directa a las demás categorías (el principio de la especialidad, que es probable, servirá de obstáculo para descartar la posibilidad de aplicación analógica de la norma), ya que sólo se ocupa del trabajo en las operaciones de teleservicio o telemarketing.

Por lo tanto, existe una insuficiencia del sistema jurídico (como resultado de un proceso cultural regulatorio o ideológico), en relación con la prevención y represión del acoso laboral, ya sea por la deficiencia del monismo jurídico estatal (y la fosilización de las normas ya emitidas), o por la gran dificultad de las normas internacionales de derechos humanos para tener efectos en los sistemas jurídicos nacionales, o por el descrédito de los valores, principios y normas constitucionales o ya sea por la propia deficiencia de las normas infraconstitucionales.

⁵³⁷ En este sentido: "Art. 200 - *Corresponde al Ministerio de Trabajo establecer disposiciones complementarias a las normas mencionadas en este Capítulo, en vista de las peculiaridades de cada actividad o sector laboral, especialmente sobre: VII - higiene en el lugar de trabajo, con discriminación de las exigencias, instalaciones sanitarias, con separación de sexos, duchas, lavabos, vestuarios y armarios individuales, cafeterías o condiciones de confort en el momento de las comidas, suministro de agua potable, condiciones de limpieza de los lugares de trabajo y forma de su ejecución, tratamiento de residuos industriales*" (traducido).

De hecho, sólo con la visualización e identificación del fenómeno del acos psíquico ocupacional y la conclusión de que el proceso cultural regulatorio o ideológico (así como sus consecuencias conformadoras del poder hegemónico) es prácticamente insuficiente para producir cualquier reacción a las conductas inhumanas del capitalista que abre espacio para el análisis del fenómeno bajo la lente de la teoría crítica de los derechos humanos.

3 LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA MEDIANTE LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FORMA DE DESESTABILIZAR EL PSICOTERROR LABORAL

La situación vivida por los empleados bancarios, narrada en la introducción de esta tesis, demuestra la dificultad de tomar medidas legales contra la práctica inhumana derivada del acoso empresarial. Así, la segunda dificultad que surge tras superar la naturalización del psicoterrorismo laboral, con la visibilidad de tales prácticas, es la que surge de cuáles son los fundamentos y los instrumentos (en particular, jurídicos) que se pueden utilizar para prevenir y reprimir las conductas asediadoras por las víctimas, por la sociedad y por el Estado.

Es un hecho común que la relación de sujeción a la fuerza de trabajo (o trabajo subordinado) tuvo un desarrollo histórico que, en lugar de traer prácticas emancipadoras a los proletarios oprimidos, permitió y consolidó la condición de inferioridad del trabajador en relación con el empresario/capitalista.

Para legitimar esta situación, la doctrina mayoritaria, representativa (o, al menos, atendiendo los intereses del) poder hegemónico, construyó el concepto de subordinación subjetiva, que admite la apropiación del subjetivismo del trabajador, sin que ello constituya acto ilícito o anti-jurídico. Por otro lado, para la relación de trabajo subordinado, la dogmática hegemónica, a través de un gran esfuerzo, construyó un modelo contractual “neutral”, que acaba por justificar y legitimar, desde el punto de vista jurídico, el déficit material y moral del trabajador.

Es por este poder casi absoluto sobre la persona del trabajador que surgen prácticas inhumanas, actualmente denominadas acoso moral laboral o psicoterror laboral. Como se ha visto, el derecho positivo, resultado de un proceso cultural ideológico, no ofrece ninguna solución para frenar la práctica del acoso moral. Por el contrario, solo legitima, naturalizando tales prácticas.

Así, es fundamental analizar el asedio moral a la luz de la teoría crítica de los derechos humanos⁵³⁸, por tanto, es indispensable examinar la concepción clásica de los derechos

⁵³⁸ La doctrina mayoritaria diferencia entre la expresión “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. Ingo Wolfgang SARLET, en un extenso análisis sobre la problemática terminológica, sostiene: “*A pesar de que ambos términos (“derechos humanos” y “derechos fundamentales”) se utilizan comúnmente como sinónimos, la explicación común y, digamos de paso, se procede a la distinción que el término “derechos fundamentales” se aplica a aquellos derechos humanos reconocidos y positivizados en el ámbito del derecho constitucional positivo de un determinado Estado, mientras que la expresión “derechos humanos” estaría relacionada con los documentos*

humanos y los escollos que genera dicha concepción, así como el análisis de la concepción crítica de los derechos humanos, como una forma de desestabilizar el acoso moral.

3.1 Concepción clásica de los derechos humanos

La teoría clásica o tradicional de los derechos humanos se caracteriza por la tradición de formulaciones objetivas de la metafísica, con énfasis en el aspecto abstracto y contemplativo, siendo considerada como una producción del cientificismo positivista.⁵³⁹

En este tema se apreciará la concepción clásica o tradicional de los derechos humanos, centrándose en su origen histórico y la internacionalización de los derechos humanos, así como la construcción de la tesis generacional y la consolidación de las principales características de estos derechos.

3.1.1 Origen histórico de los derechos humanos

De acuerdo con la concepción clásica⁵⁴⁰, el eje en torno al cual se desarrolla la historia de los derechos humanos es la idea de que los seres humanos son esencialmente iguales, siendo

*de la legislación internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con un determinado orden constitucional, y que, por tanto, aspiran a la vigencia universal, para todos los pueblos y épocas, de tal modo que revelen un inequívoco carácter supranacional (internacional)". (In: **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35; traducido). Sin embargo, tal diferencia, en nuestro estudio, no tiene mayor relevancia, ya que la preocupación aquí es en un nivel anterior (realidad material previa) a la afirmación de derechos en las Constituciones de los Estados, la investigación no atiende a una constitución específica. Como bien expresado por David SÁNCHEZ RUBIO, "[...] defendemos una concepción más amplia de los derechos humanos, que abarca tanto sus dimensiones jurídicas como no jurídicas". (In: **Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia**. Sevilla: MAD, 2007. p. 22).*

⁵³⁹ In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo, Editora Saraiva, 2006, pp. 6-7.

⁵⁴⁰ Eugenio Raúl ZAFFARONI sostiene la existencia de dos historias de derechos humanos: una que corresponde a la historia del derecho internacional de los derechos humanos; otro "*que es la de su gestación ideológica, que explica cómo se desarrolló la idea de estos derechos, pues sin una idea previa no hubiesen podido concretarse en leyes*". Y, el jurista argentino, continúa: "*Por cierto, las dos historias no son independientes, sino que después de 1948 se siguen entrelazando hasta el presente. Los diversos tratados internacionales – como cualquier ley – no pasan del deber ser normativo al ser real en el mundo, es decir, no cobran eficacia plena en forma automática. Si los tratados de Derechos tuviesen plena eficacia en el plano del ser, viviríamos en sociedades ideales, pero esto dista de ser realidad. En estos – como en general respecto de todos los derechos – la eficacia se obtiene por lucha,*

su dignidad común para todos. Fábio Konder Comparato informa la existencia de cinco fases históricas de la elaboración del concepto de persona⁵⁴¹.

La **primera fase** implicó la discusión del concepto de persona entre los doctores de la Iglesia, no en relación con el ser humano, sino en relación con la identidad de Jesucristo. En el primer concilio ecuménico, en Nicea en 325, los padres conciliares decidieron como dogma de fe que la “hipótesis” de Jesucristo tenía una naturaleza dual, humana y divina, en una sola persona.⁵⁴²

Inaugurada con Boecio, en el siglo VI y volviendo a la discusión que tuvo lugar en el Concilio de Nicea, la **segunda fase** dio un nuevo significado al concepto de persona, en una noción que terminó por convertirse en clásica: “*dice apropiadamente persona la especificación individual de la sustancia racional*”⁵⁴³. Por tanto, la sustancia se ve como la característica de un ser. Este concepto fue adoptado por Santo Tomás de Aquino, quien defendió que el ser humano está compuesto de sustancia espiritual y corporal. Es a partir de esta concepción

como decía Jhering en el siglo XIX. Y en materia de Derechos Humanos, la lucha continúa porque las propias disposiciones de los tratados siguen siendo materia de controversias interpretativas, distorsiones, tergiversaciones y racionalizaciones, es decir que son materia de confrontaciones de poder envueltas en diferentes sistemas de ideas. Los tratados son instrumentos, pero esta rama del derecho – como todo el derecho – siempre fue y sigue siendo lucha y, en particular, lucha ideológica”. Finalmente remata: “Por último, no podemos dejar de señalar que la narración desde aquí tiene otro importante efecto sobre nuestra perspectiva de los Derechos Humanos, pues nos obliga a reparar una enorme ausencia que oculta la narración colonial: nuestra idea de estos derechos se gestó y se sigue gestando en las múltiples tácticas de resistencia y de supervivencia a sus violaciones. Nuestra idea de Derechos Humanos se empezó a gestar con los indios cimarrones, los palenques y quilombos de esclavos prófugos, las sublevaciones de los indios, la revolución de Túpac Amaru, las luchas por la independencia; se continuó con las resistencias populares, las huelgas y una larga lista de tácticas de resistencia y supervivencia que llega hasta las Madres de Plaza de Mayo, sigue hasta el presente y seguirá enriqueciéndose en el futuro, como valiosísimo bagaje cultural latinoamericano. Esta es la verdadera historia no oficial de la gestación de la idea de nuestros Derechos Humanos. Como indicamos al principio citando a Jhering: el derecho es lucha”. In: **Las dos historias de los Derechos Humanos**. <<https://lateclaeenerevista.com/las-dos-historias-de-los-derechos-humanos-por-e-raul-zaffaroni/>>. Acceso em 12.02.2021.

⁵⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., *passim* 18 a 36.

⁵⁴² Fábio Konder COMPARATO, basado en las enseñanzas de Karl Jaspers, enseña que todo el curso de la historia podría dividirse en dos etapas en el eje histórico de la humanidad, llamándose el primer período axial. “*In litteris*”: “En el centro del período axial, entre 600 y 480 a.C., algunas de las más grandes doctrinas de todos los tiempos convivieron sin comunicarse entre sí: Zaratrusta en Persia, Buda en India, Lao Tse y Confucio en China, Pitágoras en Grecia y el Deutero-Isaías en Israel. Todos ellos, cada uno a su manera, fueron autores de cosmovisiones, a partir de las cuales se estableció la gran línea divisoria histórica: se abandonan las explicaciones mitológicas anteriores y el curso posterior de la Historia se convierte en un largo despliegue de ideas y principios planteados durante ese período. . [...] es a partir del período axial que, por primera vez en la historia, se empieza a considerar al ser humano, en su igualdad esencial, como dotado de libertad y razón, a pesar de las múltiples diferencias de sexo, raza, religión o costumbres sociales. Así, se sentaron las bases intelectuales para la comprensión de la persona humana y para la afirmación de la existencia de los derechos universales, por ser inherentes a ella” (*Ibidem*, p. 8 e 11; traducido).

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 19.

medieval de la persona que se empezó a elaborar el principio de igualdad esencial para todos los seres humanos.

Basándose en la filosofía kantiana, aparece la **tercera etapa**. El "ser racional", para Kant, tiene la prerrogativa de actuar según la representación de leyes o principios, y sólo el "ser racional" tiene voluntad, que es una especie de razón, llamada "razón práctica". La representación de un principio objetivo, aunque obligatoria para la voluntad, se formula mediante un "imperativo". Según Kant, existen dos categorías de "imperativo": "el hipotético" (que representa la necesidad de practicar una acción posible) y "el categórico" (que representa una acción necesaria en sí misma, sin ningún propósito externo específico). Así, las personas, a diferencia de las cosas que tienen un valor relativo, están marcadas como fines en sí mismas, por su propia naturaleza. La dignidad de la persona se deriva del hecho de que solo la persona vive en condiciones de autonomía. De hecho, si el propósito natural de todas las personas es la realización de su propia felicidad, tratar a la humanidad como un fin en sí mismo implica el deber de favorecer el fin de otro. En resumen, es en Kant donde surge el valor absoluto de la dignidad de la persona humana, frente al valor relativo de las cosas.⁵⁴⁴

La **cuarta fase**, en cambio, aparece debido al pensamiento de Lotze, Brentano y Nietzsche, en la segunda mitad del siglo XIX, a través de la cual se pudo entender que el "bien" y el "mal" no se limitan a los objetos o acciones externas a la personalidad del ser humano, ya que siempre parten de una valoración que los bienes de la vida tienen en la mente de cada individuo. De esta forma, la valoración de los bienes de vida sufre una gran variación, debido a la valoración de cada individuo. Por tanto, como condición de la convivencia armónica, es necesario un consenso social sobre la ética y la jerarquía de valores. Parece, por tanto, que el ser humano es el único ser que dirige su vida por las preferencias valorativas. La comprensión de esto hizo que los derechos humanos fueran identificados como los valores más importantes de la convivencia entre seres humanos.

Con la filosofía de la vida y el pensamiento existencialista, comienza la **quinta etapa** en el siglo XX. Nace como reacción al fenómeno de la despersonalización del ser humano en el mundo contemporáneo, con el reconocimiento de que la persona no se confunde con el rol

⁵⁴⁴ "La oposición ética entre personas y cosas, apoyada por Kant, amplía y profundiza la dicotomía tradicional, heredada del derecho romano, entre *personae* y *res*. En los *Institutos de Gaio* (1,8), por ejemplo, el derecho se clasifica, en su totalidad, en tres categorías: *personas*, *cosas* y *acciones*: "omne autem ius, quo utimur, vel ad *personas pertinentes vel ad res vel ad acciones*" ("todos los derechos que usamos o respetamos a las personas, cosas o acciones"). Pero el *jurisprudente* agrega, de inmediato (1,9), que la suma del derecho pertinente al pueblo es entre *hombres libres y esclavos*". (*Ibidem*, p. 8 e 11; traducido).

que desempeña en la vida, y que las calificaciones son externas al individuo, sin importar su esencia. En esta etapa se enfatiza el carácter relacional del ser humano, lo que acentúa su capacidad para transformarse a sí mismo y a su entorno. El ser humano es un proceso continuo de transformación, "de venir" o "volverse".⁵⁴⁵

El estudio de las etapas de la formación del concepto de persona revela que el ser humano tiene un carácter único e insustituible, con valor propio, no siendo una "obra perfecta y acabada" y, por tanto, los derechos humanos tienen la historicidad como una fuerte característica.

La noción de "*derechos del hombre*"⁵⁴⁶ surge en Europa, en el siglo XVIII, fruto de la ilustración y el jusnaturalismo, ganando mayor importancia en la lucha contra el Estado absolutista, con reconocimiento internacional tras la Segunda Guerra Mundial.⁵⁴⁷⁻⁵⁴⁸

El primer reconocimiento normativo de la igualdad esencial de la condición humana se remonta a finales del siglo XVIII, con la proclamación de las libertades individuales y la igualdad ante la ley, en Estados Unidos y en la Francia revolucionaria.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Fábio Konder COMPARATO recuerda que, para Heidegger, el ser humano tiene la característica única de un inacabado permanente. El jurista concluye que: "*Nomem es el único ser incompleto por su propia esencia; es decir, no tiene sustancia, en el sentido clásico que tiene el término en la filosofía griega, medieval y moderna*". (*Ibidem*, p. 30).

⁵⁴⁶ Expresión que conviene evitar, como demuestra el "patriarcado estructural" naturalizado en el lenguaje; por lo tanto, preferimos: "derechos dos seres humanos", "derechos de las personas humanas" o simplemente "derechos humanos". Por lo tanto, existe una necesidad urgente de evitar a la "sinécdoque" y modificar documentos (como el "Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales") y órganos (como el "Cour Européenne des Droits de L'homme").

⁵⁴⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 85.

⁵⁴⁸ J.J. Gomes CANOTILHO realiza un interesante acercamiento histórico, basado en los principales momentos de "conciencia" del problema de los derechos humanos: (a) de la igualdad material a los "nomos" unitarios y "razón recta"; (b) de la "lex natura" cristiana a la secularización del derecho natural; (c) de los derechos fundamentales a los derechos individuales; (d) de la tolerancia religiosa a la libertad de religión y creencias; (e) contractualismo jusracionalista de los derechos humanos; (f) de la autonomía privada al individualismo posesivo; (g) capitalismo mercantil y autonomía inalienable; y (h) socialismo y derechos sociales, económicos y culturales. Op. Cit., p. 501 a 505.

⁵⁴⁹ La protohistoria de los derechos humanos comienza en los siglos XI y X a.C., cuando se estableció el reino unificado de Israel, en el reino de David. Ejemplos históricos previos, en el estudio de la afirmación de los derechos humanos, son también la democracia ateniense (la democracia se basaba en el predominio de la ley, con una clara restricción del poder de los gobernantes) y la república romana (la limitación del poder político vino de un complejo sistema de control entre órganos políticos). En un período posterior, en la Alta Edad Media, se produjo una fragmentación del poder político y económico, con el feudalismo, y fue solo a partir del siglo XI que se inició el movimiento por la reconstrucción de la unidad política y, precisamente, contra los abusos. en la reconcentración del poder que surgieron las primeras manifestaciones (Declaración de las Cortes de León de 1188, en la Península Ibérica, y la Carta Magna de 1215, en Inglaterra). En la Baja Edad Media comenzó la primera experiencia de sociedad de clases, donde la desigualdad social ya no estaba determinada por la ley, sino por la economía (la ley solo comienza a conformar la desigualdad). (COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 40 a 43).

La democracia moderna fue "reinventada" casi simultáneamente por los Estados Unidos de Norteamérica y Francia, países en los que la burguesía encontró una fórmula política para la extinción de los antiguos privilegios del clero y la nobleza.⁵⁵⁰

A finales del siglo XVIII, las Declaraciones de Derechos, ya sea la Declaración Francesa de 1789 o la Declaración Americana de 1776, consagraron la perspectiva contractualista liberal, según la cual los derechos humanos se reducían a los derechos del "hombre blanco burgués", como derechos a la libertad, la seguridad y la propiedad, complementados con la resistencia a la opresión. Por tanto, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el discurso de los derechos humanos fue una respuesta contestataria al absolutismo monárquico, y la no actuación del Estado significó libertad. De ahí la primacía del valor de la libertad, con la supremacía de los derechos civiles y políticos y la ausencia de cualquier derecho social, económico y cultural que dependiera de la intervención del Estado.

Después de la Primera Guerra Mundial, junto con el discurso liberal de ciudadanía, el discurso social de ciudadanía se fortalece y, bajo la influencia de la concepción marxista-leninista, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de la entonces República Soviética de Rusia es redactado⁵⁵¹, en 1918, que estableció la abolición de la

⁵⁵⁰ Fábío Konder COMPARATO enseña la diferencia entre la democracia griega y la moderna: "El espíritu original de la democracia moderna no fue, por lo tanto, la defensa de los pobres contra la minoría rica, sino la defensa de los propietarios ricos contra un régimen de privilegios estatales y un gobierno irresponsable. Por eso, si la democracia ateniense tendió naturalmente a concentrar los poderes en manos del pueblo (demos), la democracia moderna surgió como un movimiento de limitación general de los poderes gubernamentales, sin ninguna preocupación por la defensa de la mayoría pobre frente a la minoría rica". (Ibidem, p. 50; traducido).

⁵⁵¹ "**Capítulo I: 1.** Rusia es declarada "República de los Sovieticos de Diputados Obreros, Soldados y Campesinos". Todo el poder central y local pertenece a estos soviéticos. 2. La República Soviética de Rusia se basa en el principio de la unión libre de naciones libres en una Federación de Repúblicas nacionales y soviéticas. **Capítulo II:** Con el objetivo principal de suprimir toda explotación del hombre por el hombre, abolir por completo la división de la sociedad en clases, aplastar implacablemente a todos los explotadores, instalar la organización socialista de la sociedad y hacer que el socialismo triunfe en todos los países, el III Congreso pan-Soviético ruso de Diputados Obreros, Soldados y Campesinos decide lo siguiente: 1. Para llevar a cabo la socialización del suelo, se extingue la propiedad privada de la tierra; todas las tierras pasan a ser patrimonio nacional y son encomendadas a los trabajadores sin ningún tipo de reembolso, sobre la base de un reparto equitativo en usufructo. Los bosques, el subsuelo y las aguas de importancia nacional, todo el ganado y todos los implementos, así como todos los dominios y todas las empresas agrícolas modelo, pasan a ser propiedad nacional. 2. Como primer paso hacia la transferencia completa de fábricas, plantas, minas, ferrocarriles y otros medios de producción y transporte a la propiedad de la República Obrera y Campesina de los Sovieticos, el Congreso ratifica la ley soviética sobre la administración obrera, y el Consejo Superior de Economía Nacional, con el propósito de asegurar el poder de los trabajadores sobre los explotadores. 3. El Congreso ratifica la transferencia de todos los bancos al estado obrero y campesino, como una de las condiciones para la liberación de las masas obreras del yugo del capital. 4. Con el fin de suprimir los elementos parasitarios de la sociedad y organizar la economía, se establece el servicio de trabajo obligatorio para todos. 5. Para asegurar el pleno poder de las masas trabajadoras y descartar cualquier posibilidad de restaurar el poder de los explotadores, el Congreso decretó el armamento de los trabajadores, la formación de un ejército rojo socialista de trabajadores y campesinos y el desarme total de trabajadores, clases dominantes. **Capítulo III: 1.** Expresando su inquebrantable decisión de liberar a la humanidad del yugo del capital financiero y del imperialismo que empapó la masa de sangre durante

propiedad privada de la tierra, la asunción de la propiedad de los medios de producción por parte del Estado y la soberanía de los trabajadores. En efecto, a partir de la primacía de la libertad, se cambia la primacía del valor de la igualdad y el absentismo estatal se convierte en el derecho a la acción estatal, con el surgimiento de los derechos a las prestaciones sociales.

La Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de la República Soviética de Rusia de 1918, así como las constituciones sociales de principios del siglo XX, como la Constitución mexicana de 1917⁵⁵² y la Constitución de Weimar de 1919⁵⁵³, sobresalió

*esta guerra, la más criminal de todas, el III Congreso de los Sovieticos está enteramente asociado a la política practicada por el poder de los soviéticos con en lo que respecta a la ruptura de los tratados secretos, la organización de la mayor confraternización posible con los obreros y campesinos de los ejércitos actualmente en guerra y la obtención, a cualquier precio, mediante medidas revolucionarias, de una paz democrática de los trabajadores, paz sin anexiones o reparaciones, fundadas en la libre disposición de los pueblos. 2. Con el mismo fin, el Tercer Congreso de los Sovieticos insiste en el repudio absoluto de la política bárbara de la civilización burguesa, que sostuvo el bienestar de los explotadores en algunas naciones elegidas sobre la servidumbre de cientos de millones de trabajadores en Asia, en las colonias en general y en países pequeños. El Tercer Congreso acoge con satisfacción la política del Consejo de Comisarios del Pueblo, que proclamó la independencia total de Finlandia, comenzó a retirar tropas de Persia y dio a Armenia el libre albedrío. El III Congreso Pan-Ruso de los Sovieticos considera la ley referente a la cancelación de los préstamos contraídos por el Gobierno del Zar, los terratenientes y la burguesía como un primer golpe al capital bancario y financiero internacional, y expresa la certeza de que el poder de los soviéticos continuará avanzando con firmeza por este camino hasta la victoria completa del levantamiento internacional de los trabajadores contra el yugo del capital. **Capítulo IV:** El III Congreso Pan-Ruso de Diputados Obreros, Soldados y Campesinos estima que, en el momento de la lucha decisiva del pueblo contra los explotadores, no puede haber lugar para ellos en ningún órgano del poder. Esto debe pertenecer, total y exclusivamente, a las masas trabajadoras y su representación autorizada: los Diputados Obreros, Soldados y Campesinos soviéticos. Al mismo tiempo que se esfuerza por crear una unión verdaderamente libre y voluntaria, y por lo tanto más completa y sólida, de las clases trabajadoras de todas las naciones de Rusia, el III Congreso se limita a establecer los principios esenciales de la Federación de Rusia. Repúblicas Soviéticas de Rusia, encomendando a los obreros y campesinos de cada Nación que decidan libremente en su propio Congreso Nacional Sovietico, plenamente competentes, sobre si desean y, en caso afirmativo, en qué condiciones, participar en el Gobierno Federal y otras instituciones Sovieticas federales.”*

⁵⁵² “Lo que importa, en efecto, es el hecho de que la Constitución mexicana fue la primera en establecer la desmercantilización del trabajo, propia del sistema capitalista, es decir, la prohibición de equipararlo a cualquier mercancía, sujeto a la ley de la oferta y demanda en el mercado. La Constitución mexicana estableció con firmeza el principio de igualdad sustancial de posición jurídica entre trabajadores y empresarios en la relación laboral contractual, creó la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y en general sentó las bases para la construcción del derecho moderno del Estado de Bienestar. Con ello, deslegitimó las prácticas de explotación mercantil del trabajo, y por tanto de la persona humana, cuya justificación se buscaba para hacerse, abusivamente, bajo la invocación de la libertad de contratación”. In: COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 177 (traducido).

⁵⁵³ “A pesar de las debilidades y ambigüedades señaladas, ya pesar de su corto plazo, la Constitución de Weimar tuvo una influencia decisiva en la evolución de las instituciones políticas en Occidente. El Estado de la socialdemocracia, cuyos lineamientos ya habían sido trazados por la Constitución mexicana de 1917, adquirió una estructura más elaborada en Alemania en 1919, que llegó a reanudarse en varios países tras el trágico interregno nazi-fascista y la Segunda Guerra Mundial. Hasta finales del siglo XX, la socialdemocracia representó efectivamente la mejor defensa de la dignidad humana, al complementar los derechos civiles y políticos - que el sistema comunista negaba - con los derechos económicos y sociales, ignorados por el capitalismo liberal. En cierto modo, los dos grandes pactos internacionales de derechos humanos, votados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, fueron el resultado del proceso de institucionalización de la socialdemocracia, iniciado por esas dos Constituciones a principios de siglo. La estructura de la Constitución de Weimar es claramente dualista: la primera parte apunta a la organización del Estado, mientras que la segunda parte

por contener un discurso social de ciudadanía, en el que la igualdad era el derecho básico, con una extensa lista de derechos económicos, sociales y culturales consagrados.⁵⁵⁴

A partir del siglo XIX, con el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a unas condiciones de trabajo dignas, al disfrute de los servicios públicos de carácter social, así como a las garantías de la seguridad social frente a los principales riesgos de la vida en sociedad, la historia de la humanidad, los derechos han llegado a desarrollarse de acuerdo con el principio fundamental de solidaridad.

La reivindicación de una organización solidaria de la vida en sociedad se extendió, en la segunda mitad del siglo XX, del plano interno al internacional, con la afirmación de los derechos de los pueblos a la existencia, la autodeterminación, la democracia, la paz y el desarrollo.

Así, al menos desde un punto de vista formal, se alcanza la dimensión universal de la dignidad humana, con el reconocimiento, por diversas convenciones internacionales, de los derechos fundamentales de la humanidad.⁵⁵⁵

3.1.2 Internacionalización de los derechos humanos

Flavia Piovesan⁵⁵⁶ sostiene la historicidad de los derechos humanos, ya que no son un hecho, sino un “construido”, una invención humana, en un proceso constante de construcción y reconstrucción.

presenta la declaración de derechos y deberes fundamentales, agregando a las libertades individuales clásicas los nuevos derechos de contenido social”. (Ibidem, p. 188; traducido).

⁵⁵⁴ “El reconocimiento de los derechos humanos de carácter económico y social fue el principal beneficio que recibió la humanidad del movimiento socialista, iniciado en la primera mitad del siglo XIX. El titular de estos derechos, en efecto, no es el ser humano abstracto, con quien el capitalismo siempre ha convivido maravillosamente. Es el grupo de grupos sociales aplastados por la pobreza, la enfermedad, el hambre y la marginación. Los socialistas se dieron cuenta, desde un principio, de que estos flagelos sociales no eran cataclismos de la naturaleza o efectos necesarios de la organización racional de las actividades económicas, sino más bien un derroche real del sistema capitalista de producción, cuya lógica consiste en atribuir a los bienes de capital un valor muy lejos superior al del capital de las personas. Los derechos humanos de protección de los trabajadores son, por tanto, fundamentalmente anticapitalistas y, por ello, solo pudieron prosperar a partir del momento histórico en que los dueños del capital se vieron obligados a componerse con los trabajadores”. (Ibidem, p. 53; traducido).

⁵⁵⁵ Vide: TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Petrópolis, 2002.

⁵⁵⁶ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Según Norberto Bobbio⁵⁵⁷, los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares (cuando cada Constitución incorpora Declaraciones de Derechos), para finalmente encontrar su pleno cumplimiento como derechos positivos universales.

Para Fábio Konder Comparato⁵⁵⁸ el fundamento de los derechos humanos es el ser humano mismo, considerando que la ley es una creación humana y su valor deriva, precisamente, de quien la creó. Divide la internacionalización de los derechos humanos en dos fases: la primera (desde mediados del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial) y la segunda (después de la Segunda Guerra Mundial).

De acuerdo con Flávia Piovesan⁵⁵⁹, los precedentes históricos de la internacionalización de los derechos humanos son el llamado Derecho Internacional Humanitario, la Liga de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo.

Para que los derechos humanos se internacionalicen, era necesario redefinir el ámbito y el alcance del concepto tradicional de soberanía estatal, a fin de permitir el advenimiento de los derechos humanos como una cuestión de legítimo interés internacional. En este contexto, también fue necesario redefinir el estatus del individuo en el escenario internacional.⁵⁶⁰

El **Derecho Internacional Humanitario** (DIH), también conocido como "derecho de la guerra" y "derecho de los conflictos armados", es un conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades (o que han dejado de participar), con el objetivo principal de limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempos de conflicto armado⁵⁶¹. Las normas consagradas en los tratados de DIH deben ser respetadas no

⁵⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30.

⁵⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit.

⁵⁵⁹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op.Cit., p. 111-117.

⁵⁶⁰ *Idem*.

⁵⁶¹ Antônio Augusto Cançado TRINDADE examina los puntos de contacto entre el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos: *“Los recientes avances en la protección internacional de la persona humana, tanto en tiempos de paz como en conflictos armados, subrayan la obligación general de debida diligencia por parte del Estado, que en sus deberes legales de tomar medidas positivas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, lo que además resalta e inserta el debate sobre la protección de los erga omnes de ciertos derechos. La nueva dimensión del derecho a la protección del ser humano, dotado de una especificidad reconocida, se ha ido erigiendo a nivel jurisprudencial sobre el binomio de obligaciones de respetar y hacer cumplir, en toda circunstancia, los tratados de derecho internacional humanitario y derecho internacional. Internacional de los Derechos Humanos”* (In: As aproximações ou convergências entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos. **Arquivos do ministério da justiça**, ano 49, n. 187, jan./jun. 1996. p. 89; traducido).

solo por los gobiernos y sus fuerzas armadas, sino también por los grupos armados opuestos o por cualquier otra parte en un conflicto. Thomas Buergenthal define el derecho humanitario como el componente de derechos humanos del derecho de guerra. Es la ley aplicable en caso de guerra, y tiene como objetivo limitar la acción del Estado, asegurando la observancia de los derechos fundamentales. Así, la protección humanitaria tiene como objetivo proteger, en caso de guerra, a los soldados fuera de combate y a la población civil. Se trata de una regulación legal del uso de la violencia a nivel internacional, habiendo sido la primera vez que se ha intentado regular, a nivel internacional, la autonomía de los Estados, incluso en el caso de conflicto armado.⁵⁶²

La **Liga de Naciones**, o Sociedad de Naciones, fue una organización internacional, originalmente concebida en enero de 1919, en Versalles, en los suburbios de París, donde las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial se unieron para negociar un acuerdo de paz.⁵⁶³ Uno de los puntos del amplio Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919 por 44 estados, se refería a la creación de una organización internacional, cuya función sería asegurar la paz. La Convención de la Liga de las Naciones contempló, de manera general, disposiciones relacionadas con los derechos humanos, con énfasis en las reglas relacionadas con el sistema de mandatos de la Liga, el sistema de minorías y los parámetros internacionales del derecho al trabajo, por los cuales los Estados aseguran condiciones de trabajo justas y dignas para hombres, mujeres y niños.⁵⁶⁴ Estas disposiciones representaron un límite a la idea de soberanía estatal absoluta, ya que la Convención de la Liga estableció sanciones económicas y militares a ser impuestas por la comunidad internacional contra los Estados que incumplieran sus obligaciones.

La **Organización Internacional del Trabajo** (OIT), con sede en Ginebra, Suiza, fue creada por la Conferencia de Paz, firmada en Versalles, en junio de 1919, poco después de la Primera Guerra Mundial. Su vocación era promover la justicia social y, en particular, hacer cumplir los derechos humanos en el mundo del trabajo, teniendo también el propósito de promover reglas y estándares internacionales de condiciones laborales.⁵⁶⁵ Desde su creación, se

⁵⁶² PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op. Cit., p. 111.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 112-113.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 113-114.

⁵⁶⁵ La OIT fue creada por la Conferencia de Paz después de la Primera Guerra Mundial. Su Constitución se convirtió en la Parte XIII del Tratado de Versalles. Fundada en 1919 con el objetivo de promover la justicia social,

ha basado en el principio, consagrado en su Constitución, de que no puede haber paz universal duradera sin justicia social. El Tratado de Versalles, cuya parte XIII estableció la creación de la OIT, es un documento internacional elaborado por las naciones victoriosas de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), con el objetivo de promover la paz social y enunciar la mejora de las relaciones laborales a través de los principios que regirían el derecho laboral internacional. La creación de la OIT, por tanto, se basó en argumentos humanitarios y políticos, que sustentaron la formación de la justicia social en el ámbito internacional del trabajo. El argumento humanitario se basó en las injustas y deplorables condiciones de vida y trabajo de los trabajadores durante la Revolución Industrial, que se debió a los cambios en el sistema productivo durante el siglo XVIII. La burguesía industrial, en busca de mayores ganancias y menores costos, buscó acelerar la producción de bienes mediante la explotación del trabajador, en una etapa histórica en la que la Revolución Industrial supuso el fortalecimiento de la empresa. Innumerables empleadores, aprovechando la plena libertad contractual y el Estado Liberal, han impuesto a los trabajadores la aceptación de las más viles condiciones laborales. De esta manera, los problemas sociales que generó esa revolución (pobreza, desempleo, salarios ridículos con largas jornadas, grandes inventos tecnológicos de la época, ausencia de leyes laborales) contribuyeron a consolidar el capitalismo como modo de producción dominante. En este contexto de relación laboral, sin regulación alguna, el trabajo remunerado propició el surgimiento de los derechos sociales, a través de la lucha del proletariado por mejores condiciones de vida y de trabajo y las reglas de la justicia retributiva. La OIT ha surgido a nivel político como el organismo internacional más importante responsable de asegurar bases sólidas para la paz mundial y obtener mejores condiciones humanas para la clase trabajadora.

La idea de la internacionalización de la legislación sociolaboral surge, por tanto, en la primera mitad del siglo XX, cuando la tesis de que el Estado debe intervenir en las relaciones

la OIT es la única de las Agencias del Sistema de las Naciones Unidas que tiene una estructura tripartita, en la que los representantes de empleadores y trabajadores tienen los mismos derechos que los del gobierno. En 1944, a la luz de los efectos de la Gran Depresión y de la Segunda Guerra Mundial, la OIT adoptó la Declaración de Filadelfia como anexo a su Constitución. La Declaración anticipó y sirvió de modelo para la Carta de las Naciones Unidas y para la Declaración Universal de Derechos Humanos. En 1969, en su 50º aniversario, la Organización recibió el Premio Nobel de la Paz. En 1998, se adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. El documento es una reafirmación universal de la obligación de respetar, promover y hacer realidad los principios reflejados en los Convenios fundamentales de la OIT, aunque no hayan sido ratificados por los Estados Miembros. Desde 1999, la OIT ha trabajado para mantener sus valores y objetivos a favor de una agenda social que permita la continuidad del proceso de globalización a través del equilibrio entre los objetivos de eficiencia económica y equidad social. En Brasil, la OIT ha mantenido representación desde 1950, con programas y actividades que han reflejado los objetivos de la Organización a lo largo de su historia. Disponible en: <www.oitbrasil.org.br>.

sociopolíticas y económicas se generaliza en varios estados nacionales, con el objetivo de garantizar un mínimo de derechos sociales a las personas. Este movimiento de la clase trabajadora impulsó el nacimiento del derecho social al trabajo, considerado como uno de los derechos fundamentales de la segunda “generación”, como se verá más adelante. En 1946, se convirtió en la primera agencia especializada en unirse a la ONU, con los siguientes propósitos: contribuir al establecimiento de una paz duradera a través de la implementación de la justicia social; y mejorar, mediante la acción internacional, las condiciones de trabajo y los niveles de vida, promoviendo la estabilidad económica y social.⁵⁶⁶

Por tanto, la OIT se basa en el principio de paz universal y permanente como instrumento para la realización y universalización de los ideales de justicia social y protección de los trabajadores en el mundo internacional del trabajo⁵⁶⁷.

Como la Organización de las Naciones Unidas recién apareció en 1945, a la luz de los efectos de la Segunda Guerra Mundial (1945), de modo que no existían dos organismos internacionales con las mismas funciones y atribuciones, la OIT fue declarada miembro de la ONU. Por esta razón, la OIT es considerada un organismo internacional asociado a las Naciones Unidas; es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Estos tres institutos - Derecho Humanitario, Sociedad de Naciones y Organización Internacional del Trabajo - son similares en el sentido de que proyectan el tema de los derechos humanos en el orden internacional. Marcan el final de una época en la que el derecho internacional se limitaba a regular las relaciones entre Estados, dentro de la esfera estrictamente gubernamental. Rompen con el concepto tradicional que concebía el derecho internacional solo como el derecho de la comunidad internacional de Estados y que sostenía que el Estado es el único sujeto del derecho internacional. Antes, el individuo era visto como un objeto, no como un sujeto de derecho internacional.

Así, los derechos humanos fueron concebidos como una materia de competencia de la jurisdicción interna de cada Estado, negando a otros Estados el derecho a intervenir o actuar en los casos en que los nacionales de un Estado fueran violados por sus derechos. Estos tres

⁵⁶⁶ En consulta con el sitio web oficial de la OIT: <www.oitbrasil.org.br>.

⁵⁶⁷ Los principios fundamentales del Derecho Internacional del Trabajo son: (a) El trabajo no es una mercancía; (b) La libertad de expresión y de asociación es una condición indispensable para el progreso ininterrumpido; (c) La escasez constituye un peligro para la prosperidad general; (d) La lucha contra la miseria, en cualquier nación, debe llevarse a cabo con incansable energía y mediante un esfuerzo internacional continuo y combinado, en el que los representantes de los empresarios y de los trabajadores discutan en igualdad de condiciones con los de los gobiernos y tomen con ellos decisiones de carácter democrático, encaminadas al bien común

institutos también pusieron en perspectiva la idea de soberanía nacional absoluta, al admitir intervenciones a nivel interno, a favor de la defensa de los derechos humanos. De esta forma se inicia la consolidación de la noción de capacidad procesal internacional de las personas, así como la idea de que los derechos humanos ya no se limitan a la jurisdicción nacional exclusiva, constituyendo un objeto de auténtico interés internacional.⁵⁶⁸

La consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se produjo a mediados del siglo XX, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. La internacionalización de los derechos humanos puede atribuirse a las atrocidades y monstruosas violaciones de los derechos humanos de la Alemania nazi y a la idea de que la mayoría de estas violaciones podrían evitarse o prevenirse si existiera un sistema eficaz de protección internacional de los derechos humanos.⁵⁶⁹

La barbarie del totalitarismo significó la ruptura del paradigma de los derechos humanos, a través de la negación del valor de la persona humana como fuente de Derecho⁵⁷⁰. Ante esta ruptura, surgió la necesidad de la reconstrucción de los derechos humanos, como referente y paradigma ético que acercaría el derecho a la moral. La necesidad de una acción internacional más efectiva para la protección de los derechos humanos ha impulsado el proceso de internacionalización de estos derechos, culminando con la creación de una norma sistemática de protección internacional, que permite que el Estado rinda cuentas en el ámbito internacional, cuando las instituciones nacionales demuestran tener fallas u omisiones en la tarea de proteger los derechos humanos⁵⁷¹.

Fue solo después de la Segunda Guerra Mundial, con el ascenso y la decadencia del nazismo en Alemania, cuando la doctrina de la soberanía estatal cambió profundamente. Las atrocidades cometidas en el holocausto llevaron a muchos estudiosos a concluir que la soberanía estatal no es un principio absoluto, y debe estar sujeta a ciertas limitaciones a favor de los derechos humanos. En resumen, en el período de posguerra, las personas se convierten en el

⁵⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. In: **Direitos humanos e o direito...** Op. Cit., p. 112 a 113.

⁵⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 55 a 57; PIOVESAN, Flavia. Op. Cit., p. 117 a 125.

⁵⁷⁰ PIOVESAN, Flavia. In: **Direitos humanos e o direito...** Op. cit.

⁵⁷¹ “*El proceso de internacionalización sigue una etapa de positivización de derechos, previamente ubicada a nivel de los estados nacionales, y también sufre generalización y especificación*”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 247; traducido).

centro de atención internacional y la estructura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo comienza a consolidarse.

En este contexto, el Tribunal de Nuremberg, en 1945/46, representó un fuerte impulso al proceso de internacionalización de los derechos humanos.⁵⁷²

Poco después de la Segunda Guerra Mundial, un tribunal se reunió en Nuremberg, Alemania, con el objetivo de juzgar los crímenes cometidos por los nazis durante la guerra. Los crímenes de la competencia de esta Corte fueron los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la violación o no del derecho interno de un país en particular en el que se perpetró. La Corte de Nuremberg aplicó fundamentalmente la costumbre internacional, que es la fuente del derecho internacional previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para la condena penal de las personas involucradas en la comisión de los crímenes previstos en el Acuerdo de Londres, teniendo en cuenta el hecho de que el derecho internacional consuetudinario es efectivo *erga omnes* y es aplicable a todos los Estados, a diferencia de los tratados internacionales que solo se aplican a los Estados que los han ratificado.⁵⁷³

En cuanto al proceso de internacionalización de los derechos humanos, la Corte de Nuremberg tiene una doble importancia, ya que no solo consolidó la idea de la necesaria limitación de la soberanía nacional, sino que reconoció que las personas tienen derechos protegidos por el derecho internacional.⁵⁷⁴ Por primera vez, se responsabilizó a un Estado a nivel internacional, jurídico y político, de lo ocurrido dentro de su territorio, con sus propios nacionales, y el juicio también fue pionero en abrazar la rendición de cuentas individual.

Después de la 2ª Guerra Mundial se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), demarcando la aparición de un nuevo orden internacional, estableciendo un nuevo modelo de conducta en las relaciones internacionales, con preocupaciones que incluyen el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el desarrollo de relaciones amistosas entre los Estados, la alcance de la cooperación internacional en las esferas económica, social y cultural, el logro de un estándar internacional de salud, la protección del medio ambiente, la

⁵⁷² Sentencia puesta a disposición en su totalidad por Harvard Law School Library: <http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview>. También interesante es la obra: GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁵⁷³ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op. cit., p. 117-125.

⁵⁷⁴ *Idem.*

creación de un nuevo orden económico internacional y la protección internacional de los derechos humanos.⁵⁷⁵

Este nuevo orden posterior a la Segunda Guerra Mundial está simbolizado por la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, en 1945, y por sus Organizaciones. Así, la Carta de las Naciones Unidas consolida el movimiento por la internacionalización de los derechos humanos, basado en el consenso de Estados que elevan la promoción de estos derechos al propósito y finalidad de las Naciones Unidas.⁵⁷⁶

La Carta de la ONU ha internacionalizado los derechos humanos, incluso si adopta un lenguaje vago e impreciso. Al adherirse a la Carta, que es un tratado multilateral, los Estados Partes reconocen que los derechos humanos son objeto de legítima preocupación internacional y ya no están dentro de su jurisdicción nacional exclusiva.⁵⁷⁷

Sin embargo, la Carta no define el contenido de los términos derechos humanos y libertades fundamentales. Después de la llegada de la Carta de las Naciones Unidas, la

⁵⁷⁵ ONU es una institución internacional formada por 192 estados soberanos, fundada después de la Segunda Guerra Mundial para mantener la paz y la seguridad en el mundo, fomentar relaciones cordiales entre las naciones, promover el progreso social, mejores niveles de vida y derechos humanos. Los miembros están unidos en torno a la Carta de las Naciones Unidas, un tratado internacional que detalla los derechos y deberes de los miembros de la comunidad internacional. Las Naciones Unidas se componen de seis órganos principales: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría. Todos ellos están ubicados en la sede de la ONU en Nueva York, a excepción de la Corte, que se encuentra en La Haya, Países Bajos. Vinculados a la ONU hay organismos especializados que trabajan en áreas tan diversas como la salud, la agricultura, la aviación civil, la meteorología y el trabajo, por ejemplo: OMS (Organización Mundial de la Salud), OIT (Organización Internacional del Trabajo), Banco Mundial y FMI (Fondo Monetario Internacional). Estos organismos especializados, junto con las Naciones Unidas y otros programas y fondos (como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF), conforman el Sistema de Naciones Unidas. Ver: <http://www.onu-brasil.org.br>.

⁵⁷⁶ La preocupación en la defensa, promoción y respeto de los derechos humanos se puede ver en los siguientes extractos de la Carta de Naciones Unidas: "Art. 1º - Los propósitos de las Naciones Unidas son: (3) - Lograr la cooperación internacional para resolver problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y promover y fomentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Art. 13 - b) promover la cooperación internacional en los campos económico, social, cultural, educativo y sanitario, y favorecer el pleno goce de los derechos humanos y libertades fundamentales por todos los pueblos, independientemente de su raza, idioma o religión. Art. 55 - A fin de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las Naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, las Naciones Unidas favorecerán: c) el respeto aplicación universal y efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, independientemente de su raza, sexo, idioma o religión. Art. 56 - Para la realización de los fines enumerados en el art. 55, todos los miembros de la Organización se comprometen a actuar en cooperación con ella, conjunta o separadamente. Art. 62 - Consejo Económico y Social (2) - También podrá formular recomendaciones encaminadas a promover el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos. (3) - Puede preparar proyectos de convenios para ser presentados a la Asamblea General, sobre asuntos de su competencia".

⁵⁷⁷ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op. cit., 132 a 133.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en 1948, llegó a definir claramente el papel de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Declaración se caracteriza no solo por su amplitud, ya que engloba un conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrollar su personalidad física, moral e intelectual, sino también por la universalidad, ya que es aplicable a todas las personas, de todos los países, razas, religiones, sexos, cualquiera que sea el régimen político de los territorios en los que afecta. Por lo tanto, la Declaración tiene como objetivo construir un orden público mundial basado en el respeto de la dignidad humana, consagrando valores básicos universales. Desde su preámbulo se ha afirmado la dignidad inherente a toda persona humana, con derechos iguales e inalienables. Para la Declaración, la condición de persona es el único y exclusivo requisito para la titularidad de los derechos.

La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos es un concepto que, posteriormente, viene a incorporarse a todos los tratados y declaraciones de derechos humanos, que pasan a formar parte del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁵⁷⁸ Además de la universalidad de los derechos humanos, la Declaración introduce la indivisibilidad de estos derechos, estableciendo dos categorías de derechos: derechos civiles y políticos (arts. 3 a 21) y derechos económicos, sociales y culturales (arts. 22 a 28). De esta forma, agrega el discurso liberal y el discurso social de la ciudadanía, combinando el valor de la libertad con el valor de la igualdad⁵⁷⁹.

Esta concepción de los derechos humanos fue reiterada en la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993, cuando afirma, en su quinto párrafo, que los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados.

En vista de fijar la idea de que los derechos humanos son universales, que surgen de la dignidad humana y no se derivan de las peculiaridades sociales y culturales de una sociedad

⁵⁷⁸ El proceso de internacionalización de los Derechos Humanos permitió la creación de un sistema internacional y sistemas regionales para la protección de estos derechos. Los sistemas regionales pueden verificarse en los siguientes documentos: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981); Carta Árabe de Derechos Humanos (1994). (PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op. Cit., *passim* 63 a 132). En relación con el sistema de protección internacional, se puede encontrar una lista extensa de documentos internacionales de protección de los derechos humanos en el trabajo de: SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. Cit., p. 248-258.

⁵⁷⁹ PIOVESAN, Flavia. *Ibidem*, p. 137.

determinada, la Declaración de 1948 demarca la concepción clásica de los derechos humanos.⁵⁸⁰

A modo de resumen, se puede decir que el proceso de internacionalización de los derechos humanos se dio dentro de una concepción clásica o tradicional, generada por un proceso de regulación cultural y basada en las ideas de universalismo, inherencia, eurocentrismo y determinismo. Sin embargo, es innegable que la evolución histórica de los derechos humanos (incluida aquí la internacionalización) representó un avance en el camino de la humanidad. Pero, por otro lado, al cristalizar los derechos en cartas y textos, terminó generando una idea de conformismo, ya que los derechos ya han sido “declarados”, sin nada más por hacer.⁵⁸¹

3.1.3 "Generaciones" de derechos

La evolución histórica de los derechos humanos, en la concepción clásica o tradicional, se ve, se clasifica y se organiza a través de “generaciones” de derechos.

⁵⁸⁰ En cuanto al valor legal de la Declaración de 1948, no es un tratado y no pretende ser un instrumento legal o contener una obligación legal. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en forma de resolución, que, a su vez, no tiene fuerza de ley. Su propósito, como dice su preámbulo, es promover el reconocimiento universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales a que se refiere la Carta de las Naciones Unidas. Así, la Declaración de 1948 ha sido concebida como la interpretación autorizada de la expresión derechos humanos, contenida en la Carta de las Naciones Unidas, presentando, por ello, fuerza jurídica vinculante. En consecuencia, los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de promover el respeto y la observancia universal de los derechos proclamados por la Declaración. Paul Sieghart afirma que un argumento persuasivo a favor de la fuerza vinculante de la declaración es precisamente el que considera que la Carta de la ONU y la Declaración de 1948 son documentos interrelacionados. Existe otra tendencia que sostiene que la Declaración tiene fuerza vinculante para integrar el derecho internacional consuetudinario y / o los principios generales del derecho. Los argumentos son: 1) la incorporación de las disposiciones de la Declaración en materia de derechos humanos por las Constituciones nacionales; 2) las frecuentes referencias que hacen las resoluciones de las Naciones Unidas a la obligación legal de todos los Estados de observar la Declaración Universal; 3) decisiones emitidas por tribunales nacionales que se refieren a la Declaración Universal como fuente de derecho. Según esta corriente, las disposiciones de la Declaración de 1948 asumen el valor de derecho internacional consuetudinario o principio general del derecho internacional, aplicando a todos los Estados y no solo a los Estados signatarios de la Declaración. Para John P. Humphrey (fue el primer Director de la División de Derechos Humanos de la ONU y preparó el primer borrador de la Declaración Universal), independientemente de la intención de los redactores de la Declaración, hoy forma parte del derecho consuetudinario de las naciones y es, por tanto, vinculante para todos los Estados. Finalmente, lo que se verifica en la práctica es la invocación generalizada de la Declaración como regla con *jus cogens*, innovación que no ha sido cuestionada ni siquiera por los Estados más acusados de violaciones a sus disposiciones. Vide: COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 223 a 225; PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito...** Op. Cit., p. 143 a 147.

⁵⁸¹ Karel VASAK considera que la labor legislativa internacional sobre derechos humanos parece estar completa. En el artículo: **Alguns apontamentos sobre direitos humanos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836&p=2>>. Acesso em: 28 set. 2008.

O jurista Karel Vasak presentó, en 1979, una clasificación basada en las etapas de reconocimiento de los derechos humanos, inicialmente divididas en tres generaciones, de acuerdo con el origen histórico de cada etapa y las inspiraciones filosóficas justificadoras.⁵⁸² En la clase inaugural del Curso del “Instituto Internacional de Derechos Humanos”, en Straburgo, Vasak utilizó, por primera vez, la expresión “generaciones de derechos humanos”, buscando, de manera metafórica, demostrar la evolución de los derechos humanos basados en el lema de la revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad). Según el jurista, la primera generación de derechos humanos sería la de los derechos civiles y políticos, basados en la libertad (*liberté*). La segunda generación, a su vez, sería la de los derechos económicos, sociales y culturales, basada en la igualdad (*égalité*). Finalmente, la última generación serían los derechos solidarios, especialmente el derecho al desarrollo, la paz y el medio ambiente, coronando la tríada de fraternidad (*fraternité*).

La “tesis generacional” presenta, por tanto, la cronología (diacronismo) y la sucesividad como características principales⁵⁸³.

En la visión de Georg Jellinek⁵⁸⁴, que partió de las sucesivas fases de afirmación de los derechos subjetivos, la ampliación del contenido de los derechos fundamentales revela cuatro etapas o estados de afirmación, clasificados de la siguiente manera: la pasiva, la negativa, la positiva y la activa.⁵⁸⁵ El primero, correspondiente al “*status subjectionis*”, en el que el receptor de la norma se sitúa en una situación jurídica subjetiva eminentemente pasiva. El segundo, correspondiente al “*status libertatis*”, en el que se salvaguarda la intromisión desmotivada del Estado en el ámbito jurídico individual, imponiendo una disposición estatal negativa. El tercero, denominado “*status civitatis*”, en el que es posible exigir al Estado un desempeño positivo, para garantizar los derechos de las personas. El cuarto, denominado “*status ative civitatis*”, es aquel

⁵⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. Cit., p. 259.

⁵⁸³ Arion Sayão ROMITA nombra “familias” o “naipes” de derechos humanos, y también enseña que tales derechos pueden ser vistos desde un punto de vista diacrónico o sincrónico. A través del prisma diacrónico, los derechos humanos siguen un orden cronológico de aparición, mientras que, a través del prisma sincrónico, los derechos humanos aparecen simultáneamente. (In: **Direitos...** Op. cit., p. 99).

⁵⁸⁴ Cfe. LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 31.

⁵⁸⁵ La clasificación de Jellinek tiene una finalidad propedéutica en el presente estudio, y no se desconoce su aspecto negativo, bien resumido por José Felipe LEDUR: “En realidad, la teoría de G. Jellinek es tributaria del modelo de Estado Policial, según el cual el Estado “otorga” derechos y, en esa medida, está autorizado a retirarlos en cualquier momento. La crítica de K. Hesse revela que, en el constitucionalismo moderno, el Estado no concede y, por tanto, no puede retirar”. (Ibidem, p. 32; traducido).

en el que se garantiza la participación de los individuos en la formación de la voluntad política.⁵⁸⁶ Se puede incluir una quinta etapa, por el aporte de Enrique Pérez Luño⁵⁸⁷, denominado “*status positivus socialis*”, en el que se reconocen y garantizan los derechos de carácter social, que luego siguió al reconocimiento de los derechos de solidaridad o fraternidad.

La **primera generación** de derechos humanos se identifica desde finales del siglo XVIII, volcando hacia las libertades públicas, como reacción al sistema despótico imperante y la agencia gubernamental.⁵⁸⁸ Habiendo surgido, por tanto, con las revoluciones burguesas y la valorización de la libertad. Los derechos de esta generación se denominan derechos o libertades "de base liberal" y se basan en la separación entre el Estado y la sociedad, que impregna el contractualismo individualista. Los derechos de primera generación corresponden al *status* negativo o *status libertatis*, en la conceptualización de Jellinek. Generalmente se sostienen por derechos de defensa o libertades negativas.⁵⁸⁹ Los derechos fundamentales inherentes a esta generación se caracterizan por el establecimiento, en relación con el Estado, de un deber de abstención. En efecto, según la clasificación de los derechos fundamentales en relación con la disposición estatal, son derechos fundamentales negativos (aquellos que determinan una disposición “*non facere*” o negativa por parte del Estado y el compromiso del organismo estatal de asegurar su inviolabilidad), de modo que estén relacionados con obligaciones de conducta pasiva y su infracción consista necesariamente en una actuación).

Los derechos de primera generación se dividen internamente entre derechos civiles o libertades individuales⁵⁹⁰ y derechos políticos.

Los derechos civiles o libertades individuales garantizan un ámbito de autonomía individual a fin de permitir el desarrollo de la personalidad de cada individuo, a través de preceptos mínimos de integridad física y psicológica y garantías procesales. La libertad en general y las libertades específicas como la de expresión y prensa, la religión y las creencias se admiten en esta lista; el derecho a la propiedad, la vida y la seguridad; libertad de contrato, profesión, comercio e industria. Estos derechos pertenecen al individuo, aunque pueden

⁵⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵⁸⁷ LUÑO, Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

⁵⁸⁸ Vide: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **A Fundamentação e o Reconhecimento dos Direitos Humanos**. Disponible em: <www.prt21.gov.br/doutr16.htm>.

⁵⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., p. 103.

⁵⁹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. Cit., p. 260.

ejercerse individual o colectivamente. Así, el Estado debe abstenerse de inmiscuirse en tales libertades, teniendo el deber de crear un instrumento de protección de estos derechos (como la policía, la organización del proceso y el poder judicial). Los derechos políticos (o la participación política o las libertades políticas) son los de inspiración democrática, que encuentran su núcleo en el derecho al voto y a ser votado.⁵⁹¹

Observada después de la Segunda Guerra Mundial, la **segunda generación** se inclina hacia el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, inspirada en el principio de igualdad, ante los problemas derivados de las asimetrías económicas de la sociedad, que generan la denominada “*cuestión social*”. Los derechos de esta generación apuntan a superar la noción de igualdad meramente formal, sustentada en la concepción liberal, mediante la afirmación de la igualdad material.⁵⁹² Tales derechos exigen un desempeño positivo del Estado, inspirado en la idea de justicia social y en el entendimiento de que la verdadera libertad requiere el cumplimiento de unas condiciones mínimas de existencia.⁵⁹³ La segunda generación está determinada por la Revolución Industrial y la urbanización del siglo XIX en Europa, en un medio de opresión y explotación de las clases trabajadoras o en zonas reacias a mantener el sistema de esclavitud.⁵⁹⁴

Los derechos de segunda generación son los llamados derechos de igualdad, ahora considerablemente ampliados y conocidos como: derechos sociales (indispensables para la

⁵⁹¹ José Adércio Leite SAMPAIO enseña que parte de la doctrina incluye las libertades de expresión, prensa, asociación y reunión entre los derechos políticos. Agrega que tales derechos son “derechos con doble personalidad”, ya que, por un lado, son indispensables para el pleno desarrollo de las libertades individuales, por otro lado, son fundamentales para despejar los cauces para la formación de la voluntad política. (*Ibidem*, p. 261).

⁵⁹² La “tesis generacional” fue explicada en una decisión del STF por el ministro Celso Mello: “*Mientras que los derechos de primera generación (derechos civiles o políticos) - que comprenden libertades clásicas, negativas o formales - enfatizan el principio de libertad y los derechos de segunda generación (derechos económicos, derechos sociales y culturales), que se identifican con las libertades positivas, reales o concretas, enfatizan el principio de igualdad, los derechos de tercera generación, que materializan la propiedad colectiva sobre las formas genéricamente atribuidas a todas las formaciones sociales, consagran el principio de solidaridad y constituyen un momento importante en el proceso de desarrollo, expansión y reconocimiento de los derechos humanos, caracterizado, como valores fundamentales indisponibles, por la nota de una inagotabilidad esencial*” (STF-Pleno-MS n.º 22164/SP. Relator: Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17-11-1995, p. 39.206).

⁵⁹³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., p. 104 a 112.

⁵⁹⁴ Los derechos de segunda generación fueron consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1793), en la Constitución Francesa (1848) y en la Encíclica *Rerum Novarum*, del Papa León XIII (1891), con el pensamiento marxista influyendo en el proceso histórico de formación de estos derechos, especialmente en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (1918). El constitucionalismo social consagró los derechos de segunda generación en las Constituciones de México (1917) y Weimar (1919). La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) contempla los derechos sociales en los artículos XXII a XXVIII, y la ONU, para concretar estos derechos, aprobó, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigencia el 30 de enero de 1976 (*Ibidem*, p. 107).

participación plena en la vida en sociedad), derechos económicos (tienen como objetivo garantizar un nivel mínimo de vida y seguridad material, a fin de permitir el desarrollo del potencial individual) y los derechos culturales (garantizar el respeto a la preservación de las formas de producción y reproducción cultural de las comunidades).⁵⁹⁵ Dependiendo de la clasificación de los derechos fundamentales en relación a la disposición estatal, se trata de derechos fundamentales positivos (aquellos que determinan un “*facere*” o una disposición positiva por parte del Estado, resultado de la clase y técnica de la igualdad, acentuada a medida que se obtiene, por lo que están relacionados con obligaciones de conducta activa y su infracción consiste, necesariamente, en una no acción). Para algunos adoctrinadores, con un sesgo más tradicional, como J.J. Gomes Canotilho, los derechos de segunda generación no son ilimitados y están sujetos a la posible reserva, lo que significa que solo son exigibles si el Estado tiene las condiciones económicas para implementarlos.⁵⁹⁶

En la sociedad contemporánea, la **tercera generación** presenta los derechos de la solidaridad⁵⁹⁷, los cuales son reconocidos como el derecho a la paz, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, la comunicación y la autodeterminación de los pueblos y los derechos de los consumidores⁵⁹⁸, enfocándose en contra el deterioro de la calidad de vida humana. Así, en el último siglo, ante las nuevas realidades de opresión, los derechos de tercera generación, que corresponden a derechos difusos o derechos fundamentales (también llamados “derechos flamantes” o “derechos de fraternidad o solidaridad”), característicos de la protección internacional de los derechos fundamentales.

Los derechos de solidaridad o fraternidad, cuyo origen se encuentra en el derecho internacional, están dotados de un carácter humanista y universalista, tendiendo, al mismo tiempo, a cristalizarse, encontrándose en fase de consagración en el Derecho Constitucional. La categoría de derechos de tercera generación surgió al darse cuenta de que hay países en diversos

⁵⁹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. Cit., p. 262.

⁵⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 439.

⁵⁹⁷ También llamados “derechos de los pueblos”, “derechos de cooperación”, “derechos de fraternidad” y “derechos humanos morales y espirituales”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. Cit., p. 293).

⁵⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 481.

grados de desarrollo, surgiendo así la tesis del “derecho al desarrollo” como un derecho humano.⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰

Los titulares de estos derechos son individuos (no considerados de forma aislada), grupos, pueblos y Estados,⁶⁰¹ Canotilho informa sobre la consagración, desde la década de 1960, de los derechos de la tercera generación, basada en la solidaridad⁶⁰² que presuponen el deber de colaboración de todos los Estados (y no solo la acción activa de cada uno) y conllevan una dimensión colectiva que justifica otro nombre para los derechos en cuestión: “derechos de los pueblos”.

Una parte de la doctrina⁶⁰³ ya menciona e identifica, siguiendo esta clasificación, los derechos de **cuarta generación**⁶⁰⁴, que abarcaría el derecho a la democracia, condición esencial para la realización de tales derechos. Más que un sistema de gobierno, una modalidad de Estado, un régimen político y una forma de vida, la democracia tiende a convertirse en el derecho más

⁵⁹⁹ La idea del derecho al desarrollo como derecho humano surgió en la clase inaugural de Keba M'baye, clase impartida en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo, en 1972. Posteriormente, la Resolución 4 de la ONU (XXXIII), en 1977, la Resolución 34/36 de la ONU (art. 8º), de 1979, y la Resolución 41/128, de 1986, se refieren expresamente al “derecho al desarrollo como un derecho humano”. (ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., p. 113).

⁶⁰⁰ Flávia PIOVESAN enseña que el derecho al desarrollo comprende tres dimensiones, a saber: “a) la importancia de la participación, con énfasis en el componente democrático para orientar la formulación de políticas públicas, dotándolas de mayor transparencia y rendición de cuentas; b) protección de las necesidades básicas de justicia social, expresando la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que: “La persona humana es el sujeto central del desarrollo”; y c) la necesidad de adoptar programas y políticas nacionales, como la cooperación internacional, dado que la cooperación internacional eficaz es fundamental para promover en los países más pobres medios que fomenten el derecho al desarrollo” (In: **Direitos humanos e o direito...** Op. cit., p. 22; traducido).

⁶⁰¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., p. 114.

⁶⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 439.

⁶⁰³ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.

⁶⁰⁴ Arion Sayão ROMITA clasifica de manera diferente. Para él, los derechos derivados de la manipulación genética (bioderecho) constituirían los derechos de la cuarta generación, los derechos derivados del uso de la cibernética y las tecnologías de la información serían los de la quinta generación, mientras que los derechos emergentes de la globalización (derechos a la democracia, la información correcta y el pluralismo) sería la sexta generación. In: **Direitos...** Op. Cit., p. 115.

reciente de los pueblos y ciudadanos.⁶⁰⁵ Para Paulo Bonavides⁶⁰⁶, el derecho a la democracia (directa), el derecho a la información y el derecho al pluralismo constituirían la cuarta generación de derechos fundamentales, “*sintetizando el futuro de la ciudadanía y el futuro de la libertad para todos los pueblos*” y, sólo así, legitimar y hacer posible la tan temible globalización política.⁶⁰⁷

Las llamadas "generaciones" de derechos humanos podrían, por tanto, sintetizarse⁶⁰⁸:

1ª Generación	2ª Generación	3ª Generación	4ª Generación
Libertad	Igualdad	Fraternidad	Democracia (directa)
Derechos negativos	Derechos a las prestaciones		
Derechos civiles y políticos: libertad política, de expresión, religiosa, comercial	Derechos sociales, economicos y culturales	Derecho al desarrollo, al medio-ambiente, derecho a la paz	Derecho a la información, a la democracia directa y al pluralismo
Derechos individuales	Derechos de una colectividad	Derechos de toda la humanidad	
Estado Liberal	Estado Social y Estado Democrático y Social		

⁶⁰⁵ Queda claro que el derecho a la democracia está lejos de ser implementado en varios países, especialmente en países con capitalismo periférico. Brasil es un claro ejemplo, ya que su frágil democracia ha sufrido recientemente un “golpe”, con la participación de los medios de comunicación y sectores dominantes de la sociedad, ayudados por órganos de la burocracia estatal. Esta estrategia de utilizar la ley como táctica de guerra, actualmente se llama “lawfare”. Sobre el tema, consulte: PRONER, C.; CITTADINO, G.; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, J. R. W. **Comentarios a una sentencia anunciada el proceso Lula**. Buenos Aires: CLACSO, 2018; PRONER, C.; CITTADINO, G.; RAMOS FILHO, Wilson; TENENBAUM, M. **A Resistencia ao Golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016, v.1. p.425. PRONER, C.; CITTADINO, G.; MAGALHAES, J. N.; PEIXOTO, K.; GUIMARAES, M. C. **A Resistencia Internacional ao Golpe de 2016**. Bauru: Canal 6 Editora, 2016, v.1. p.494.

⁶⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 1998.

⁶⁰⁷ José Adércio Leite SAMPAIO enseña que no existe un consenso pleno sobre la composición de esta generación de derechos. Para algunos, la cuarta generación incluiría: (a) el derecho a la verdad sobre las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado (Mutharika); (b) el derecho a la comunicación o a comunicarse, que hoy se puede denominar “derechos virtuales”, incluidos los derechos democráticos de acceso universal a las tecnologías de la comunicación y la información para el libre ejercicio de la propia “identidad virtual” y sus consecuencias (Anawalt y Neshat); (c) tiempo de los derechos de las mujeres (Peterson y Parisi; Fox; Gautier); (d) protección de la dignidad humana, independientemente del género, contra posibles abusos del progreso tecnológico (decisión del juez Marcus-Helmons en decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); (e) derechos de todos los grupos sociales más vulnerables, como mujeres, niños, ancianos y personas con necesidades especiales (Arat); (f) derechos colectivos o solidarios como la paz, un medio ambiente sano y la protección de la supervivencia de la cultura indígena (Ozdowski); (g) inclusión de la protección de refugiados (Ramesh); (g) derechos de aspiración o autorrealización del potencial humano (Siwakoti); (h) derechos psicoespirituales, identificados como respuesta a procesos de dominación psíquica y espiritual que imponen una visión única de la racionalidad humana; y (i) están titulados por grupos humanos como la familia, el pueblo, la nación, los grupos étnicos o la humanidad misma en su conjunto (Lafer; Gazaíni; Jiménez). (Op. Cit., p. 298-302).

⁶⁰⁸ O referido quadro do jurista George Marmelstein LIMA pode ser encontrado no artigo: **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 26 set. 2008. Documento eletrônico não paginado.

En cuanto al acoso moral laboral, la tesis generacional, sostenida en la concepción clásica de los derechos humanos, no provee los fundamentos teóricos y prácticos necesarios para combatir la práctica inhumana del emprendedor, ya que el fenómeno del acoso afecta a varias “generaciones” de derechos humanos simultáneamente.

El psicoterrorismo laboral viola los derechos fundamentales de libertad (no permite el desarrollo de la personalidad del trabajador, ya que no respeta los preceptos mínimos de integridad física y psicológica), de igualdad (ya que el acoso se basa y justifica en la diferencia socioeconómica existente entre el trabajador y el empresario), y la solidaridad (ya que deteriora el clima laboral, afectando no solo al colectivo de trabajadores que se encuentran en la empresa, sino también a la sociedad, de forma difusa, ante el daño potencial a todos los que vienen a prestar servicios en esa empresa, así como familiares de los trabajadores). Además, el acoso, aunque existe desde hace mucho tiempo, solo ha sido denunciado por académicos en las últimas décadas. Ahora bien, con base en la teoría clásica, si “generaciones” han desvelado o declarado derechos humanos (“ya existentes”), en cada época histórica, ¿cómo podríamos incluir retroactivamente la prohibición del acoso moral (que se ve como un fenómeno observado recientemente, de un punto de vista social y legal), en la actualidad?

Así, tras analizar las distintas “generaciones” de derechos humanos, conviene verificar las características que estos derechos asumen dentro de la concepción clásica o tradicional.

3.1.4 Características de los Derechos Humanos

Teniendo en cuenta la evolución histórica de los derechos humanos, así como la internacionalización de estos derechos y la tesis generacional, la doctrina clásica o tradicional de los derechos humanos sistematiza varias características de tales derechos.⁶⁰⁹

Los derechos humanos tienen un carácter histórico, revelando así la característica de la **historicidad**, ya que se han ido construyendo a lo largo del tiempo, a través de “olas” o “generaciones”. La historicidad, en la visión clásica, representa los tiempos en que se develaron las “generaciones” de los derechos humanos. En la mirada crítica, la historicidad representa el rechazo de la trascendencia (fundamento absolutista y exclusivamente metafísico de los

⁶⁰⁹ Vide: MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23; ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., *passim* 71 a 86; ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**: cadernos de direito tributário e finanças públicas, n. 29 out./dez. 1999.

derechos fundamentales) y el reconocimiento de que los derechos humanos se basan en la experiencia social.

En consonancia con la idea de que los derechos humanos alcanzan a todos los seres humanos, sin distinción, aparecen las características de **universalidad** (o **internacionalización**). Según Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁶¹⁰, en representación de la posición ortodoxa, los derechos humanos "*pertenecen a todos los hombres, por lo que se extienden por todo el campo abierto a los seres humanos, potencialmente al universo*". En la perspectiva clásica, entonces, los derechos humanos son universales porque son inherentes a la condición humana, y las peculiaridades locales u ocasionales no podrían sustraer el deber de respetar y promover los derechos humanos. Además de la universalidad, que se verifica en los tiempos actuales, existe una internacionalización de los derechos humanos (se internacionalizan los derechos, así como se internacionaliza su concepción universalista), ya sea a través del reconocimiento de estos derechos por parte de las comunidades de Estados, ya sea por los medios de protección previstos, especialmente el establecimiento de tribunales con jurisdicción internacional.⁶¹¹

Si bien no es pacífico, se defiende, en la actualidad, que los derechos humanos son insusceptibles para ser alcanzados por prescripción, de ahí la peculiar característica de la **imprescriptibilidad**. Así, ante una violación, sería posible posponer la reparación en los tribunales, no provocando la inercia del titular, por el tiempo, la pérdida del derecho, ya que estarían conectados a la naturaleza inmutable del ser humano.

Los derechos humanos no deben ser objeto de enajenación o transferencia, de cualquier forma, que revele su **inalienabilidad**. El titular no puede desvincularse de sus derechos, aunque puede dejar de ejercerlos en la práctica, utilizando aquí la diferenciación entre la capacidad de goce (irrenunciable) y la capacidad de ejercicio (disponible). Aún debido a la inalienabilidad, se considera que tales derechos no se pierden con el tiempo, y por tanto, la imprescriptibilidad es una consecuencia natural de la inalienabilidad.

Los derechos humanos están magnetizados por la **indisponibilidad** (o **irrenunciabilidad**), ya que no están sujetos a renuncia y el titular no puede, *sponte propria*, renunciar a ellos. Esta

⁶¹⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23.

⁶¹¹ La admisión de particulares también como receptores de sanciones internacionales puede constituir el siguiente paso en el desarrollo de la jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales, revelando un despliegue de universalidad y una dimensión supranacional de la efectividad horizontal de los derechos fundamentales.

característica siempre ha sido reconocida en el ámbito del derecho laboral como principio fundamental.

Por la característica de **inviolabilidad**, parece que los derechos humanos no pueden ser violados por normas infraconstitucionales o por un acto de agente estatal, bajo pena de responsabilidad.

Reproduciendo la perspectiva tradicional, por su **limitabilidad**, los derechos humanos no son absolutos, sufriendo restricciones en momentos constitucionales de crisis (estado de sitio, combate al terrorismo, etc.) y también ante intereses o derechos que, por casualidad en conflicto, se consideran los más importantes.

Por otro lado, por la característica de **efectividad** (o **maximización**), el Estado debe crear mecanismos coercitivos capaces de hacer realidad los derechos humanos, a fin de extraer de ellos el máximo contenido y realización que puedan producir, no solo a nivel teórico-dogmático, sino también a nivel práctico o concreto.

Desde la perspectiva de la **complementariedad**, los derechos humanos deben ser observados no de forma aislada, sino de forma conjunta e interactiva con las demás normas, principios y objetivos establecidos por el legislador constituyente. En la perspectiva tradicional, esta característica puede utilizarse como un obstáculo para la realización de los derechos humanos.

Siguiendo la idea de complementariedad, algunos destacan la característica de **competitividad**, por la cual los derechos humanos pueden ejercerse de manera acumulativa o concurrente con otros derechos.

En la concepción clásica o tradicional, la **inherencia** es un rasgo importante, porque los derechos humanos han sido declarados; por tanto, preexisten a su afirmación o descubrimiento, siendo inherentes a la condición humana. Son, por tanto, naturales y abstractos.

Los derechos humanos están marcados por la característica de la **individualidad**, porque cada ser humano es un ser perfecto y completo, incluso cuando se considera de forma aislada, independientemente de la comunidad (no es un ser social que solo se puede completar en la vida en sociedad).

Constituyendo la base - axiológica y lógica - sobre la que se asienta un orden jurídico, los derechos humanos tienen una nota fundamental. Son originales, ya que son los primeros en ser tenidos en cuenta para entender el ordenamiento jurídico. La **fundamentalidad** se revela por el contenido del derecho (referencia a los valores supremos del ser humano y preocupación por la promoción de la dignidad de la persona humana) y también por la posición normativa (expresión en el ordenamiento jurídico como norma constitucional), compitiendo así ambos

criterios (material y formal) para definir la “fundamentalidad” de un derecho. Esta característica se vuelve imprescindible para la divulgación de derechos fundamentales fuera del catálogo previsto en las Constituciones nacionales, permitiendo así una interpretación amplia.⁶¹²

La **indivisibilidad** de los derechos humanos puede entenderse desde la perspectiva de cada derecho humano, que constituye una unidad indispensable en su contenido elemental, así como desde la perspectiva de los diferentes derechos humanos, en el sentido de que no es posible aplicar solo algunos de los derechos humanos reconocidos. Esta característica indica la necesidad de respeto y desarrollo de todas las categorías de derechos humanos, y en este sentido de complementación surge la interdependencia e interrelación de los derechos humanos.⁶¹³

Partiendo de la característica de la **positividad** (o **constitucionalidad**), la revelación de los derechos fundamentales se produce, principalmente (por razones de representatividad democrática, racionalidad y seguridad), a través de la positividad histórica en un sistema jurídico determinado. De ahí la positividad (en contraposición a una concepción trascendentalista) de los derechos humanos. La positividad se da a nivel de las normas de jerarquía constitucional, desde donde se verifica la constitucionalidad de los derechos fundamentales. Así, desde un punto de vista material, los derechos humanos participan de las opciones constituyentes, encerrando los valores sociales más importantes (fundamentalidad material). Desde un punto de vista formal, los derechos fundamentales terminan rodeados de un régimen jurídico calificado, lo que les otorga, por ejemplo, un difícil procedimiento de reforma (rigidez constitucional), y los toma como parámetros para efectos de control de constitucionalidad. Más allá de las fronteras de los países, la positividad de los derechos fundamentales en la actualidad tiene una dimensión internacional (internacionalización), a través de convenciones, declaraciones y tratados.

Los derechos humanos interactúan, se influyen mutuamente y deben sopesarse en caso de una eventual colisión o competencia de derechos, lo que revela la característica **sistémica** (o de **interdependencia**). Existe una dependencia mutua entre los derechos humanos, ya que el contenido de unos derechos está ligado al de otros, completándose entre sí.

Debido a la característica de **inagotabilidad**, la hermenéutica en relación con los derechos humanos debe ser expansiva, buscando la interpretación más favorable que se pueda

⁶¹² El derecho a resistir la opresión, por ejemplo, aunque no está previsto literalmente, puede considerarse parte integrante de la Constitución debido a su fundamentalidad. (ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit.).

⁶¹³ Cabe señalar, sin embargo, que la realización de un derecho fundamental puede darse en distintos grados de intensidad, aunque siempre exigiendo el respeto por la unidad de contenido. Así, el número de derechos fundamentales reconocidos, así como la forma de este reconocimiento, varía, aunque todos los derechos fundamentales reconocidos merecen realización. (*Idem*).

extraer de ellos. Esta propiedad también se denomina “la eficacia radiante de los derechos fundamentales”. De hecho, el catálogo previsto de derechos fundamentales nunca es exhaustivo y siempre se le pueden agregar nuevos derechos. Un nuevo aporte puede provenir de las normas internacionales (apertura externa), además de la divulgación de los derechos humanos (expresos o implícitos) dentro del propio sistema legal nacional (apertura interna).

Para la doctrina tradicional, los derechos humanos emergieron como derechos de defensa, con la principal preocupación de dar espacios de libertad individual bajo la interferencia pública (estatal). A pesar de ello, los derechos humanos comenzaron a adquirir una **proyección positiva** extraordinaria, postulando una acción que posibilita la satisfacción de necesidades y la realización de los valores estipulados, de los cuales, surgen los derechos de participación y actuación.

Por la característica de la **perspectiva objetiva**, los derechos humanos no se limitan a un enfoque desde la perspectiva de las posiciones subjetivas conferidas a sus titulares, sino que también sirven para construir situaciones jurídico-objetivas que contribuyan a satisfacer las expectativas que ella fomenta. Comienzan a funcionar como reglas para la definición (negativa; limitación) de la competencia, especialmente en relación con el Poder Público, con la atribución de deberes (especialmente al Estado) para implementar y desarrollar los derechos humanos fundamentales independientemente de los reclamos individuales (“derechos subjetivos”).

A pesar de la característica de la individualidad, los derechos humanos también tienen una **dimensión transindividual**. La titularidad individualizada de la primera concepción (liberal) de los derechos fundamentales (básicamente, los derechos del individuo frente al Estado, de carácter predominantemente negativo) y la propiedad grupal o colectiva de la segunda concepción (social) de los derechos fundamentales (básicamente, los derechos de los individuos a través del Estado, predominantemente positivo), agregó una propiedad transindividual vinculada a una concepción moderna (basada en la solidaridad) de los derechos fundamentales (sustancialmente, derechos de toda la comunidad en relación con el Estado y la sociedad, que es predominantemente positiva).

Como consecuencia de la característica de **aplicabilidad inmediata**, surge la necesidad de dotar de mecanismos para garantizar los derechos fundamentales, de manera que el propio texto constitucional asegure los medios de aplicación directa. Así, los instrumentos de garantía de los derechos humanos nunca pueden ser restringidos por el hecho de estar garantizados, lo que sería absurdo.

La característica de **acuerdo práctico** (o **armonización**) significa que, en caso de posible colisión y competencia (conflicto positivo) u oposición (conflicto negativo) de los

derechos humanos; estos deben aplicarse de manera armónica, buscando siempre el equilibrio o el acuerdo práctico con máxima efectividad y con un mínimo indispensable de daño a los derechos fundamentales involucrados.

En la perspectiva tradicional, la **restricción excepcional** es la característica según la cual los derechos fundamentales no pueden ser reducidos por la interpretación (y, sobre todo, por la actividad normativa infraconstitucional), salvo que la posibilidad de restricción esté expresamente prevista en la propia Constitución o se derive de la interacción con otras disposiciones constitucionales, en cuyo caso, la limitación nunca podrá alcanzar el núcleo (esencia, contenido mínimo) del derecho fundamental en sí. De hecho, la interpretación de los derechos humanos debe ser amplia, mientras que la interpretación de las restricciones debe ser limitante, no permitiendo cláusulas de restricción general. Vale aquí el antiguo brocardo latino: “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”.

Además de la clásica efectividad vertical de los derechos fundamentales, que exige el respeto de los poderes públicos, existe la **efectividad horizontal o privada** (“*erga omnes*”), que exige el cumplimiento de los derechos fundamentales en las relaciones entre las personas. Claramente, el efecto de los derechos humanos en el ámbito privado es diverso y, en cierto sentido, menos enérgico que el observado en las relaciones con el gobierno. La doctrina de la mayoría recomienda cautela en la interferencia excesiva en este campo, considerando que podría conducir a la opresión del totalitarismo. La efectividad privada de los derechos fundamentales todavía puede verse como una faceta de su perspectiva objetiva. De hecho, además de exigir a las personas que no violen los derechos fundamentales, también se les puede exigir que implementen esos derechos.

La característica de la **prohibición del retroceso** admite que los derechos humanos, que representan hitos de la conquista de la civilización, una vez reconocidos, no pueden ser abandonados, disminuidos o reducidos, y la retrogradación no es admisible. Aquí hay una protección traducida por la prohibición del retroceso, y esta eficacia impeditora (negativa) es inmediata y en sí misma capaz de sostener un control de constitucionalidad (tanto en relación a la acción como a la omisión indebida). A nivel normativo, la efectividad preventiva de la regresión ofrece obstáculos contra la mera derogación de normas que consagran derechos humanos fundamentales, o contra la sustitución de otras menos beneficiosas. Y, en términos de actos concretos, la prohibición del retroceso permite cuestionar, por ejemplo, la implementación de políticas públicas que debilitan los derechos humanos fundamentales.

Si bien algunas de las características enumeradas anteriormente corresponden, en una perspectiva crítica, a avances hacia la afirmación y realización material de los derechos

humanos, también es cierto que dentro de la concepción clásica de los derechos humanos surgen otras características, legitimándola y justificándola, en una forma de producir, junto a la idea generacional, algunos escollos – que dificultan la efectividad material o concreta de los derechos humanos –, analizados a continuación.

3.2 Las trampas generadas por el diseño clásico

La concepción clásica de los derechos humanos, influida por la historicidad, trae algunos problemas o trampas insolubles, como: la idea de la evolución de los derechos humanos, representada por la tesis generacional; determinismo, resultado de las declaraciones de derechos ya emitidas (si, por un lado, los derechos humanos son conquistados en el tiempo, por el otro, una vez conquistados y hechos positivos en los textos, finaliza el interés en la búsqueda de su realización real y concreta, ya que lo más importante es que las personas “tienen derecho a los derechos” previstos en las declaraciones); el universalismo, que además de representar un intento de occidentalizar el mundo, es en realidad reduccionista, porque acaba homogeneizando derechos y entorpeciendo la capacidad creativa de los seres humanos; y la tesis de que los derechos humanos, especialmente los derechos sociales, solo se pueden realizar si la economía de mercado lo permite (la realización de los derechos humanos resulta exclusivamente de la capacidad económica de cada país).

Así, la concepción clásica o tradicional presenta algunos escollos, que impiden que los derechos humanos tengan el alcance y la efectividad necesarios para prevenir la práctica del acoso laboral. Las trampas pueden así sintetizarse en el universalismo (y eurocentrismo), el determinismo, el economismo y la tesis generacional.

3.2.1 Universalismo y eurocentrismo

Se cuestiona si las normas de derechos humanos pueden tener un significado universal o si están relacionadas culturalmente.

La discusión, que involucra la base misma de los derechos humanos⁶¹⁴⁻⁶¹⁵, logra vigor frente al movimiento internacional de derechos humanos, en la medida en que este movimiento suaviza las nociones de soberanía nacional y jurisdicción interna, al establecer un parámetro internacional mínimo, relativo a la protección de los derechos humanos, al que los Estados deben ajustarse.

La concepción clásica o tradicional sostiene que los derechos humanos son inherentes a la propia condición humana, por lo que existe un mínimo ético irreductible, que debe ser preservado por todos⁶¹⁶, lo que, hasta el momento, parece ser algo positivo o beneficioso para la noción de derechos humanos.

De hecho, el universalismo contiene el eurocentrismo, ya que la visión (tradicional) de los derechos humanos parte de la concepción europea de estos derechos que, por ser “más adecuados” para toda la humanidad, deben ser universalizados.

La supuesta universalidad de los derechos humanos esconde el carácter marcadamente europeo y cristiano de los derechos, que no pueden extenderse al resto del mundo donde subsisten tradiciones culturales y religiosas propias, que son extrañas, si no contrarias e incompatibles con las doctrinas occidentales, es por eso que tales tradiciones deben ser respetadas.

Los procesos de homogeneización cultural resultantes del universalismo promovido por Occidente imponen su cultura y reglas al mundo entero. Los derechos humanos, así concebidos, corren el riesgo de convertirse en un “pensamiento único” que justifique una “práctica única”, occidentalmente correcta, nivelando diferencias y divergencias.

La noción de derechos humanos, en una perspectiva crítica (y relativista), está estrictamente relacionada con el sistema político, económico, cultural, social y moral vigente en una sociedad determinada. De esta manera, cada cultura tiene su propio discurso sobre los derechos fundamentales, que se relaciona con las circunstancias culturales e históricas

⁶¹⁴ Acerca do tema, vide: RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos humanos: fundamentación**. Madrid: Tecnos, 1997.

⁶¹⁵ José Adércio Leite SAMPAIO clasifica las teorías fundacionales de los derechos humanos, según la injerencia del sujeto en el proceso de construcción/explicación de los derechos, de la siguiente manera: (a) Teorías del razonamiento subjetivista: jusnaturalismo deontológico; teorías neoliberales; teorías emocionales-pragmáticas; (b) Teorías del razonamiento transsubjetivista: objetivismo axiológico; transsubjetivismo no axiológico; (c) Teorías del razonamiento intersubjetivo: procedimiento discursivo; intersubjetividad existencial; (d) Teoría pluralista (diálogo intercultural). (Op. Cit., p. 57 a 133).

⁶¹⁶ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

específicas de cada sociedad. Así, en una visión contrahegemónica, el pluralismo cultural puede impedir la formación de una moral universal, haciendo necesario respetar las diferencias culturales que presenta la sociedad o comunidad, así como su sistema moral específico.⁶¹⁷

En la visión de Jack Donnelly⁶¹⁸, hay varias corrientes relativistas. En un extremo, está lo que se llama relativismo cultural radical, que ve a la cultura como la única fuente de validez para un derecho o regla moral, porque un relativismo cultural fuerte entiende que la cultura es la principal fuente de validez para un derecho o regla moral. Un relativismo cultural más suave o más débil, a su vez, sostiene que la cultura puede ser una fuente importante de validez de un derecho o regla moral.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos son notoriamente universalistas. Por ellos, si bien el derecho al ejercicio de la propia cultura es un derecho fundamental (incluido el previsto en la Declaración Universal), no se hacen concesiones a las especificidades y peculiaridades culturales, cuando existe riesgo de violación de los derechos humanos fundamentales.

En el análisis de los relativistas, la pretensión de universalidad de estos instrumentos simboliza la arrogancia y la soberbia del imperialismo cultural occidental, que intenta universalizar sus propias creencias. La idea universal de los derechos humanos se identifica como una noción construida por el modelo occidental y, así, el universalismo induce a la destrucción de la diversidad cultural.⁶¹⁹

La Declaración de Viena de 1993 buscó dar una respuesta adecuada a este problema, al establecer que se deben considerar las particularidades nacionales y regionales y las bases históricas, culturales y religiosas, pero es obligación de los Estados, independientemente de su sistema político, económico y cultural, promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales. La mencionada Declaración, que busca resolver esta disputa, es un instrumento consensuado, que involucra a 171 estados (la mayoría de los cuales eran colonias a fines de la década de 1940). De esta manera, la Declaración de 1993 trató de darle a la Declaración Universal de Derechos Humanos un carácter efectivamente universal. La norma

⁶¹⁷ Ejemplo de diferencia en el estándar moral: la práctica de la clitorectomía y la mutilación femenina por muchas sociedades de cultura no occidental.

⁶¹⁸ DONNELLY, Jack. *Apud* PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça...** Op. Cit., p. 17.

⁶¹⁹ Los universalistas reaccionan a esta crítica, alegando que la posición relativista revela el esfuerzo por justificar casos graves de violaciones de derechos humanos que, basados en el sofisticado argumento del relativismo cultural, serían inmunes al control de la comunidad internacional.

internacional adoptó la corriente del “universalismo fuerte” o “relativismo débil” en la cultura. Así, desde la perspectiva de la Convención de Viena, la intervención de la comunidad internacional debe ser aceptada, como alternativa, ante el surgimiento de una cultura global que apunta a establecer estándares mínimos para la protección de los derechos humanos.

Antônio Augusto Cançado Trindade⁶²⁰ concluye que se ha entendido que la universalidad se enriquece con la diversidad cultural, que nunca podrá invocarse para justificar la negación o violación de los derechos humanos.

Boaventura de Souza Santos defiende una concepción multicultural de los derechos humanos, dentro de la idea del diálogo entre culturas, para componer un “multiculturalismo emancipador”⁶²¹, construyendo la noción de una política contrahegemónica⁶²².

En sentido convergente, Herrera Flores defiende un “universalismo de confluencia”, un punto de llegada y no un punto de partida⁶²³⁻⁶²⁴.

El carácter contradictorio de la afirmación histórica de los derechos humanos cuestiona la pretensión de la conciencia europea (y occidental) de considerarse como el lugar histórico por excelencia de la emancipación universal y muestra el lado exclusivo y violento que siempre ha estado presente a lo largo de la historia moderna hasta la actualidad. Aunque el colonialismo, como forma política, ha terminado, la "misión civilizadora" occidental continúa y se manifiesta precisamente en las doctrinas universales de los derechos humanos. Hoy en día, cualquier

⁶²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O direito internacional para o ser humano. (Entrevista). **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, p. 5- 8, set./nov. 2002.

⁶²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova, v. 39, p. 112.

⁶²² “En el campo de las prácticas capitalistas globales, la transformación contrahegemónica consiste en la globalización de luchas que posibilitan la distribución democrática de la riqueza, es decir, una distribución basada en derechos ciudadanos, individuales y colectivos, aplicados transnacionalmente. Finalmente, en el campo de las prácticas sociales y culturales transnacionales, la transformación contrahegemónica consiste en la construcción del multiculturalismo emancipatorio, es decir, en la construcción democrática de las reglas para el reconocimiento recíproco entre identidades y entre culturas distintas, como las identidades duales, identidades híbridas, interidentidad y transidentidad, pero todas ellas deben estar guiadas por las pautas de transidentidad y transculturalidad: tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos hace inferiores y a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza” (SANTOS, Boaventura de Souza. **Os processos da globalização: globalização**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005. p. 80; traducido).

⁶²³ HERRERA FLORES, Joaquín. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Mimeo. p. 7.

⁶²⁴ También dentro de esta visión no clásica de los derechos humanos, aparecen: Bhikhu Parech, que defiende un “universalismo pluralista”, no etnocéntrico, basado en el diálogo intercultural; Amartya Sen, en defensa de la cultura asiática (principalmente budismo), con énfasis en la importancia de la libertad y la tolerancia; y Abdullah Ahmed Na-na’im, que se ocupa de los derechos humanos en el mundo islámico, basado en una nueva interpretación del Islam y la Sharia. (PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça...** Op. cit., p. 18).

intervención política e incluso militar de los Estados dominantes y las organizaciones internacionales (dominadas por ellos) exige la defensa de los derechos humanos como su justificación ideológica.

En este contexto, existen fuertes críticas al reclamo de crear un nuevo orden político mundial basado en los derechos humanos que permita a los organismos internacionales y grandes potencias defender y promover los derechos humanos en el mundo, a través de una política de centralización e “intervención humanitaria” que supera la soberanía de los Estados y puede intervenir, incluso de forma armada, cuando sea necesario. Occidente estaría utilizando la “retórica” de los derechos humanos para encubrir sus verdaderos intereses e imponer su hegemonía política y económica al resto del mundo.

En cuanto a la relación poder-sometimiento laboral, el universalismo, en gran medida, justifica la posibilidad o “prerrogativa” de las empresas multinacionales o transnacionales, en el sistema capitalista globalizado, de imponer sus prácticas económicas inhumanas, que generan acoso moral empresarial, en los países del capitalismo periférico (o en desarrollo), con el fin de obtener mayores ganancias, productividad y poder⁶²⁵.

3.2.2 Tesis generacional

Paulo Bonavides, uno de los primeros en sostener la impropiedad de la expresión "generación de derechos", expresó así su entendimiento⁶²⁶:

La fuerza está en resolver, en este punto, un posible malentendido del lenguaje: la palabra "dimensión" reemplaza, con una ventaja lógica y cualitativa, el término "generación", si este último sólo inducirá la sucesión cronológica y, por tanto, el supuesto lapso de derechos de generaciones anteriores, lo cual no es cierto. Por el contrario, los derechos de la primera generación, derechos individuales, los de la segunda, derechos sociales, y los de la tercera, derechos al desarrollo, medio ambiente, paz y fraternidad, siguen vigentes, son infraestructuras que forman la pirámide, cuyo vértice es el derecho a la democracia. Jorge Miranda también critica el término "generaciones" de derechos fundamentales, enfatizando la falsa impresión de alternancia que puede generar.⁶²⁷

⁶²⁵ Por cierto, la presente investigación se desencadenó en un caso, en el que un banco transnacional utilizó métodos inhumanos de acoso moral, con el fin de mantener a raya a personas con enfermedades crónicas.

⁶²⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.

⁶²⁷ “Si bien esta forma de ver puede ayudar a aprehender los diferentes momentos históricos de la aparición de los derechos, el término generación, generación de derechos, parece engañoso al sugerir una sucesión de categorías de derechos, algunas reemplazando a otras, cuando, por el contrario, lo que ocurre en el estado social de derecho es el enriquecimiento creciente en respuesta a las nuevas demandas de las personas y las sociedades.

De hecho, el uso de la expresión "dimensiones" de los derechos humanos parece en realidad más apropiada, ya que, a medida que se reconocen nuevas prerrogativas a los individuos, siempre deben complementar las otras prerrogativas ya conquistadas. Las dimensiones más recientes y los derechos humanos ya tradicionalmente asegurados no solo coexisten, sino que mantienen una relación de interacción recíproca, influyéndose mutuamente y asegurando que la comprensión de cada uno de los derechos fundamentales siempre se interprete (o reinterprete) en conformidad con el contexto global de todas las dimensiones de los derechos ya reconocidos.⁶²⁸

El uso del término "generación", entendido como las fases que demarcan el cambio en el comportamiento humano, puede dar la falsa impresión de la sustitución paulatina de una generación por otra, lo cual es un error, ya que, por ejemplo, los derechos a la libertad no desaparecen ni deben desaparecer cuando surgen los derechos sociales, ni los derechos sociales desaparecen cuando surgen los derechos de solidaridad y así sucesivamente. De hecho, los derechos humanos pasan por un proceso de acumulación y no de sucesión o sustitución (naciones que se derivan naturalmente del término "generaciones").

Además, la expresión puede inducir a la idea de que el reconocimiento de una nueva generación puede o solo debe ocurrir cuando la generación anterior ya está lo suficientemente madura, lo que hace muy difícil el reconocimiento de nuevos derechos, especialmente en los llamados países periféricos (en desarrollo), donde no se ha alcanzado ni siquiera un nivel mínimamente satisfactorio de madurez de los llamados derechos de "primera generación".

Es por estas razones que la teoría contribuye a la atribución de una baja carga normativa y, en consecuencia, a la efectividad de los derechos sociales y económicos, considerados como derechos de segunda generación y, por tanto, sin prioridad de implementación.⁶²⁹

*Tampoco es una mera suma, sino una interpretación mutua, con la consiguiente necesidad de armonía y acuerdo práctico". (MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**: introdução geral. (Apontamentos de aula). Lisboa, 1999; traducido)*

⁶²⁸ LIMA, George Marmelstein. Op. Cit.

⁶²⁹ George Marmelstein LIMA enseña que incluso en los países desarrollados, como en los Estados Unidos, la idea de que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales aún no se acepta pacíficamente, a pesar de que innumerables Constituciones de los Estados miembros consagran derechos de este tipo en sus textos. En ese país, la propia Corte Suprema de Estados Unidos, en la llamada "Era Lochner" (primeras décadas del siglo XX), declaró la inconstitucionalidad de varias leyes federales, emitidas durante el período del New Deal, que otorgaban a los trabajadores derechos sociales mínimos, como la limitación de las horas de trabajo y los niveles salariales. Las decisiones se basaron precisamente en la idea de que la "libre iniciativa" o "libertad contractual" era un derecho garantizado constitucionalmente, y que el legislador no podía interferir en esa libertad, bajo pena de violar el "debido proceso legal", en su sentido material. Se entiende, en estas decisiones, que los derechos de primera generación (libertad) son más importantes que los derechos de segunda generación (igualdad), como si hubiera una jerarquía clara entre estos derechos. También es interesante notar que, durante este período, el activismo

Además de la tesis generacional que dificulta positivizar y hacer cumplir los derechos sociales y económicos, así como los derechos de solidaridad, tampoco retrata la verdad histórica, ya que la evolución de los derechos fundamentales no necesariamente sigue la línea descrita por Vasak (libertad, igualdad y fraternidad). Los derechos de la primera generación no siempre llegaron a ser reconocidos, solo después de los derechos de la segunda generación, y así sucesivamente.⁶³⁰

Además, a nivel internacional, los derechos laborales (sociales) habrían surgido antes que los derechos a la libertad, afirmación que se prueba con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), poco después de la Primera Guerra Mundial, que apareció, como visto, de manera concomitante con la Liga de Naciones, pero mucho antes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el objetivo de estandarizar, a nivel mundial, las garantías sociales mínimas de los trabajadores. De esta forma, a principios del siglo XX (1920/1930) se editaron varios tratados que reconocen los derechos sociales, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos solo se editó en 1948.

Otra afirmación que, desde un punto de vista histórico, no representa la verdad absoluta es que la posición del Estado Liberal siempre ha sido meramente pasiva. Este hecho no es una verdad indiscutible, ya que, en el ámbito de la represión, el Estado liberal fue muy activo, extrapolando muchas veces la mera condición de asistencia, habiéndose posicionado muchas veces junto a los titulares del capital en la represión de los trabajadores, demostrando que el discurso liberal tenía un solo camino, es decir, protegía solo los intereses de la burguesía. En

judicial fue bastante intenso, siendo constantemente invocada la cláusula del "debido proceso sustancial" para prevenir el surgimiento de los derechos sociales, lo que demuestra que el activismo judicial no siempre es característico de los jueces "revolucionarios". La postura conservadora de la Corte Suprema de Estados Unidos se fue modificando gradualmente, principalmente debido a la fuerte presión política ejercida por el presidente Roosevelt. Sin embargo, incluso hoy en día ese país considera los derechos sociales como derechos de "segunda categoría". No en vano, Estados Unidos se ha negado sistemáticamente a ratificar los tratados internacionales de protección de derechos de segunda y tercera generación. (Op. Cit.). En sentido convergente, Fábio Konder COMPARATO informa que el último tratado internacional de derechos humanos plenamente ratificado por Estados Unidos fue el Pacto aprobado por Naciones Unidas en 1966, sobre derechos civiles y políticos. El pacto del mismo año sobre derechos económicos, sociales y culturales fue rechazado por el Congreso de los Estados Unidos, así como varios tratados posteriores, incluidos los ambientales, como, por ejemplo, el Protocolo de Kioto (1998), que establece objetivos para la reducción de emisiones de gases a la atmósfera. . Con esto, Estados Unidos se convierte, a nivel internacional, en un estado al margen de la ley. (Op. Cit., p. 433 e 532-533).

⁶³⁰ Brasil es un claro ejemplo de esta observación histórica. Aquí, se implementaron varios derechos sociales antes de la realización de los derechos civiles y políticos. En la "Era Vargas", durante el Estado Novo (1937-1945), se reconocieron por ley numerosos derechos sociales, especialmente laborales y de seguridad social, sin que los derechos de libertad (prensa, reunión, asociación, etc.) o políticos (el voto, afiliación partidista) foran asegurados, ya que vivían bajo un régimen de excepción democrática y la libertad no salía del papel. (LIMA, George Marmelstein. Op. Cit.).

materia de libertades, como la de reunión, asociación y expresión, el Estado dejó de lado la doctrina liberal y actuó, de manera represiva, en nombre de los intereses de la burguesía, ya que la “libertad” de los trabajadores representaba una amenaza para el "status quo", muy similar al actual estado "neoliberal".⁶³¹

De hecho, es solo por el contexto histórico o con fines didácticos que tiene sentido distinguir las diferentes especies o dimensiones de los derechos humanos. Desde un punto de vista estructural y funcional, todos estos derechos son equivalentes (ya que no hay jerarquía entre ellos) y se completan (ya que dependen unos de otros), en una relación de interdependencia.

Todas las categorías de derechos humanos, ya sean civiles y políticos, sociales, económicos, ambientales y culturales, requieren obligaciones negativas o positivas por parte del Estado. Los derechos civiles y políticos no se realizan solo a través de obligaciones negativas, del mismo modo que los derechos sociales, económicos, ambientales y culturales no se realizan solo con obligaciones positivas. Existe, por tanto, una compatibilidad estructural entre todas las especies o “generaciones” de derechos humanos, lo que refuerza la concepción de indivisibilidad, ya reconocida por la ONU desde 1948.

Es imperativo tratar los derechos humanos como valores indivisibles, para no priorizar los derechos a la libertad en detrimento de los derechos sociales o viceversa. La libertad no sirve de nada sin las condiciones mínimas materiales y espirituales para el goce de este derecho, por lo que no es posible sostener la existencia de la libertad sin un mínimo de igualdad, o de la igualdad sin las libertades fundamentales. Esta indivisibilidad de los derechos humanos requiere que se supere la perspectiva hermética de la división de los derechos entre generaciones, evitando al mismo tiempo la idea de jerarquización entre las distintas “generaciones”, ya que la violación de un derecho humano siempre será una violación,

⁶³¹ *Idem.*

independientemente de la situación, "generación", "dimensión" o "gestación"⁶³² en la cual se encuentre tal derecho.⁶³³

Con respecto al acoso moral en el lugar de trabajo, parece que las prácticas comerciales inhumanas violan, al mismo tiempo, los derechos de "generaciones" o dimensiones diferentes. El capitalista, al considerar al trabajador como un ser humano de segunda categoría, mientras le niega una condición de vida digna, viola su derecho a la personalidad, su derecho a la libertad, sus derechos sociales y los derechos de solidaridad o fraternidad, pues constituyen prácticas inhumanas. Falta de respeto, no solo al trabajador (considerado individual o colectivamente, como colectivo de trabajadores), sino a toda la sociedad, de forma difusa.

⁶³² Enéas Castilho CHIARINI JUNIOR sugiere el uso de la expresión "gestación" de derechos, "in litteris": "Así es como preferimos utilizar el término "gestaciones" de Derechos Humanos, ya que todo el mundo sabe que una gestación no implica la muerte o negación del fruto de la gestación anterior. Por lo tanto, todas las gestaciones de derechos humanos deben protegerse simultáneamente, de la misma manera que en una familia, donde los padres buscan proteger a todos sus hijos sin distinción. Está claro que los hijos mayores y más fuertes no necesitan tanta protección, mientras que, por el contrario, los más pequeños necesitan más atención; así también los Derechos Humanos: los más antiguos, ya asentados en la cultura del pueblo, no necesitan mayores cuidados, mientras que los más recientes, como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente equilibrado, se encuentra en la etapa de mayor atención. De la misma manera, es posible que en cierta familia, María nazca antes que João, mientras que en otra ocurra lo contrario, y João nazca antes que María. Así también con los Derechos Fundamentales, es posible que en un determinado ordenamiento jurídico, los derechos sociales sean el resultado de una gestación anterior que el de los derechos civiles y políticos, aunque en la mayoría de los casos ocurre lo contrario. Así, el argumento de las críticas sobre la indivisibilidad de los Derechos Humanos también se desmorona, ya que todos ellos serán considerados - a pesar de las diferentes "gestaciones" - como miembros de una sola familia: la de los Derechos Humanos. Hay otra ventaja de adoptar esta nueva terminología, que es la idea de que una gestación tarda una cierta cantidad de tiempo en completarse y dar a luz su fruto. Esto es lo que ocurre con los derechos humanos: hay toda una fase preparatoria antes de su promulgación. Primero, hay insuficiencia de los derechos vigentes, luego la gente pide cambios, luego los órganos competentes analizan las nuevas necesidades y, solo entonces, promulgan los nuevos derechos. Este período es precisamente el período de "gestación" de los Derechos Humanos. Una vez que se hayan promulgado nuevos derechos humanos, el estado estará nuevamente preparado para dar a luz a nuevos derechos humanos. Esto es lo que ocurre actualmente con los Derechos Humanos de "cuarta gestación", que se encuentran, precisamente, en la fase de gestación, donde aún no se sabe si será niño o niña; es decir, aún no se conoce su contenido, pero es bien sabido que el momento histórico actual está a punto de consolidar nuevos Derechos Humanos" (In: **Alguns apontamentos sobre direitos humanos**. Disponible em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836&p=3>>. Acesso em 12 maio 2008).

⁶³³ "Se objeta, si las generaciones de derechos conducen a la idea de sucesión - a través de la cual una categoría de derechos sucede a la otra que termina-, la realidad histórica apunta, en sentido contrario, a la concomitancia de la aparición de varios derechos. textos jurídicos, relativos a los derechos humanos de una u otra clase. A nivel interno, por ejemplo, la consagración de los derechos sociales en las Constituciones fue, en general, posterior a la de los derechos civiles y políticos, mientras que a nivel internacional, el surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo, en 1919, dio lugar a la elaboración de varios convenios que regulaban los derechos sociales de los trabajadores, incluso antes de la internacionalización de los derechos civiles y políticos a nivel externo. El proceso de desarrollo de los derechos humanos, por lo tanto, opera en acumulación constante, sucediendo, en el tiempo, varios derechos, que, mutuamente, sustituyen, según la concepción contemporánea de estos derechos, fundada en su universalidad, indivisibilidad e interdependencia". (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional**. In: Seminário virtual ambito-jurídico: temas atuais do direito constitucional. Disponible em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 23 abr. 2008; traducido).

El daño o perjuicio mencionado aquí no es meramente potencial, sino el concreto o material de toda la sociedad. En efecto, abandonando la tesis generacional de los derechos humanos, es posible reconocer una integración recíproca de todo tipo de derechos humanos, facilitando así, ante una violación concreta, una mayor carga eficaz sobre los derechos humanos, con el fin de frenar, prevenir y reparar los daños resultantes.

3.2.3 Economicismo⁶³⁴

Un gran malentendido de la concepción clásica o tradicional de los derechos humanos es considerar que los derechos de primera generación son derechos negativos, no onerosos, mientras que los derechos de segunda generación son derechos a beneficios y, por lo tanto, costosos.

Las teorías que sustentan la falta de efectividad de los derechos sociales o la ausencia de un carácter legal a tales derechos se pueden resumir en las siguientes corrientes⁶³⁵: (a) formal-positivista (cuando el sistema constitucional o normativo otorga un estatus inferior a los derechos de la segunda dimensión); (b) funcional (existiría una incompatibilidad con el estado de derecho y con el sistema de libertades); (c) particularista (el particularismo residiría en que no siempre son aplicables a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, ya que parten de la posición concreta o particular de los individuos); (d) pragmático (el legislador y los juristas no habrían prestado atención a la realidad práctica cuando defienden la naturaleza jurídica de los derechos sociales, lo que lleva a una situación de irresponsabilidad política y social); (e) deontológico (los derechos sociales serían simplemente derechos morales de eficacia meramente simbólica); (f) institucional (los derechos sociales no pueden postularse en los tribunales y, por tanto, no están sujetos a judicialización); (g) contractualista (parte de la premisa de que cuanto más Estado haya, menos libertad habrá); y (h) democrático (los derechos sociales deben someterse a las decisiones de la mayoría política, elegida democráticamente).⁶³⁶

⁶³⁴El término se ha utilizado no solo para criticar el reduccionismo económico (que consiste en reducir todos los hechos sociales a la dimensión económica), sino también para criticar la economía como una ideología, en la que la oferta y la demanda son los únicos factores importantes en la toma de decisiones. ignorando todos los demás factores.

⁶³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., *passim* 264 a 292.

⁶³⁶ Vide, ainda: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

De hecho, la principal objeción a la efectividad de los “derechos” de segunda generación es el aspecto económico. Es, por tanto, una visión puramente económica de los derechos humanos, defendida por la ideología neoliberal.

Esta mirada hegemónica considera, en definitiva, que los derechos civiles y políticos (derechos de libertad) tendrían un *status* negativo, ya que implicarían una falta de actuación (omisión) por parte del Estado y los derechos sociales y económicos (derechos de igualdad), a su vez, tendría un *status* positivo, ya que su implementación requeriría la acción del Estado, a través del gasto de fondos públicos.⁶³⁷

Esta falsa distinción, repetida inercialmente, sin duda, por muchos juristas y adoctrinadores, es responsable de la principal crítica que se puede hacer a la teoría de las generaciones de derechos humanos, ya que, como se ve, debilita la normatividad de los derechos sociales, alejándose del Estado, especialmente del Poder Judicial, la oportunidad de hacer valer tales derechos.⁶³⁸

Es un gran error pensar que los derechos a la libertad son siempre derechos negativos, y que los derechos sociales y económicos exigen gasto público en cualquier caso. De hecho, todos los derechos humanos fundamentales tienen armonía o afinidad estructural, y la realización de cualquier derecho humano solo puede realizarse mediante la adopción de una amplia gama de obligaciones públicas y privadas, que interactúan y se complementan entre sí, y no solo con un mero acto o no actuar por parte del Estado.

Véase el derecho de propiedad, que es un derecho civil por excelencia, por lo que se catalogaría como un derecho de primera generación y, por tanto, de "status" negativo. No cabe duda de que una de las garantías derivadas del derecho a la propiedad comprende la prohibición de vulneración de la propiedad por parte del Estado, salvo mediante un proceso de expropiación regular, con previa y justa indemnización, lo que muestra una característica negativa de este derecho, ya que el Estado “no puede” confiscar propiedad privada. Sin embargo, su plena protección también requiere de numerosas obligaciones positivas: promoción de un aparato policial adecuado para proteger la propiedad privada (seguridad pública), redacción de normas para garantizar el ejercicio del derecho, establecimiento de medidas normativas y procesales adecuadas para garantizar la reparación de la propiedad privada, daños en caso de infracción de

⁶³⁷ Acerca do tema, vide: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais** – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁶³⁸ Acerca do tema, vide: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

los derechos de propiedad. Así, no basta con que el Estado permanezca inerte, sin gastar nada, para garantizar el derecho a la propiedad, ya que la protección de la propiedad requiere el gasto de un gran volumen de dinero, sobre pena de tornar la propiedad objeto fácil de perturbar por terceros.⁶³⁹

La protección del derecho a la salud, que es un derecho social, y por tanto de segunda generación, tendría, en la clasificación tradicional, un "*status*" positivo. Sin embargo, este derecho no está garantizado exclusivamente con pagos a plazos, en los que el Estado debe actuar y gastar dinero para satisfacerlo. El derecho a la salud también tiene aspectos negativos, como, por ejemplo, impedir que el Estado dicte normas que puedan dañar la salud de la población o incluso evitar la violación directa de la integridad física de un ciudadano por parte del Estado (el Estado "no puede actuar contra la salud de los ciudadanos"). Además, no todas las obligaciones positivas derivadas del derecho a la salud conllevan gastos para el erario público, ya que, por ejemplo, el tema de las normas de seguridad y salud en el ambiente laboral (en particular las que prohíben el acoso moral) no implica gasto público alguno, ya que quienes deben implementar tales medidas son, en principio, empresas privadas. Cabe señalar también que existen varios otros derechos sociales (de huelga y sindicalización, por ejemplo) cuya nota más característica es notablemente un "no accionar" del Estado. De la misma forma, existen numerosos derechos denominados de primera generación (como, por ejemplo, el derecho de petición, de actuar y el derecho al debido proceso) cuyo cumplimiento solo se producirá mediante la adopción de medidas positivas (de actuar) por el Estado.⁶⁴⁰

De hecho, es imperativo alejarse de esta dicotomía errónea en el sentido de que los derechos a la libertad son derechos negativos y "no gravosos", mientras que los derechos sociales son derechos a beneficios y "gravosos". Esta falsa idea contribuye a reforzar la objetable tesis de que los derechos sociales son meras normas programáticas, cuya aplicación dependería de la buena voluntad (o favor) del legislador y del administrador público, y la realización de estos derechos no puede exigirse en los tribunales.⁶⁴¹

⁶³⁹ LIMA, George Marmelstein. Op. Cit.

⁶⁴⁰ *Idem.*

⁶⁴¹ En Brasil, un simple análisis del presupuesto estatal demuestra que los llamados derechos de primera generación requieren tanto gasto público como los llamados derechos de segunda generación. Solo mire lo que se gasta en el Poder Judicial, los departamentos de policía y bomberos, las cárceles, las agencias reguladoras (ANATEL, ANP, etc.), el proceso electoral, los consejos de protección de la competencia (por ejemplo, CADE - Consejo Administrativo de Defensa Económica) para realizar que los llamados derechos civiles y políticos también son bastante costosos, y esa no es la razón para negar la posibilidad de injerencias judiciales para protegerlos. Cabe señalar que aquí no se menciona la llamada carga indirecta, debido a las renunciaciones fiscales que el Estado practica

La visión económica de los derechos humanos, defendida por la posición hegemónica (o no crítica), respecto a la relación laboral, justificaría el acoso moral laboral, siempre que la situación económica (especialmente en los países periféricos) imponga la necesidad de una “política más agresiva” en la búsqueda de mejores resultados o mayor productividad.

Así, por razones puramente económicas, se produciría una “atenuación” o “disminución en la intensidad de efectividad” de los derechos humanos de los trabajadores (en las más variadas “dimensiones”, como ya se ha visto), cuando sea necesario para los intereses del capital.

3.2.4 Determinismo y naturalismo

El determinismo que defiende la teoría clásica de los derechos humanos consiste en admitir que los derechos humanos ya han sido naturalmente “desvelados” y “declarados” en textos de aplicabilidad universal, siendo, por tanto, determinados y delimitados.

En efecto, si, por un lado, los derechos humanos han sido declarados a lo largo del tiempo, por otro, una vez conquistados y positivados en textos internacionales, de aplicación universal, cesa el interés en la búsqueda de la realización de estos derechos. Parece que la principal preocupación del poder hegemónico es que las personas tengan un “derecho a los derechos” previsto en las declaraciones.

Las declaraciones y tratados, de validez y aplicabilidad universal, incluyen ahora un extenso catálogo de derechos humanos, que casi no tienen efectos prácticos en la vida de las personas excluidas.

Una consecuencia importante y negativa del determinismo es que la positivización o consagración de los derechos humanos (extraídos de la naturaleza), tanto a nivel nacional como internacional, hace cesar la preocupación por la efectividad de estos derechos, porque ya existen por “decreto”, situación que desalienta a las personas oprimidas o excluidas (así como a la sociedad civil en general) en el sentido de buscar prácticas sociales emancipadoras, con el objetivo de realizar o hacer realidad los derechos humanos.

para proteger algunos derechos de libertad, como por ejemplo, las inmunidades fiscales de los templos de cualquier culto (art., CR / 88) y libros, diarios, publicaciones periódicas y el papel destinado a su impresión (art. 150, inc. VI, d, de CR / 88), destinados a garantizar, respectivamente, la libertad religiosa y la libertad de expresión. Tampoco se mencionó lo que gastan los particulares para ejercer estos derechos (seguridad privada, seguros, consejos de regulación profesional, honorarios judiciales, campañas electorales millonarias, etc). *Idem*.

El desánimo también ocurre en las instituciones gubernamentales, que se acomodan a la disposición de los derechos humanos en los textos, permitiendo a menudo que quienes se ven perjudicados por la inercia busquen la realización de sus derechos en el Poder Judicial.

La relación laboral de poder-sujeción es un ejemplo emblemático del daño que ocasiona el determinismo, frente al acoso psicológico a los trabajadores. Esto se debe a que la acción inhumana del empresario termina invisibilizándose, debido a la superposición del derecho de propiedad (que justifica una serie de prerrogativas del empresario) en relación con el derecho del trabajador a ser tratado de forma “más humana”.

3.3 Concepción crítica de los derechos humanos⁶⁴²

Como se ve, la concepción tradicional de los derechos humanos está absolutamente contaminada por el contexto histórico que legitima el poder hegemónico.

La idea de generaciones de derechos produce trampas que no solo no explican ni justifican los derechos humanos, sino que también acarrear el mantenimiento del “*status quo*”.

La teoría crítica de los derechos humanos, a diferencia de la tradicional, refleja la perspectiva de “*razón ligada al proceso histórico-social y superación de una realidad en constante cambio*”⁶⁴³. De hecho, la teoría crítica o contrahegemónica tiene el objetivo de “*definir un proyecto que permita cambiar la sociedad según el nuevo tipo de hombre*”, con el

⁶⁴² Se abordará la concepción crítica de los Derechos Humanos, teniendo como marco teórico la obra de lo jusfilósofo sevillano, maestro Joaquín Herrera Flores, en los siguientes trabajos: **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008; **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005; **El proceso cultural**: materiales para la creatividad humana. Sevilla: Aconcagua, 2005; **Hacia una visión compleja de los derechos humanos**: el vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000; **De habitaciones propias y otros espacios negados**: una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005; **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento. Florianópolis: Bernúncia. 2007.

⁶⁴³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução...** Op. Cit., p. 7.

objetivo de emanciparlo de su estado de alienación⁶⁴⁴. La teoría crítica⁶⁴⁵ por tanto, se centra en una “*filosofía histórico-social con una estructura cognitiva reflexiva*”.⁶⁴⁶

De acuerdo con Geuss⁶⁴⁷, para que una teoría crítica tenga tipicidad desde un punto de vista formal y condiciones de aceptación, debe cumplir con cuatro requisitos esenciales de prueba: (a) demostrar la posibilidad teórica de la transición entre el estado inicial y el fin propuesto; (b) demostrar la necesidad de trasponer el estado inicial (de dependencia, opresión y frustración) al estado final propuesto; (c) demostrar la necesidad de adoptar la teoría crítica como instrumento para la transición del estado inicial al final; (d) probar cómo la sociedad satisface las condiciones para la aplicación de una teoría crítica.

Con respecto al acoso moral laboral, la concepción clásica de los derechos humanos naturalmente se vuelve insensible al trato inhumano que le da el empresario/capitalista, cuya conducta se justifica y legitima dentro del sistema normativo. Por lo tanto, si existe una justificación legal para el comportamiento del empleador, no hay necesidad de cuestionar ninguna violación de derechos humanos. Por el contrario, las empresas se convierten en entidades “portadoras de humanidad”⁶⁴⁸, porque están habilitando un trabajo, subempleo, puesto, ocupación o “un plato de comida”.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁴⁵ La teoría crítica, sin embargo, tiene algunas “inexactitudes” o “aporías”, como las describe Antonio Carlos WOLKMER, que se resumen a continuación: (a) imposibilidad de conciliar con los determinismos naturales, ya que constituyen una fuente de alienación e imposibilitan que los seres humanos se conviertan en un “sujeto histórico emancipado”; (b) imposibilidad de trabajar con el concepto de totalidad dialéctica, ya que la teoría crítica ve la dialéctica como un proceso dinámico, que afina los diagnósticos, pero no llega a la síntesis final y la totalidad; (c) la teoría crítica tiene una “postura intelectualizada y elitista de la sociedad”, siendo considerada una “crítica romántica, idealista y demasiado hermética de la cultura de masas”; (d) insuficiente conexión entre la teoría crítica (con su discurso emancipatorio) y la praxis política de los nuevos movimientos sociales; (e) la teoría crítica posmoderna debe ser propia de la posmodernidad, de modo que la “razón que critica no puede ser la misma razón que piensa, construye y legitima lo criticado”, como recomienda Boaventura Santos. *Ibidem*, p. 13 a 16.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁴⁸ “*En cuanto las empresas capitalistas son condensaciones ampliadas del trabajo racional y productivo de empresarios privados, los derechos humanos de estos últimos se transfieren a las empresas e instituciones capitalistas y también a la lógica de acumulación de capital. Los individuos sin propiedad capitalista (obreros, asalariados) ven mediados o negados sus derechos por las instituciones de acumulación de capital, pero ello se sigue de la ideología que afirma que consiguen mayores beneficios por medio de esta subordinación, debido a la más alta productividad que procura la organización capitalista de la existencia. La acumulación de capital puede aparecer así como la matriz de derechos humanos y las empresas individuales que personifican esa acumulación, o sea las que llevan a cabo los mejores negocios, se transforman en portadoras de humanidad*”. GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos**. Murcia: Gráfica F. Gómez, p. 22.

Dicho razonamiento, aunque predominante, es simple y reduccionista, no acorde con la complejidad inherente a una teoría crítica de los derechos humanos, y compite con la misión de construir una teoría alternativa de los derechos humanos, que prevenga el psicoterror en el trabajo.⁶⁴⁹

3.3.1 Complejidad de los derechos humanos

Los derechos humanos son un tema muy complejo, porque existe una estricta confluencia entre elementos ideológicos (que pretenden ser universales) y elementos culturales (vinculados a las relaciones concretas que rodean el lugar donde vive la gente).⁶⁵⁰

Por otro lado, su naturaleza normativa está relacionada con la vida concreta y real de los seres humanos. La complejidad, por tanto, se da en varios niveles: cultural, empírico, jurídico, científico, filosófico, político y económico.⁶⁵¹

La **complejidad cultural** surge del hecho de que los derechos humanos nacieron en Occidente como respuesta a las reacciones sociales y filosóficas que suponen la conciencia de la expansión global de un nuevo modo de relación basado en la constante acumulación de capital. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como ya se discutió, formuló concretamente, por primera vez, un concepto “universal” de derechos humanos. Si bien tal declaración es de importancia histórica, no debe olvidarse que sus fundamentos ideológicos y culturales son principalmente occidentales y eurocéntricos. Por lo tanto, debemos entender que la declaración no se puede imponer a todos los pueblos del mundo, debido a las particularidades regionales.

En cambio, la **complejidad empírica** surge al analizar el fundamento de la supuesta universalidad de los derechos humanos, ya que este fundamento se sustenta en un conjunto de

⁶⁴⁹ Antonio Carlos WOLKMER informa las principales escuelas del pensamiento jurídico crítico, a saber: (a) Critical Legal Studies (movimiento crítico estadounidense, que actualmente influye en el derecho angloamericano; (b) Association Critique du Droit (desarrollada en Francia, con repercusión en América Latina, en particular, México y Brasil); (c) Uso alternativo del derecho (posición crítica surgida en Italia, con influencias posteriores en España y América Latina); (d) Aproximaciones epistemológicas a la crítica jurídica (modelo científico de interdisciplinariedad, en Bélgica; revista inspirada en Frankfurt, en Alemania; sociología jurídica de las emancipaciones, en Portugal; crítica jurídica neomarxista, en España y países latinoamericanos; crítica psicoanalítica del Derecho y semiología legal, en Argentina y Brasil). In: **Introdução...** Op. Cit., p. 34.

⁶⁵⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos:** el vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 19.

⁶⁵¹ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., *passim* 30 a 50.

premisas empíricas: los seres humanos tienen todos los derechos reconocidos en los textos internacionales por el mero hecho de haber nacido; los derechos aparecen como un dato de la realidad, concedido a todos, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada ser humano. Así, no se puede pensar que la existencia de la norma sea suficiente para el acceso a los bienes. Es importante recordar que la igualdad formal, contenida en la norma, no trae igualdad material.

En este sentido, la complejidad empírica se conecta con la **complejidad jurídica**. El lenguaje del derecho es siempre normativo y no descriptivo, es decir, su lógica natural es deóntica (debería serlo). De hecho, los defensores de los derechos humanos están luchando por extender política y judicialmente la idea de que los derechos humanos son estándares exigibles ante los tribunales. Ahora bien, las normas legales surgen de los sistemas de valores hegemónicos y de los procesos dominantes de división del “hacer humano”, en los que se establece una u otra forma de acceso a los bienes. El sistema de valores dominante es el neoliberal (especulativo globalizado), que pone en un segundo plano las políticas públicas de igualdad socioeconómica y cultural. Así, por supuesto, las reglas previstas en las leyes y constituciones de los países no se aplicarán a favor del acceso igualitario y equitativo a los bienes, sino que consagrarán los valores del sistema económico. Y uno de estos valores es la subordinación subjetiva que legitima el acoso laboral.

La **complejidad científica** se evidencia en el hecho de que los derechos humanos se han reducido, hoy en día, a meras abstracciones o declaraciones vacías de principios y derechos. La reducción de la complejidad científica tiene consecuencias desastrosas para los oprimidos o excluidos, ya que la cristalización de textos universales impide la búsqueda del origen efectivo de la desigualdad entre dominantes y dominados. El reclamo de objetividad y neutralidad en el análisis de los derechos humanos revela una visión simplista y conservadora del sistema de valores hegemónico.⁶⁵²

Debido a la **complejidad filosófica** de los derechos humanos, tenemos que entender que no hay espacios para los “esencialismos”, a pesar de la influencia de la filosofía platónica y su división de la realidad en un mundo de esencias puras y otro de apariencias impuras. El esencialismo es el resultado de una forma de reaccionar ante el mundo por encima de cualquier otra forma de percibirlo y actuar sobre él. La búsqueda de esencialismos consiste en superponer

⁶⁵² “Si todo está bien “formalizado” y es tan coherente, pues, qué actúen los especialistas ! Estas perspectivas tìdenden a ver el objeto de investigación – en nuestro caso, los derechos humanos – como si fuera algo “autónomo” (sin contacto con las realidades “reales” en las que vivimos), “neutral” (son derechos de toda la humanidad y, por tanto, en sus fundamentos y en su concepto no entran las diferentes y desiguales condiciones en las que se vive) y, en último lugar, “conseguido” de una vez por todas (por lo que para qué luchar por algo que ya se tiene ?)”. (HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., p. 39).

productos culturales homogéneos a la pluralidad de significados y símbolos, reduciendo la complejidad de lo real. El esencialismo, en materia de derechos humanos, promueve la ignorancia y la pasividad, en lugar de promover el conocimiento de las diferencias y la búsqueda de acciones (y, por tanto, de emancipación). Esto se debe a que existe una tendencia a buscar la sustancia de los fenómenos en algo trascendental, alejado de nuestra condición humana. Sin embargo, para conocer un objeto cultural - como los derechos humanos - debemos huir de todo tipo de metafísicas u ontologías trascendentales, que permitan indagar sobre el carácter real de los derechos, es decir, el social, político, económico y los derechos del contexto cultural. Debemos, por tanto, abandonar la pretensión de pureza conceptual y contaminar los derechos en los contextos.⁶⁵³

La **complejidad política**⁶⁵⁴ se verifica en el momento en que un fenómeno es reconocido legalmente, ya que, a partir de ese momento, se niega su carácter ideológico y su vinculación estricta con ciertos intereses concretos, provocando el encubrimiento de su contexto y universalizando la posición hegemónica. De hecho, para que esto no suceda, los derechos humanos deben ser analizados y llevados a la práctica política, a partir de un conocimiento crítico que revele las opciones y conflictos de intereses que se esconden detrás del proceso ideológico, y deben insertarse en contextos sociales, culturales y económicos.⁶⁵⁵

A través de la **complejidad económica**, debemos darnos cuenta de que el "mercado" no es el único ámbito de libertad que existe. La racionalidad del capital se generalizó de manera injusta, desigual e inhumana, con predominio de valores competitivos y absolutamente egoístas, debido a la ideología (neo)liberal del mercado autorregulado. Se siguen las siguientes pautas: la economía es un ámbito completamente dissociado de lo social; el sujeto que interviene es un individuo egoísta; y la codicia emerge como la norma de desempeño. La economía se redujo al estudio de la lucha competitiva de los individuos atomizados, basada en el "dogma de la escasez"⁶⁵⁶ que, de hecho, esconde una definición arbitraria, derivada de circunstancias

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁵⁴ GALLARDO, Helio. Op. Cit., p. 10.

⁶⁵⁵ Vide, no aspecto: MONEDERO, Juas Carlos. **Curso urgente de política para gente decente**. Barcelona: Editorial Planeta, 2018.

⁶⁵⁶ Se sabe que la idea de escasez "a priori", como dogma, fue inventada por el poder hegemónico, dentro del sistema capitalista de producción, ya que la abundancia es natural. En ese sentido: ORMAY, Larissa. **Propriedade Privada: A escassez foi inventada por nós**. Em: <<http://www.justificando.com/2018/09/14/propriedade-privada-a-escassez-foi-inventada-por-nos/>>. Em 14/09/2018.

históricas específicas. De hecho, una concepción crítica de los derechos humanos no puede sucumbir a los dictados de la economía del “dios del mercado”, por lo que las premisas liberales no pueden ser reconocidas como únicas, naturales e inmodificables.⁶⁵⁷

3.3.2 Condiciones y deberes de una teoría crítica de los derechos humanos

La construcción de una teoría crítica de los derechos humanos presupone el establecimiento de condiciones de deberes básicos.

Joaquín Herrera Flores enseña que hay **condiciones** necesarias.⁶⁵⁸

Para él, es necesario garantizar una visión realista del mundo en el que vivimos y sobre el que queremos actuar, utilizando los instrumentos que hacen posible los derechos humanos, como primera condición. Por tanto, debemos generar la capacidad de captar lo más adecuado para reforzar la voluntad de reaccionar ante los problemas de acceso a los bienes, a fin de crear condiciones materiales que permitan una vida digna.

Como segunda condición, la teoría crítica debe ser combativa y, por tanto, debe jugar un papel de sensibilización en la lucha contra el poder hegemónico, posibilitando una mayor eficiencia, debido a la movilización del mayor número posible de personas. De esta forma, el pensamiento crítico debe posibilitar el “empoderamiento ciudadano”⁶⁵⁹.

La idea crítica surge en el ámbito de determinadas colectividades, que necesitan una visión alternativa del mundo, con el objetivo de luchar por la dignidad. Las normas legales establecen una forma precisa, a partir de la cual se satisfarán u obstaculizarán los bienes necesarios para poder luchar por la dignidad. De hecho, es fundamental, como tercera condición básica, crear concepciones y prácticas que actúen política, económica, cultural y legalmente para transformar los contextos que condicionan la satisfacción de las necesidades humanas en favor de un acceso a los bienes más igualitario y generalizado.

El pensamiento crítico, como cuarta condición, debe buscar permanentemente exponer el sistema hegemónico. Se debe construir una plataforma de teoría crítica que sea consciente de la complejidad colectiva en la que vivimos, dejando siempre abierta la capacidad de indignación ante la explotación del ser humano por parte del propio ser humano y las nuevas formas de

⁶⁵⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvencción...** Op. Cit., p. 46 a 50.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 50 a 56.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 52.

violaciones que surgen en el sometimiento de las relaciones poder-trabajo. La teoría crítica debe ser creativa, positiva y basada en sus propios valores como algo que necesita ser implementado en las luchas. Por otro lado, el pensamiento crítico debe mostrar las contradicciones y debilidades de los argumentos y prácticas desarrollados por el poder dominante.

La teoría crítica debe construirse, por tanto, teniendo en cuenta los siguientes **deberes** (considerando los cinco “Rs”)⁶⁶⁰:

(a) el **reconocimiento** de que todos los seres humanos, sin excepción, deben poder reaccionar culturalmente a los contextos de relaciones en los que viven;

(b) el **respeto** como forma de concebir el reconocimiento como condición indispensable (aunque no suficiente) a la hora de poner en práctica las luchas por la dignidad; es a través del respeto que se descubre quién está en una posición de privilegio o de desventaja; el concepto de respeto trae la idea de horizontalidad o igualdad entre personas;

(c) la **reciprocidad** como base para saber devolver lo que hemos quitado a otros para construir nuestros privilegios, ya sean de otros seres humanos, o de la misma naturaleza de la que dependemos para la reproducción primaria de la vida; los privilegios a menudo se basan en la explotación, opresión o exclusión de otros.

(d) la **responsabilidad** por el daño causado a otros y la responsabilidad de exigir responsabilidad a quienes violan las condiciones de vida de los demás;

(e) la **redistribución**, mediante el establecimiento de reglas legales, fórmulas institucionales, acciones políticas y económicas concretas (acciones afirmativas), que permitan a todos los seres humanos, no solo satisfacer las necesidades vitales primarias, sino también la reproducción secundaria de la vida, consistente en la construcción de un ser humano, la dignidad no sometida a los procesos depredadores del sistema impuestos por las necesidades de beneficio inmediato que caracterizan el modo de relaciones basadas en el capital.

El fin último de la teoría crítica debe ser siempre la dignidad de la persona humana, de donde, evidentemente, se deriva lógicamente la necesidad de un trabajo digno y decente.

3.3.3 La dignidad de la persona humana y el trabajo decente

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 56 a 58.

La perspectiva crítica o contrahegemónica de los derechos humanos debe buscar siempre preservar la posibilidad de buscar la dignidad humana y, por tanto, en el ámbito laboral, el trabajo digno y decente.⁶⁶¹

Aquí queda patente el punto de intersección o aproximación entre la legislación laboral y los derechos humanos⁶⁶², aspecto, también olvidado por la concepción clásica de los derechos humanos.⁶⁶³

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que la historia de los derechos humanos fundamentales coincide con la historia del surgimiento del Estado constitucional moderno, cuya esencia y razón de ser reside precisamente en el reconocimiento y protección de la dignidad de la persona

⁶⁶¹ Vide: GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador** – um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTR, 2007.

⁶⁶² *“De la misma forma que el trabajador debe pertenecer a un grupo, debe preservar su identidad personal y social. Por tanto, la legislación laboral debe transgredir, para posibilitar la consolidación de la esencia humana a través del trabajo decente, haciendo que el trabajador comprenda el significado de ser parte y tener derechos en la sociedad en la que vive. [...] Por eso las propuestas de desregulación y flexibilización laboral, fenómenos típicos del Estado poético, con miras a atender las demandas del mercado, además de romper con la directiva protectora del Derecho Laboral, también debilitan el sentido de dignidad que debe ser inherente a cualquier tipo de prestación de servicios, he aquí, es un valor fundamental para la humanidad”.* (DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006; traducido).

⁶⁶³ Con una simple mirada a los textos doctrinales sobre derechos humanos, parece que solo más recientemente, ya dentro de una mirada crítica, los derechos de los trabajadores han sido incluidos en la agenda doctrinal de los derechos humanos. Asimismo, el abandono de la concepción meramente patrimonialista (reparatoria), en los últimos tiempos, está haciendo que el Derecho Laboral busque soluciones más acordes con los derechos humanos, desplazando su foco de atención hacia la “persona” trabajadora. Vide: ROMITA, Arion Sayão. **Direitos...** Op. Cit., p. 27, 28 e prólogo.

humana y los derechos humanos fundamentales del hombre.⁶⁶⁴ La constitucionalización de tal principio ganó fuerza después del advenimiento de la Segunda Guerra Mundial.⁶⁶⁵

Desde un punto de vista etimológico, dignidad proviene del latín, "dignitas", que significa posición, honor, título, y también puede considerarse una postura socialmente conveniente frente a una determinada persona o situación.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ En una visión histórica de la dignidad de la persona humana, Ingo W. SARLET enseña que la concepción de que el ser humano está dotado de un valor propio e intrínseco (es decir, que existe un valor intrínseco de la persona humana) tiene sus raíces en el ideal clásico y cristiano. En la antigüedad clásica, la dignidad de la persona humana estaba relacionada con la posición social que ocupaba el individuo y su grado de reconocimiento por parte de otros miembros de la sociedad (había personas más o menos dignas). En el pensamiento estoico, la dignidad era lo que distinguía al ser humano de los demás seres, porque todo ser humano está dotado de dignidad (entonces surge la idea de igualdad, ya que todos los seres humanos son iguales en dignidad). En Roma, a partir del pensamiento de Cicerón, se desarrolló la idea de dignidad ajena al cargo o posición social. En la Edad Media, Tomás de Aquino incluso se refirió a la expresión "dignitas humana" y que encuentra su fundamento no solo porque el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios, sino también por la capacidad de autodeterminación inherente a la naturaleza del ser humano, de modo que, en virtud de su dignidad, el ser humano existe según su propia voluntad. A Tomás de Aquino le siguió, ya en la transición a la Edad Moderna, Giovanni Pico della Mirandola, quien afirmó que la racionalidad es una cualidad particular e inherente al ser humano, lo que le permite construir su propia existencia y destino. El gran exponente de la afirmación de la idea de la dignidad humana fue Francisco de Vitória, en el siglo XVI, quien defendió, en pleno apogeo de la colonización española, que los indígenas, por el derecho natural y su naturaleza humana, eran libres. e iguales y deben ser respetados como sujetos de derecho. En el ámbito del pensamiento jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, la idea de dignidad humana pasó por un proceso de racionalización y laicización, manteniendo, sin embargo, la noción de igualdad de todas las personas en dignidad y libertad. Durante este período, Immanuel Kant se destacó, al sostener que el concepto de dignidad se deriva de la autonomía ética del individuo, siendo esta "autonomía" (que es la prerrogativa de determinarse y actuar de acuerdo con la representación de ciertas leyes) considerada el fundamento de la dignidad y atributo exclusivo de los seres racionales; también sostuvo que el ser humano no puede ser tratado ni siquiera por él mismo como un objeto. El pensamiento de Kant tuvo una gran influencia en la doctrina en general, ya que se entiende que identifica las bases del fundamento y conceptualización de la dignidad de la persona humana. Afortunadamente, Kant afirma que en el reino del fin todo tiene "un precio o una dignidad" y que cuando algo está por encima de cualquier precio no tiene precio, sino dignidad. De esta manera, tenemos que la dignidad de la persona humana es considerada como un fin y no como un medio, siendo rechazada, por tanto, cualquier forma de "cosificación" del ser humano. (In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, *passim* 29 a 39).

⁶⁶⁵ La Constitución brasileña de 1988, por primera vez en la historia constitucional brasileña, consagró el principio de la dignidad de la persona humana, siguiendo el movimiento internacional para la "constitucionalización de la Dignidad de la Persona Humana". Con el reconocimiento expreso, en el título de los principios fundamentales, de la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos de nuestro Estado de Derecho democrático (y social) (art. 1, III, del CF), la constituyente de 1988, además de haber tomado una decisión fundamental sobre el sentido, finalidad y justificación del ejercicio del poder estatal y del propio Estado, reconoció expresamente que es el Estado el que existe en función de la persona humana, y no al revés, ya que el hombre es el propósito principal y no el medio de la actividad estatal. (*Idem*).

⁶⁶⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 34.

La definición de la dignidad de la persona humana, así como la comprensión exacta de su contenido, incluso a los efectos de la protección jurídica, es una tarea compleja⁶⁶⁷ y difícil.⁶⁶⁸

La dificultad radica en que se trata de un concepto de límites imprecisos, vagos, caracterizado por su “ambigüedad y porosidad”⁶⁶⁹ así como por su naturaleza polisémica⁶⁷⁰. A menudo es más fácil definirlo de manera negativa que de manera positiva, porque es mucho más fácil entender lo que no es que definir lo que es.⁶⁷¹

En efecto, la dignidad de la persona humana, por ser una categoría axiológica abierta, no puede definirse ni delimitarse de manera arbitraria o fijista, constituyendo, por tanto, un concepto en constante proceso de construcción y desarrollo, que exige una permanente implementación por la praxis.⁶⁷²

La dignidad se ve como una cualidad intrínseca del ser humano, siendo, por tanto, irrevocable, inalienable e indisponible, por lo que nunca podrá ser extraída o desprendida de su titular. Por tanto, la dignidad debe ser reconocida, respetada, promovida y protegida. La Ley

⁶⁶⁷ Cármen Lúcia Antunes ROCHA dice que el concepto más fuerte, denso y tenso del constitucionalismo moderno parece ser precisamente el de dignidad. Así se manifiesta: “*Escribí sobre él (concepto de dignidad) antes que hay demasiada gente y muy poca humanidad en el mundo en el que vivo. Quizás no falta tanta humanidad como falta la dignidad. Vivo en un mundo donde hay un gran contingente de personas y una evidente falta de fraternidad. El mundo creció, la multitud creció, los problemas de los hombres también. La tecnología ha evolucionado, se ha vuelto más eficaz, pero busca ser su propio fin. La producción, o su producto, no está dirigida al hombre; más bien, intenta hacer que el hombre se vuelva hacia ella. Si el hombre alguna vez buscó humanizar la máquina, parece seguro que lo que vemos ahora es el intento de la máquina de cosificar al hombre*” (*Ibidem*, p. 26; traducido).

⁶⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op. Cit., p. 40.

⁶⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 04, 1999. p. 24.

⁶⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op. Cit., p. 40.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 42. Ver, también: LEDUR, José Felipe. **A realização...** Op. Cit., p. 89 a 93.

solo reconoce la existencia de la dignidad de la persona humana⁶⁷³, ya que constituye un dato previo, siendo, por tanto, anterior a la experiencia especulativa.⁶⁷⁴

La dignidad, como atributo intrínseco de la persona humana, no depende de circunstancias concretas, por lo que todos los individuos la conservan, independientemente de que traten a sus semejantes o a sí mismos de manera digna o indigna.⁶⁷⁵

El elemento central de la noción de dignidad radica en la autonomía y el derecho a la autodeterminación de cada persona. De esta forma, existe una conexión intrínseca entre las nociones de libertad y dignidad, que es un requisito de ésta.⁶⁷⁶

La dignidad no debe considerarse solo como un dato inherente a la naturaleza o condición humana, ya que la dignidad tiene un significado cultural. En este diapason, las dimensiones cultural y natural de la dignidad se complementan e interactúan, rechazando la idea de equiparación entre la dimensión ontológica de la dignidad y la dimensión biológica.⁶⁷⁷

La dignidad de la persona humana impone, al mismo tiempo, una obligación positiva (en el sentido de tarea) y una obligación negativa (en el sentido de límite) para el Estado⁶⁷⁸, la

⁶⁷³ “El sistema normativo del derecho no constituye, por tanto, evidentemente la dignidad de la persona humana. Lo que sí puede hacer es reconocerlo como dato esencial de esa construcción jurídica, principio de ordenamiento y matriz de toda organización social, protegiendo al hombre y creando garantías institucionales puestas a disposición de las personas, para que aseguren su efectividad y respeto a su condición. La dignidad es más un hecho jurídico que una construcción acabada en derecho, porque se afirma en el sentido de justicia que domina el pensamiento y la búsqueda de cada pueblo para cumplir sus vocaciones y necesidades. Incluso se puede decir que, aunque un determinado sistema normativo no concibiera, en su expresión, la dignidad humana como fundamento del ordenamiento jurídico, seguiría prevaleciendo e informando al derecho positivo en el marco histórico actual. Es más, se puede incluso subrayar que la dignidad de la persona humana es explícita en todo sistema constitucional en el que se reconocen y garantizan los derechos fundamentales, aunque no obtengan en él una expresión afirmativa y directa. Tal como ahora se concibe, acepta e interpreta, los que se apartan del hombre y convergen hacia él, y la persona humana y su dignidad no se conciben como categorías jurídicas distintas. Por tanto, donde el primero es considerado un derecho fundamental, considerado un centro de derechos, también se acepta como la base de todo el sistema y se incluye como un polo central emanando consecuencias legales” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O direito...** Op. Cit., p. 30; traducido).

⁶⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op. Cit, p. 42.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 46. - No dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, “a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica”. **O direito...** Op. Cit., p. 37-38.

⁶⁷⁷ SARLET, Ingo W. **Dignidade da...** Op. Cit., p. 47.

⁶⁷⁸ En la lección de Carmen Lúcia Antunes ROCHA: “Este principio (la dignidad de la persona humana) vincula y obliga a todas las acciones y políticas públicas, ya que el Estado es visto como un medio fundado en el fin que es el hombre, cuya dignidad fundacional del sistema constituido (constitucionalizado) debe ser respetada. Es este pleno cumplimiento lo que legitima la conducta del Estado, sus acciones y sus opciones.” (traducido). In: Vida digna: direito, ética e ciência. In: **O direito...** Op. Cit., p. 39.

comunidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que destaca las dimensiones defensivas y de servicio de la dignidad.⁶⁷⁹

Los derechos humanos tienen la misión no apenas de garantizar la dignidad, sino de proporcionar las condiciones para su concreta realización.⁶⁸⁰

En su dimensión jurídico-institucional⁶⁸¹, la idea de dignidad apunta al ser humano, evitando así el sacrificio de la dignidad de la persona individual en beneficio de la dignidad humana como bien para toda la humanidad.⁶⁸²

Además, la existencia de la dimensión comunitaria o social de la dignidad de la persona humana es innegable, ya que la dignidad de cada persona es estrictamente idéntica a la de los demás⁶⁸³. Además, esta dimensión es incuestionable si se tiene en cuenta que los seres humanos necesariamente viven en comunidad o en grupo.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op. cit, p. 48.

⁶⁸⁰ Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...** Op. Cit., p. 49.

⁶⁸¹ Sobre las diversas dimensiones que puede asumir la dignidad de la persona humana, ver: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. *passim* 13 a 43.

⁶⁸² Cosoante defende BAYERTZ, Kurt. *Apud* SARLET, Ingo W. **Dignidade da...** Op. Cit., p. 53.

⁶⁸³ *Idem*.

⁶⁸⁴ Ingo W. SARLET presenta las reflexiones de otros estudiosos sobre el tema, que se analizan brevemente a continuación: Para **Jorge Miranda**, la dignidad es un atributo del individuo concretamente considerado, y no de un ser ideal, por lo que no es necesario confundir la dignidad humana con la dignidad de la persona humana; **Pérez Luño** defiende una dimensión intersubjetiva de la dignidad, partiendo de la situación básica del ser humano en su relación con los demás; **Franck Moderne** defiende una visión más “instrumental” de la dignidad, considerada por la noción de igual dignidad de todos los individuos, basada en una participación activa de todos en la “magistratura moral” colectiva, por lo que el concepto de autonomía individual no se restringe; según **Gonçalves Loureiro**, la dignidad de la persona humana, en una perspectiva intersubjetiva, que implica una obligación general de respeto a la persona, que se traduce en un conjunto de derechos y deberes que permiten el “florecimiento humano”; **Hannah Ahrendt** presenta la dimensión política de la dignidad, en el sentido de que la pluralidad puede ser considerada como la condición de la acción humana y la política; **Jürgen Habermas** considera la dignidad en un sentido exclusivamente moral y jurídico, vinculado a la simetría de las relaciones humanas, de modo que su intangibilidad deriva precisamente de las relaciones interpersonales caracterizadas por el respeto mutuo; Para **Hasso Hofmann**, la dignidad debe entenderse desde una perspectiva relacional y comunicativa, constituyendo una categoría de “cohumanidad” para cada individuo; según **Peter Häberle**, la consideración mutua y el reconocimiento de la dignidad dentro de la comunidad funciona como un “puente dogmático” que conecta a las personas entre sí; según **Dürig**, la dignidad de la persona humana podría considerarse violada cuando el individuo “en concreto” fue degradado a un objeto, instrumento o cosa (cuando la persona fue descrita como sujeto de derechos); **Dworkin** parte del supuesto de que la dignidad tiene una voz activa y una voz pasiva y ambas están conectadas, de modo que está en el valor intrínseco (en la 'santidad e inviolabilidad') de la vida humana, de todos y cada uno de los seres humanos, que en el se encuentra una explicación para el hecho de que incluso aquellos que ya han perdido la conciencia de su dignidad merecen que se la considere y se respete. (In: **Dignidade da...** Op. Cit., 53 a 56).

La dignidad da persona humana fue conceptualizada por Ingo W. Sarlet⁶⁸⁵:

“La cualidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, implicando, en este sentido, un conjunto de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona frente a cualquier y todos los actos de carácter degradante e inhumano, pues garantizarán las condiciones existenciales mínimas para una vida sana, además de facilitar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos” (traducido).

Es posible afirmar que todos los derechos humanos encuentran su hilo conductor en el principio de la dignidad de la persona humana.⁶⁸⁶ El vínculo íntimo e inseparable entre la dignidad de la persona humana y los derechos humanos fundamentales, constituye, hoy, uno de los postulados en los que se sustenta el derecho constitucional, el cual es válido incluso en órdenes constitucionales donde la dignidad aún no ha sido reconocida expresamente en el ámbito de la Constitución del derecho positivo.⁶⁸⁷ Los derechos humanos fundamentales constituyen manifestaciones explícitas de la dignidad de la persona.⁶⁸⁸

La dignidad de la persona humana, a los efectos del proceso hermenéutico y la cuestión de la jerarquía, ha sido considerada repetidamente como el principio (y valor) de la más alta jerarquía del orden jurídico. En efecto, se puede decir que no solo existe un deber de interpretación conforme de la Constitución y de los Derechos Fundamentales, sino también una hermenéutica que siempre tiene presente el imperativo de que “en favor de la dignidad no debe haber duda”⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁸⁶ Cármen Lúcia Antunes ROCHA pontifica: “*La vida digna ya no es una posibilidad. Es imperativo garantizar la igualdad de libertad y la libre igualdad de todos los hombres. Más grave que cualquier otra cosa, la objetivación del hombre se puede medir en precio. Y la dignidad es la cualidad de lo que el precio no es. Los mercados, incluidos los de los hombres, atraviesan los desiertos de la humanidad en todas partes del planeta. El mundo de hombres y mujeres dignos en sus vidas debe florecer, desde el nacimiento hasta la muerte. No se realiza ninguna tarea sencilla. Pero la vida nunca fue sencilla. La muerte fue simple. Ahora ni ella [...]*” (traducido). In: **O direito...** Op. Cit., p. 13.

⁶⁸⁷ También es importante mencionar que, en el orden constitucional brasileño, la dignidad de la persona asumió (a pesar de las posibles controversias al respecto) la condición privilegiada de principio y valor fundamental, lo que, por otro lado, no excluye una dimensión subjetiva, en el sentido de que la dignidad de la persona presupone y requiere un conjunto de derechos y deberes fundamentales de la persona.

⁶⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op. Cit., p. 86.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 85.

También se destaca el “principio de la necesaria interpretación según la dignidad”, que afecta incluso a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, con motivo de la indispensable jerarquía que se lleva a cabo en estas circunstancias (aspecto que también ha sido considerado por la jurisprudencia patria). La dignidad de la persona opera como referente para la construcción de un concepto materialmente abierto de derechos fundamentales, ya sea para la identificación segura de los derechos fundamentales dispersos por el texto constitucional, o con el propósito de habilitar, basado directamente en el principio de la dignidad de la persona, el reconocimiento de cargos jurídico-fundamentales (sujetos a derechos subjetivos) autónomos o al menos no reconocidos expresamente por la Constituyente.⁶⁹⁰

La dignidad de la persona humana está íntimamente ligada a la idea de trabajo decente, constituyendo el acoso moral un “ataque calificado” contra la dignidad humana.⁶⁹¹

Jorge Luiz Souto Maior defiende que:⁶⁹²

“El trabajo es de la esencia humana, en el sentido de un deber de valorización personal e integración social, y será tanto un deber como un derecho, en la relación del individuo con la sociedad y el Estado. La legislación laboral, que regula el trabajo que realiza una persona a otra, debe, por tanto, basarse en el respeto a la esencia del trabajo, como deber y derecho. Ésta es la ética del derecho laboral, y su existencia solo tendrá sentido si respeta esto”.

Cada vez más, en el mundo actual, las personas se enfrentan a situaciones de déficit y exclusión, evidenciadas por el desempleo, el subempleo y los trabajos de baja calidad, la falta de seguridad laboral y de subsistencia derivada de la remuneración, la violación de sus derechos laborales básicos, la desigualdad de trato entre los sexos, la explotación de los trabajadores migrantes, la falta de representación e insuficiente expresión, protección y solidaridad frente a la enfermedad, la discapacidad y el envejecimiento.

El concepto de trabajo digno (también llamado “trabajo decente”) sintetiza las aspiraciones del ser humano en el ámbito profesional, englobando los siguientes elementos⁶⁹³:

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 79 a 86.

⁶⁹¹ ZERGA, Luz Pacheco. **La dignidad humana em el derecho del trabajo**. Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 67.

⁶⁹² MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2000. 102.

⁶⁹³ In: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal>>. Acesso em 10 dez. 2008.

oportunidades para realizar un trabajo productivo con una remuneración justa y equitativa; seguridad en el lugar de trabajo (física y mental) y protección social para las familias; mejores perspectivas de desarrollo personal e integración en la comunidad; libertad para expresar sus preocupaciones; organización y participación en las deliberaciones y decisiones que afectan sus vidas; y igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres.⁶⁹⁴

En el contexto de la relación laboral, el acoso moral practicado por el empresario constituye una flagrante violación de la dignidad del trabajador, ya que es utilizado por él como un mero instrumento de realización de capital. En los términos precisos de Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹⁵:

“La dignidad de la persona humana, entendida como barrera a la instrumentalización humana, en principio prohíbe la disponibilidad total y egoísta del otro, en el sentido de que se está utilizando a otra persona únicamente como medio para lograr un determinado fin, de tal manera que el criterio decisivo (al menos en muchas situaciones conviene añadir) el objetivo de la conducta, es decir, la intención de instrumentalizar (objetivar) al otro” (traducido).

El derecho al trabajo decente involucra no solo situaciones extremas, como la prohibición del trabajo esclavo o la neoesclavitud contemporánea⁶⁹⁶; también engloba, dentro de una concepción actual (crítica o contrahegemónica), el derecho del ser humano a trabajar con la preservación de su salud física y psicológica (destacando, aquí, la necesidad de protección frente al psicoterrorismo laboral). Por lo tanto, el derecho al trabajo decente debe

⁶⁹⁴ El Programa de Trabajo Decente fue desarrollado por la OIT para que los países se concentren en cuatro objetivos estratégicos: derechos laborales, empleo, protección social y diálogo. Fue aprovechado por el movimiento sindical global como una herramienta para mejorar las condiciones laborales de sus miembros. Según la OIT, el trabajo forzoso, la esclavitud y el trabajo infantil no entran en la categoría de trabajo decente. Incluso si el concepto de trabajo decente ha sido aceptado por gobiernos, corporaciones, sindicatos y la Asamblea General de la ONU, no es fácil verlo implementado. El concepto de trabajo decente también forma parte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU, que fueron acordados por los líderes mundiales a principios de esta década. Ver el sitio web de la OIT.

⁶⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da...** Op.Cit., p. 52.

⁶⁹⁶ Acerca de la denominada “neo-esclavitud”, ver: RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, n. 28, p. 129-148; _____. Neo-escravismo no Brasil contemporâneo: crime e castigo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 87-106, 2008.

servir para realizar las libertades básicas de los seres humanos y también debe considerarse un derecho humano fundamental.⁶⁹⁷⁻⁶⁹⁸

3.3.4 El acoso laboral desde la perspectiva de la teoría crítica de los derechos humanos

El estudio del acoso laboral debe tener en cuenta una perspectiva crítica de derechos humanos. Según Joaquín Herrera Flores⁶⁹⁹, una teoría creativa y transgresora de los procesos culturales debe recuperar el contexto para reconocer de dónde proviene la riqueza, de dónde provienen los procesos de explotación y qué posiciones antagónicas deben ser.⁷⁰⁰

En el mismo diapasón Antonio Carlos Wolkmer⁷⁰¹ enseña:

“La teoría crítica puede *conceptualizarse* como la operativa pedagógica instrumental (teórico-práctica) que permite a sujetos inertes y mitificados hacer conciencia histórica, desencadenando procesos que conducen a la formación de agentes sociales con un concepto racionalizado, antidogmático, participativo y transformador. Es una propuesta que no parte de abstracciones, de lo dado *a priori*, de la pura y simple elaboración mental, sino de la experiencia histórica concreta, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos e interacciones sociales y de las necesidades humanas esenciales”.

⁶⁹⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit., p. 71.

⁶⁹⁸ Luz Pacheco ZERGA, al sostener el “derecho al trabajo” como un “privilegio”, un “deber” y una “vocación”, demuestra, de manera clara, la influencia que el poder hegemónico ejerce en gran parte de la doctrina laboral. “In litteris”: “*La jurisprudencia social, al calificar al trabajo como privilegio, deber y vocación de la persona pone manifiesto que, además de ser una obligación, es un derecho (art. 35.1 CE), que tiene la categoría adicional de privilegio y vocación. Por tanto, puede afirmarse que nos encontramos ante un derecho fundamental, que tiene la particularidad de responder a una elección personal, enraizada en lo más íntimo de la persona, en base a la cual ésta decide cómo ser útil socialmente y, a la vez, cómo desarrollar sus capacidades, logrando así el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). El trabajo es también un privilegio en cuanto la persona al trabajar transforma la naturaleza, la adapta a sus necesidades y puede llegar a comprender su sentido*”. (Op. Cit., p. 43).

⁶⁹⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 23.

⁷⁰⁰ Joaquín HERRERA FLORES se refiere a la existencia de tendencias culturales que deben orientar el proceso de transformación cultural: (a) la tendencia a abrir nuestras percepciones y acciones en el mundo, de modo que entre los “cierres” y los “bloques” ideológicos, reivindicamos la tendencia a abrirse constantemente las posibilidades de reacción cultural; (b) la tendencia a empoderar a los seres humanos en sus luchas contra los procesos dominantes de división social, sexual y ética del trabajo y el hacer; (c) la tendencia a expandir constantemente lo humano más allá de los límites en los que los procesos ideológicos pretenden terminar. (*Ibidem*, p. 24).

⁷⁰¹ In: **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 5.

Herrera Flores propone, como una nueva forma de pensar los Derechos Humanos, en la búsqueda de la dignidad humana, seis decisiones iniciales⁷⁰², a continuación analizadas.

La **primera decisión** se basa en el hecho de que pensar diferente implica abrir un nuevo camino frente a lo que antes se consideraba valioso y comenzar a valorar positivamente lo que se opone al patrimonio tradicional; la reacción cultural consiste en potenciar la capacidad cultural de creatividad y proponer una forma alternativa frente a lo hegemónico; el nuevo pensamiento debe consistir en una tarea de resistencia frente a la debilidad y pasividad que marcan los planes de trascendencia, para luchar contra la homogeneización del mundo y la cosificación de lo real⁷⁰³; la creación cultural de lo nuevo no es simplemente lo diferente, sino la potenciación de la capacidad humana para crear lo valioso y lo que no lo es, para crear jerarquías entre una y otras formas de acción; es un proceso de “humanización del ser humano”.⁷⁰⁴

Visualizar el fenómeno del acoso laboral y pensar en construir una base sólida para frenarlo consiste, sin duda, en pensar de otra manera frente a la posición hegemónica, que no constata ninguna deformidad en la relación laboral tradicional poder-sujeción.

La **segunda decisión** parte de la negatividad dialéctica al enunciado ontológico y axiológico.⁷⁰⁵ Como propone Herrera Flores, una teoría crítica afirmativa debe permitir que todos expresen sus formas plurales y diferentes de llevar a cabo su existencia, lo que no significa una negación de todas las formas de abordar los Derechos Humanos, sino, más bien,

⁷⁰² HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos...** Op. Cit., passim 43 a 66.

⁷⁰³ En la lección precisa de Joaquín Herrera Flores: “*Lo real, donde se sitúan nuestras reacciones culturales creativas, se da en un plano de inmanencia; es decir, en un ámbito absolutamente opuesto a los planos trascendentales, cuya función consiste en diluir las acciones humanas en un espacio sobrenatural e inaccesible. El plano inmanente es, por el contrario, un marco de consistencia, es decir, un contexto en el que lo que prima es la producción continua de diferencias, distinciones y disfunciones creativas y positivas con respecto al mundo, desde los planos trascendentales nos quieren imponer como si fueran la única realidad posible y la única racionalidad real [...] Y es aquí mismo donde debemos empoderarnos, evitando en la medida de lo posible caer en las trampas de una transcendencia que, al separar la verdad de la búsqueda y la praxis humana, nos deja inermes frente a lo que ocurre a nuestro alrededor*”. (Ibidem, p. 44-45).

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 44.

⁷⁰⁵ “*La apuesta con la que pretendemos iniciar nuestra andadura teórica consiste, pues, en abandonar la dialéctica negativa de corte hegeliano. Ésta se presenta como un método que afirma la llegada de una síntesis afirmativa a partir de la mutua negación de los términos de una relación determinada. Este método – de claras implicaciones hegemónicas – pretende hacernos creer que el único modo de avanzar teórica y prácticamente incólume e intocado el marco o totalidad en el que tal relación se sitúa*”. (Ibidem, p. 47).

“reapropiarse de ellos” de manera crítica y contextualizada, ampliando sus deficiencias y articulándolas con otro tipo de prácticas, de mayor contenido político, económico y social.⁷⁰⁶

Es fundamental construir una base jurídica que prohíba la práctica del terror psicológico en el lugar de trabajo, cuestionando la relación de poder y sometimiento entre empresario y trabajador y su base de apoyo en el ordenamiento jurídico.⁷⁰⁷

La **tercera decisión** consiste en pensar que la lucha por la dignidad humana significa problematizar la realidad⁷⁰⁸ y, con ello, surge la necesidad de buscar nuevas formas de abordar (teóricas y prácticas) el nuevo problema.

El estudio del acoso moral laboral, con el necesario cuestionamiento de la relación de poder y sometimiento, de las bases de conformación de la subordinación (subjética o personal) y el poder de mando del empresario (casi absoluto), consiste en problematizar la realidad de opresión en la que viven los trabajadores.

La **cuarta decisión** consiste en dejar de lado la utopía imposible, construida sobre la base de automatismos trascendentales, para buscar heterotopías⁷⁰⁹ posibles.

El Derecho del Trabajo actual, que se ajusta a la base de la relación de poder y dominio que existe entre el empresario y el trabajador, imposibilita el logro de la dignidad humana, eliminando la necesaria y saludable búsqueda de nuevas heterotopías.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 46 a 49.

⁷⁰⁷ Oportuna, en cuanto al cuestionamiento de la relación poder-sometimiento, el ejemplo, citado por Herrera Flores, de la situación de dominación del esclavo Calibán, en la obra “La tempestad”, de Shakespeare. (*Ibidem*, p. 47).

⁷⁰⁸ Herrera Flores enseña: “Pensar es, pues, problematizar, más que homogeneizar. Y esta problematización se lleva a cabo desde una doble tarea: al problematizar la realidad que nos parece rechazable y, al mismo tiempo, revaluamos lo que antes estaba marginado, oculto o ignorado, permitiéndonos de este modo crear heterogeneidad frente a lo heredado y creatividad frente a lo futuro. Esta tarea de devaluación de lo valioso y revalorización de lo devaluado se presenta siempre como un intercambio innovador entre lo tradicional y lo nuevo, entre lo dominante y lo alternativo, tendiendo siempre a potenciar lo nuevo y lo alternativo, frente a lo antiguo y lo hegemónico”. (*Ibidem*, p. 51).

⁷⁰⁹ “La heterotopia, a diferencia del impulso utópico, no se basa en la esperanza de un nuevo comienzo histórico situado en el futuro. La densidad conceptual de la heterotopía reside, más bien, en el impulso a situarnos en medio de la historia, de los procesos y desde ahí considerar todo lo existente como algo en devenir y transformación constante. Es decir, la heterotopia, como un ‘otro lugar’ desde el que construir lo radicalmente nuevo, no supone situarse más allá de la historia, del fluir de los procesos, de las mutaciones de la realidad, sino, al contrario, reapropiarnos de ese fluir y de esa posibilidad de mutación para conseguir condiciones que nos permitan ‘devenir otra cosa’, devenir algo nuevo en el marco de la realidad y de la época histórica en la que vivimos”. (*Ibidem*, p. 55).

La **quinta decisión** se basa en el supuesto de que la indignación hacia lo intolerable debe conducir a un encuentro positivo y afirmativo de voluntades críticas.⁷¹⁰⁻⁷¹¹

Según Herrera Flores, la fuerza de una teoría crítica se puede medir por los caminos que se abren para facilitar el encuentro con otros defensores de la dignidad y por la virtualidad de incrementar la capacidad que tiene todo ser humano para indignarse ante las injusticias, las inequidades y la opresión.⁷¹²

Al pensar en el acoso laboral, debemos indignarnos ante las prácticas perversas e inhumanas, que resultan del poder hegemónico que ejerce el empresario, ya consolidado, pacificado y “legitimado”⁷¹³ en la evolución histórica del trabajo subordinado. En efecto, debemos abrir espacios para la visualización de lo que se ha hecho (in)visible⁷¹⁴, permitiendo, con diálogo y nuevos procesos de lucha por una forma de trabajo más digna (y más humana), el “empoderamiento” de los trabajadores oprimidos.

La **sexta decisión** es tener en cuenta que no todo tiene el mismo valor.⁷¹⁵ Al pensar en una teoría crítica, debemos dejar de lado la falacia de la universalidad, que ignora u oculta que los derechos surgen en el contexto de determinadas relaciones y existen múltiples formas de alcanzar la dignidad.

Por tanto, la búsqueda de una construcción jurídica para frenar el acoso laboral no debe partir de la idea de la ética humana universal. Por el contrario, debe respetar la diversidad, en línea con la idea de un proceso cultural abierto y emancipador.⁷¹⁶

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 57 a 69.

⁷¹¹ Herrera Flores señala tendencias que deben superarse para llegar a una teoría crítica que realmente difiera de las concepciones hegemónicas: (a) la fuerza de una teoría crítica no radica en la construcción de una teoría general de los derechos humanos que abarque todo desde sus concepciones particulares, ya que así, la virtualidad de las prácticas y saberes que prevalecen en otras formas culturales acaba siendo negadas; (b) esta fuerza tampoco radica en la negación “*in totum*” de las formas tradicionales de abordar los derechos humanos (no se puede negar la importancia, aunque simbólica, de otros actores que luchan por la dignidad humana, como los Tribunales Internacionales, las ONG, etc); (c) la teoría crítica no debe medirse en función de sus posibilidades de cumplimiento efectivo, en el presente o en el futuro próximo. (*Ibidem*, p. 58).

⁷¹² *Ibidem*, p. 59.

⁷¹³ “*El poder hegemónico siempre tenderá a presentarnos su forma específica de jerarquizar las posiciones de los seres humanos en un proceso concreto de división del trabajo y del hacer como si fuera el único legítimo y posible*”. (HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 24).

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 61 a 66.

⁷¹⁶ Respecto a las diferencias entre el proceso cultural emancipatorio y regulador, ver el capítulo 2.

Tras analizar las bases teóricas de la concepción crítica de los derechos humanos, el Diamante Ético se desarrolla como marco pedagógico para la acción contrahegemónica.

3.4 El diamante ético.

Con el fin de ofrecer un contraste con la concepción clásica de los Derechos Humanos, se utiliza como marco teórico-pedagógico el Diamante Ético, desarrollado por Joaquín Herrera Flores.⁷¹⁷

Por tanto, es fundamental examinar el compromiso teórico a adoptar, la construcción de la teoría alternativa y el marco pedagógico a utilizar para la construcción del Diamante Ético, permitiendo así la visualización, combate y desestabilización del acoso moral laboral.

3.4.1 Compromiso político-teórico

Hoy en día, es imperativo entender los derechos humanos desde una mirada crítica y emancipadora, abandonando esa concepción tradicional, basada en la autoproclamación de los derechos en textos de supuesta vigencia universal.⁷¹⁸

El desafío actual, en la lucha por la dignidad humana, es la defensa contra la ideología neoliberal agresiva y destructiva de las conquistas sociales tan duramente logradas por las luchas de los movimientos sociales, los partidos políticos con sesgo socialista y los sindicatos de clases.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Vide: **La reinención...** Op. Cit.; **Hacia una visión compleja de los derechos humanos:** el vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000. p. 19 *passim* 78.

⁷¹⁸ HERRERA FLORES enseña que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 tenía como principales objetivos: “1) la descolonización de los países y regiones sometidas al poder y la rapiña imperialista de las grandes metrópolis; y 2) la consolidación de un régimen internacional ajustado a la nueva configuración de poder surgida tras la terrible experiencia de las dos guerras mundiales que confuyó en la Guerra Fría entre dos sistemas contrapuestos” (In: **La reinención...** Op. Cit., p. 59).

⁷¹⁹ “[...] estamos asistiendo al renacimiento de nuevas luchas contra este nuevo orden global. Los nombres de Seattle, Génova, Porto Alegre..., son ya símbolos de esas nuevas luchas y están entrando, aunque con dificultades, en las agendas de los medios de comunicación mundiales. Estos nuevos movimientos se están esforzando por construir lo que viene denominado ‘the globalization from below’ (la globalización desde abajo: o, en otros términos, una ‘alter-globalización’ atenta a necesarias interrelaciones entre lo global y lo local). Junto a estas

La concepción crítica de los derechos humanos debe posibilitar la construcción de un nuevo concepto de justicia y equidad, teniendo en cuenta la situación de verdaderos “excluidos” de la mayoría de los trabajadores, en la relación laboral de poder-sometimiento. La exclusión resulta no sólo de la condición económica inferior o débil, sino también del trato inhumano (por regla general, también debido a la situación de exclusión económica) dado a los trabajadores. La nueva perspectiva de derechos humanos debe, necesariamente, ser integradora, crítica, transgresora e impura, sujeta al proceso cultural abierto y contextualizado con prácticas sociales emancipadoras.⁷²⁰

La **visión integradora** surge de la necesidad de integrar los derechos individuales o libertades públicas con los derechos sociales, económicos y culturales, abandonando la idea sectaria, que contempla dos tipos distintos de derechos, que no están sujetos a integración, armonización o compatibilidad. La idea integradora tiene como imperativo la búsqueda de condiciones que unan las libertades individuales con los derechos sociales, es decir, la política de igualdad debe tener en cuenta la brecha socio-económico-cultural. El principal objetivo de la idea integradora es reivindicar la interdependencia e indivisibilidad de todas las categorías o especies de derechos humanos.

El psicoterrorismo laboral solo se combatirá con la búsqueda de la integración entre el derecho de las partes a la libertad de contratación, en la relación laboral, y el derecho a la igualdad de trato, en el sentido de que los trabajadores tienen derecho a ser tratados como todos los demás seres humanos (independientemente de la condición socio-económico-cultural), ya que la búsqueda de la dignidad constituye, en realidad, el verdadero componente universal u objetivo global. Los derechos humanos son meros instrumentos para la realización de la dignidad humana, por lo que, como ya se ha visto, la importancia de clasificar los derechos como tal o cual “generación” disminuye considerablemente (ya que la distinción en especies es

luchas, vemos cómo cada día se va generalizando la conciencia por imponer un ‘comercio con justicia’ entre los países enriquecidos y empobrecidos. E, incluso, asistimos a los inicios de un movimiento de estudio y denuncia de los incumplimientos de los derechos sociales, económicos y laborales por parte de las Empresas Transnacionales que se han marchado a los países del Sur buscando países con menos derechos laborales y menos exigencias financieras y medioambientales que las que deben cumplir en los países donde tienen su sede”. (Ibidem, p. 62). Cabe señalar también que la presente tesis se originó en un caso específico ocurrido en la ciudad de Porto Alegre, en el Estado de Rio Grande do Sul (Brasil), en el que un banco de origen extranjero, luego de adquirir una empresa nacional, desencadenó un procedimiento institucional, genérico y sistemático, para la remoción de empleados con discapacidad de su plantilla. LER/DORT.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 62 a 65.

meramente didáctica o propedéutica), por lo que no hay jerarquía entre los derechos humanos.⁷²¹

Se debe buscar la **mirada crítica**, teniendo en cuenta que la existencia de multitud de textos internacionales, consagrados en los derechos de los trabajadores, no impide una profunda desigualdad entre ellos y los empresarios. La crítica debe posibilitar la transgresión de los parámetros vigentes delineados material (fácticamente) y legalmente para la relación laboral poder-sometimiento.⁷²²

En la misma línea, Antonio Carlos Wolkmer⁷²³ enseña:

“La "crítica", como conocimiento y práctica de la liberación, tiene que demostrar hasta qué punto los individuos son cosificados y moldeados por determinismos históricos, pero que no siempre son conscientes de las inculcaciones hegemónicas, las disimulaciones opresivas y las falacias ilusorias de el mundo objetivo/real. El pensamiento crítico tiene la función de provocar la autoconciencia de los sujetos sociales oprimidos que sufren injusticias por parte de actores dominantes, grupos privilegiados y formas de poder institucionalizado (local o global). En este sentido, la "crítica" como dimensión epistemológica e ideológica tiene un rol pedagógico altamente positivo, ya que se convierte en un instrumento operativo adecuado para el esclarecimiento, la resistencia y la emancipación, atendiendo las aspiraciones, intereses y necesidades de todos aquellos que sufren cualquier forma de discriminación, explotación y exclusión” (traducido)

La perspectiva crítica debe partir de la idea de que el desarrollo económico no puede representar una falta de respeto a los derechos humanos de los trabajadores. El desarrollo y los derechos humanos, contrariamente a lo que a menudo se defiende, no son conceptos excluyentes; más bien, deben ser complementarios, ya que no hay derechos humanos sin desarrollo, ni desarrollo “responsable” sin respeto a los derechos humanos.⁷²⁴

⁷²¹ *Ibidem*, p. 63.

⁷²² Antonio Carlos WOLKMER enseña que la expresión “crítica” tiene cierta ambigüedad y elasticidad, y puede tener muchos significados. Para Kant, la palabra "crítica" representaba "la idea de una operación analítica del pensamiento". Para Marx, la expresión aparece “como el discurso revelador y desmitificador de ideologías ocultas que proyectan los fenómenos de manera distorsionada”. En el presente trabajo, la expresión “crítica” debe entenderse como algo que pretende transformar la realidad, a través de la presentación de alternativas, en la búsqueda de la dignidad. (In: **Introdução...** Op. Cit., p. 5).

⁷²³ WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano. In: **Direitos humanos e filosofia jurídica na América latina**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 33 (traducido).

⁷²⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvención...** Op. Cit., p. 65.

Los derechos humanos no pueden verse como una serie de textos nacionales (constituciones, leyes, decretos, etc.) e internacionales (declaraciones, pactos, tratados, convenciones, etc.) que garantizan a las personas los derechos. Ya no es posible aceptar la concepción clásica de los derechos humanos que se conforma con “el derecho a tener derechos”.

La nueva perspectiva de derechos humanos debe contextualizarse en las **prácticas sociales emancipadoras**. Cuando los derechos humanos se contextualizan como prácticas sociales concretas de emancipación, se hace más fácil combatir la homogeneización, invisibilidad, centralización y jerarquización de prácticas institucionales conservadoras y atrasadas.

Herrera Flores lo llama “intervencionismo humanitario”⁷²⁵, cuando los propios actores sociales buscan romper la desigualdad (del “*satus quo*”), a través de prácticas sociales emancipadoras, dentro de la idea de un proceso cultural que no es meramente regulatorio.

El compromiso político y teórico descrito anteriormente permite así la construcción de un camino alternativo.

3.4.2 Construcción alternativa

Según Joaquín Herrera Flores, la construcción de la alternativa debe pasar por las siguientes etapas⁷²⁶: recuperar la acción política de los seres humanos, con necesidades y expectativas concretas e insatisfechas; formular una filosofía de derechos impura, contaminada de contextualización; y recuperar la metodología relacional, que busca los vínculos que unen los derechos humanos con otras esferas de la realidad social, teórica e institucional

La **recuperación de la acción política** implica romper con todas las posiciones naturalistas que conciben los derechos humanos como una esfera separada y previa de la acción política democrática.

Los derechos humanos no pueden entenderse separadamente desde el campo político. Tales derechos no preceden a los políticos. Si ese fuera el caso, los derechos humanos aparecerían como neutrales y anteriores a la acción política. No existe un “consenso ideal a

⁷²⁵ *Idem*.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 66.

priori”, ya que los derechos humanos no pueden verse como la búsqueda de consensos al margen de antagonismos reales que se dan en los contextos.

Respecto al acoso moral laboral, de nada sirve sostener que la práctica inhumana del emprendedor no encuentra sustento en derechos previos a la acción social y política. Se debe combatir la práctica empresarial inhumana, teniendo en cuenta el antagonismo que existe entre las partes, contextualizado en la relación poder-sometimiento.

La remoción, rechazo o eliminación de la acción política muestra un gran peligro, que es la aparición de posiciones extremistas, que terminan conquistando espacios, a partir de la eliminación de lo político. Cuando se consideraba al político como algo ajeno a las luchas por la dignidad de la persona humana, todo lo que dependía de la política en su dimensión de relaciones de fuerza, de alteridad, de adversario y de antagonismo quedaba suspendido.⁷²⁷

En la relación laboral, la eliminación de la acción política puede representar el mantenimiento de la idea de subordinación subjetiva o personal, la invisibilidad de las prácticas de acoso y la apatía de la clase obrera y los sindicatos profesionales, partes interesadas, quienes, debido a la represión del elemento político, se ajustaría a la situación resultante del hostigamiento.

A fines del siglo anterior, con la acción política fuera del escenario mundial, surgieron procedimientos de acumulación de capital cada vez más agresivos, con un absurdo aumento de la desigualdad social.

En este contexto, el acoso laboral también aparece como una forma violenta (aunque muchas veces disfrazada, circunstancia que lo convierte en un fenómeno sumamente interesante y útil⁷²⁸) manteniendo el poder del empresario/capitalista. No es una mera coincidencia que el hecho de que el acoso laboral tenga sus estudios iniciados e intensificados en las dos últimas décadas del siglo anterior.

Una nueva perspectiva de derechos humanos también debe servir para **incrementar nuestro “poder” y “capacidad” para actuar en el entorno.**⁷²⁹

⁷²⁷ “La base del liberalismo político ‘racionalista’ y ‘formalista’ que tuvo una gran influencia teórica en el último tercio del siglo XX, reside en la creencia del fin de los antagonismos ‘clásicos’: fin de las luchas de clase, fin de la historia.... Una vez caído el muro de Berlín hemos asistido a intentos dirigidos a legitimar y justificar la hegemonía global de un solo sistema de valores (el derecho del mercado auto-regulado y el de la democracia reducida a sus aspectos puramente electorales). Por esta razón, tales teorías se imaginaban que el derecho y la moral vendrían a ocupar el lugar de la política y que la victoria del capitalismo sobre el socialismo real de los países del Este europeo aseguraría el triunfo de la razón sobre la barbarie”. (Ibidem, p. 68).

⁷²⁸ Como ya se estudió en el capítulo 2.

⁷²⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., p. 69.

Cuando los derechos humanos se entienden como algo que antecede a la acción política y social, existe una posición filosófica conservadora, con consecuencias políticas moldeadoras y pasivas. Esto quiere decir que, si los derechos humanos constituyen algo trascendental, que antecede a lo político, no queda más alternativa que aceptar la situación actual, ya consolidada (que es, por tanto, inmutable). De esta manera, se produce una clara reducción o restricción del campo político-estratégico a aquel compatible con la idea de una objetividad social encerrada en sí misma. Herrera Flores llama al fenómeno de “*ontología de la pasividad*”.⁷³⁰

La construcción de una teoría crítica de los derechos humanos debe tener en cuenta una forma alternativa de concebir la acción política y social. Es fundamental para esta nueva concepción establecer la práctica de la acción política estratégica, para que sea compatible con una democracia abierta. Herrera Flores, en oposición a la situación analizada anteriormente, la llama “*ontología de la potencia*”.⁷³¹

La recuperación del político consiste en crear las condiciones para el desarrollo del potencial humano. Se debe buscar una concepción amplia y no fragmentada de la acción política, así como una visión integral, incluyente, corpórea y concreta de los derechos humanos.⁷³²

Herrera Flores defiende una concepción integral de los derechos humanos, que supera la dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales, con la siguiente clasificación⁷³³:

- “a) derechos a la integridad psicofísica, en relación con la salud física y mental (contra todo tipo de tortura; restricción a nuevas posibilidades de expresión y creencia; muertes evitables, etc.);
- b) derechos para satisfacer necesidades (derechos sociales, económicos, culturales, etc.);
- c) derechos al reconocimiento (género, étnico, cultural, derechos de diferencia, etc.).”

El psicoterrorismo laboral es un buen ejemplo de la necesidad de integrar los distintos tipos de derechos humanos, ya que la conducta inhumana del emprendedor viola, al mismo tiempo, la integridad psíquica del trabajador (derecho individual), la integridad categorial o

⁷³⁰ *Idem.*

⁷³¹ *Idem.*

⁷³² *Ibidem*, p. 70.

⁷³³ *Ibidem*, p. 72.

colectiva (derecho social) y la integridad del trabajador no siendo reconocido como ser humano de segunda categoría o clase, por el simple hecho de que sus tareas las determina el empresario (derecho al reconocimiento de la igualdad).

3.4.3 Teoría impura

Para llegar a una teoría crítica e impura de los derechos humanos hay que partir de algunas fuentes de indignación, como la de Luc Boltanski e Eve Chiapello⁷³⁴:

(a) indignación ante la conciencia de la falta de autenticidad de un mundo asociado a los valores básicos del capitalismo como la acumulación de capital, el consumismo, la apropiación privada de todos los bienes y el individualismo egoísta y salvaje;

(b) la indignación por la opresión producida por las estructuras heredadas, muy contrarias a la libertad, autonomía y capacidad creativa de los individuos sometidos al dominio del mercado como fuerza impersonal que fija precios, designa al ser humano como producto o servicio y que subordina a las personas a las relaciones salariales explotadoras, expropiándolas de su capacidad genérica de hacer y deshacer mundos;

(c) indignación ante la miseria y desigualdades que pueblan el universo social y personal, es decir, ante los procesos de división social, sexual, étnica y territorial de la actividad humana que colocan a diferentes seres y grupos humanos en una situación de desigualdad de acceso a los bienes necesarios para una vida digna;

(d) la indignación ante el oportunismo y el egoísmo, que, favoreciendo únicamente intereses particulares o privados, actúan como mecanismos o instrumentos para la destrucción de los lazos sociales y la solidaridad comunitaria.

La teoría crítica o contrahegemónica de los derechos humanos debe, por tanto, ser necesariamente impura.

Una teoría pura es una contradicción de términos, porque, en verdad, no es posible teorizar sobre lo que no puede ser objeto de conocimiento, sino de simple contemplación.

Además, lo puro no es divisible en partes o secciones, admitiendo únicamente una narración indirecta, ya que a lo puro sólo se llega de forma negativa, privando al objeto

⁷³⁴ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. **El nuevo espíritu del capitalismo**. Madrid: Akal, 2002.

cognoscible de todas sus impurezas y negando, en consecuencia, los atributos de la existencia misma.⁷³⁵

Según Herrera Flores, una de las consecuencias más deletéreas de la pureza del análisis de los teóricos y los fenómenos sociales es que el método utilizado impide volver a tener contacto con la realidad del contexto (del entorno).⁷³⁶

La pretensión de pureza contiene una triple fobia: a la acción (que presupone la aparición de movilidad, pero, en realidad, no hay acción ni movimiento); pluralidad (basada en la apariencia de pluralidad, ya que, en verdad, se basa en dualismos; el plural es peligroso); y el tiempo (hay una apariencia de temporalidad, con la negación del presente y las posibilidades de transformación).⁷³⁷

Solo lo impuro puede ser objeto de conocimiento (ya que el objeto cognoscible es examinado dentro de un contexto real y no ideal), es descriptivo (ya que puede ser descrito y descompuesto en partes, lo que permite analizar su complejidad) y reportable (puede ser objeto de diálogo, lo que permite establecer relaciones entre los fenómenos y la historia).⁷³⁸

Lo impuro exige una manera positiva de acercarse al objeto cognoscible, induciendo el conocimiento de los contenidos y diferencias que hacen de un objeto dado la meta del objetivo infinito del conocimiento. El humano es necesariamente impuro.⁷³⁹

Herrera Flores enseña, con inmejorable precisión⁷⁴⁰:

“Una filosofía de lo impuro reivindicará, por el contrario, el pecado y la rebeldía como forma de percibir nuestros cuerpos (sin vergüenza), nuestros otros (sin imposiciones) y nuestro tiempo (sin escatologías transcendentales). Es decir, apostamos por un modo de percibir y actuar en el mundo que nos obliga a estar siempre atentos a lo que llamamos los “matices de la condición” que son el movimiento, la pluralidad y el tiempo como base de todo nuestro afán de conocimiento. Consecuentemente una filosofía de lo impuro entenderá los derechos humanos desde la realidad de lo corporal, como la respuesta normativa a un conjunto de necesidades y expectativas que pretendemos satisfacer. Asimismo, es una filosofía que está siempre y en todo momento sometida a los avatares del tiempo, visto como

⁷³⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., p. 74.

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 75.

⁷³⁷ *Ibidem*, p. 75 a 77.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁷³⁹ *Idem*.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 78.

la posibilidad de cambio y transformación de lo real. Es una filosofía de la alteridad, o, lo que es lo mismo, de la diferencia y de la pluralidad. Y, para terminar, es una filosofía que toma en cuenta el espacio, el contexto físico y simbólico mundano al que hemos sido “arrojados” – quizá afortunadamente – sin compasión”.

Entendiendo el carácter impuro de la concepción crítica o contrahegemónica de los derechos humanos, se examina el acoso moral bajo la perspectiva del Diamante Ético.

3.4.4 El acoso moral y el diamante ético

Joaquín Herrera Flores, com base en la figura del “Diamante Cultural” de Wendy Griswold⁷⁴¹, sistematizó el “Diamante Ético”, como marco pedagógico de acción, constituyendo una forma compleja y relacional de situar los derechos humanos.⁷⁴²

La idea de diamante⁷⁴³, un poliedro - generalmente transparente - de diversas facetas e inducible, pretende afirmar la indiscutible interdependencia entre los múltiples componentes que definen los derechos humanos en el mundo en que vivimos hoy.

El estudio de los derechos humanos en esta forma tiene como objetivo construir una ética que tenga el propósito de lograr las condiciones para que los seres humanos puedan poner en práctica la idea de la dignidad humana, permitiendo garantizar a todos la posibilidad de luchar por la dignidad, de manera plural y diferenciada.⁷⁴⁴

El diamante ético tiene tres capas, cada una con sus diferentes puntos de conexión mutua.

⁷⁴¹ In: **Cultures and societies in a changing world**. Pine Forge Press, Thousands Oaks, 1994. p. 1 a 17.

⁷⁴² HERREARA FLORES. Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., passim 107 a 138.

⁷⁴³ El diamante es una forma alotrópica de carbono. Cristalizado en el sistema cúbico, normalmente en cristales con forma octaédrica (8 caras) o hexaaquisoctaédrica (48 caras), a menudo con superficies curvas, redondeadas, incoloras o coloreadas. Los diamantes de color oscuro son poco conocidos y su valor como gema es menor debido a su apariencia poco atractiva. Los diamantes no son eternos porque el carbono se marchita con el tiempo, pero duran más que cualquier ser humano. Al ser carbono puro, el diamante se quema cuando se expone a una llama, transformándose en dióxido de carbono. Es soluble en varios ácidos e infusible, excepto a altas presiones. El diamante es el material natural más resistente conocido, con una dureza de 10 (valor máximo en la escala de Mohs). Esto significa que no puede ser rayado por ningún otro mineral o sustancia que tenga una dureza menor a 10. Sin embargo, es muy frágil, este hecho se debe a la perfecta hendidura octaédrica. En la página: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em 01 out. 2008.

⁷⁴⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., p. 107.

La primera portada presenta ideas, instituciones, fuerzas productivas y relaciones sociales de producción. La segunda contiene posiciones, narraciones, disposiciones e historicidad (o temporalidad). Finalmente, la tercera capa consta de espacios, valores, desarrollo y prácticas sociales.

Los elementos del diamante están estrechamente entrelazados e interconectados.

La citada figura geométrica también tiene dos ejes principales, en los que se distribuyen los elementos contenidos en las cubiertas: el eje de elementos conceptuales (eje vertical) y el eje de elementos materiales (eje horizontal).

El eje conceptual o vertical involucra los siguientes elementos: teorías, posiciones, espacios, valores, narraciones e instituciones.

El eje material u horizontal tiene los siguientes elementos: fuerzas productivas, disposiciones, desarrollos, prácticas sociales, historicidad y relaciones sociales.

De esta forma, las categorías conceptuales o teóricas en relación con las categorías materiales o prácticas forman un cruce de coordenadas, lo que permite identificar todos los puntos entre los que es posible establecer relaciones analíticas para la situación concreta a examinar.

En el centro de esta cruz aparece la "dignidad humana", que se realiza *“en la conquista de un acceso igualitario a los bienes materiales e inmateriales que nos permiten llevar adelante nuestras vidas desde nuestras particulares y diferenciadas formas de vida”*.⁷⁴⁵

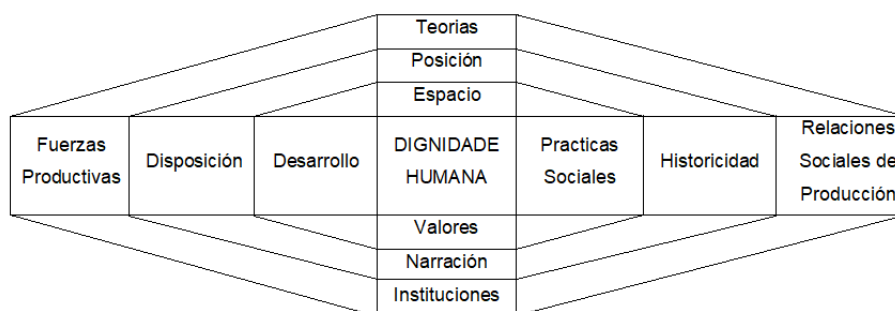
Con este marco pedagógico de acción práctica, material o concreta, se busca producir una capacidad para comprender una determinada situación social, con todas las circunstancias y variantes del caso específico, y formas de satisfacer las necesidades del ser humano, a partir de una idea materialista y relacional de los derechos humanos.

El objetivo de esta imagen metodológica se basa en la concepción de que tanto la dignidad humana como los derechos (humanos) no son elementos separados y aislados, ni están preconcebidos de manera trascendental, sino que son construidos paulatinamente por la comunidad o grupo de personas afectadas, lo que dota a los derechos humanos de un carácter dinámico, permitiendo además que los derechos sean generados y revisados, según la metodología propuesta en el diamante.⁷⁴⁶

Así es como se puede representar el diamante ético:

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 110.

⁷⁴⁶ *Idem*.



Expuesto el diamante y su funcionamiento, se analizan, por tanto, sus elementos constitutivos, partiendo del eje material.⁷⁴⁷

Las **fuerzas productivas** constituyen las tecnologías, los tipos de trabajo y los procesos económicos que llevaron a la producción de un bien o servicio.

En cuanto a la relación trabajo poder-sometimiento, las fuerzas de producción pasaron del taylorismo/fordismo, en el pasado, al toyotismo, hoy. En verdad, el mundo del trabajo ha pasado por cuatro revoluciones industriales (la primera, con el uso de la máquina de vapor y el uso del agua como fuente de energía; la segunda, con la inclusión de la producción en masa y la electrificación de fábricas; la tercera, con la “revolución digital” que viene con la automatización industrial, integrando sistemas mecánicos y electrónicos, y también con la evolución de la computación digital; y, y hoy, la cuarta, con la "revolution 4.0" que promueve la informatización de la fabricación y la integración de datos).

La **relación social de producción** constituye la forma de relacionarse con quienes intervienen en la producción de bienes y servicios entre ellos y la propia naturaleza, a fin de determinar la forma en que se accede a los bienes.

La relación social de producción, en lo que respecta la relación laboral, se basa en la dominación, como producto cultural. En otras palabras, la relación social de producción parte del supuesto de la existencia de un sujeto dominante/capitalista/opresivo y un sujeto subordinado/trabajador/oprimido. El acceso al bien inmaterial “ambiente saludable” está bloqueado.

Las **disposiciones** constituyen el grado de conciencia sobre la situación que se ocupa en el proceso de acceso a los bienes y la conciencia de cómo funciona dentro de este proceso. Consisten, por tanto, en el conjunto de actos sociales mediante los cuales se toma conciencia de la posición ocupada en los procesos materiales. Es precisamente la conciencia la que permitirá una especie de prácticas sociales conservadoras (hegemónicas) o emancipatorias

⁷⁴⁷ *Ibidem*, *passim* 110 a 138.

(contra hegemónicas) y, en consecuencia, la opción de vigilar pasivamente la situación u oponerse a la resistencia, creando caminos alternativos para alcanzar la dignidad.⁷⁴⁸

En cuanto al acoso laboral, parece que, de hecho, el grado de conciencia de los trabajadores sobre el papel que juegan en el proceso de acceso a los bienes es mínimo o inexistente, lo que permite solo una práctica social conservadora. La conciencia de la situación real que ocupan los trabajadores en la relación de producción, así como la ocurrencia del propio acoso moral (como consecuencia de la situación de dominación y opresión) es lo que permitirá la búsqueda de prácticas sociales emancipadoras o contrahegemónicas.

La **historicidad** corresponde a la situación de un proceso social, teniendo en cuenta sus orígenes y causas históricas determinantes y los grupos que provocaron la situación actual. A través de este elemento también se analizan los efectos y los momentos en los que se encuentra el proceso económico de producción de bienes o servicios. El análisis de la historicidad implica la idea de que cualquier fenómeno social tiene una causa, y por lo tanto no es una causa en sí misma, por lo que es fundamental conocer la evolución de los fenómenos de manera cronológica y contextualizada en sus debidos tiempos, posibilitando la percepción y comprensión del carácter dinámico de los procesos sociales, ya que no hay entidades estáticas, sino tendencias y procesos.⁷⁴⁹

Dependiendo de lo ampliamente demostrado en el primer capítulo, el aspecto histórico fue decisivo en la construcción y consagración del actual concepto de subordinación, marcadamente subjetivo o personal, que legitima la conducta inhumana del empresario/asediador. La historicidad revela que las bases de opresión y sometimiento sobre las que se asienta la relación laboral no se han alterado significativamente (a pesar de algunos avances formales, consagrados en las leyes). Existe, por tanto, una gran similitud entre la actual relación laboral de poder-sometimiento con los sistemas de esclavitud y servilismo.

El **desarrollo** constituye el proceso y la situación actual de creación de condiciones sociales, económicas y culturales que permitan o impidan el acceso a los bienes. Los derechos

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 120.

⁷⁴⁹ “Lo real no es una cosa, sino un camino que trazamos a la hora de dibujar nuestros mapas y realizar nuestros itinerarios. Por mucho que busquemos certezas evidentes, no hay direcciones únicas en la historia. Es preciso, pues, acostumbrarse a gestionar/aceptar/aprender y a vivir en la incertidumbre que supone la creatividad humana desplegada – y al mismo tiempo obstaculizada – por la historia. Nos construimos históricamente, luego somos”. (*Ibidem*, p. 125).

humanos son incuestionables, sin desarrollo, aunque lo recíproco no sea cierto.⁷⁵⁰ Desde una perspectiva crítica, el desarrollo debe permitir el establecimiento de actitudes y aptitudes humanas para alcanzar la dignidad humana, de manera integral, equitativa, planificada y de calidad.⁷⁵¹

La relación fuerza de trabajo-sujeción está directamente relacionada con la necesidad del desarrollo de la sociedad. Sin embargo, no se puede pensar que el desarrollo solo se puede lograr con la realización de prácticas inhumanas por parte del empleador. Tal ideología reproduce el pensamiento hegemónico y único del desarrollo (ya que no habría otra alternativa, sino sólo esta: el desarrollo, en la relación laboral, solo se logra con psicoterrorismo), además de producir la “naturalización” del acoso moral, que resulta ser aceptable como algo natural.

Las **prácticas sociales** corresponden a las formas de organización y acciones a favor o en contra del objetivo de acceder a los bienes. Asistimos a un resurgimiento de los movimientos emancipadores, que intentan combatir el desarrollo injusto y desigual en esta nueva etapa de acumulación de capital, denominada globalización.⁷⁵²

En el ámbito laboral, las prácticas sociales en la actualidad refuerzan la opresión y el dominio, sin romper el bloqueo que ofrece un proceso cultural meramente regulador y cerrado, impidiendo así el circuito de reacción cultural. En efecto, el empresario tiene un espacio libre en la relación laboral poder-sometimiento, por lo que el acoso psicológico se convierte en un instrumento de simple uso en la búsqueda de los intereses del capital. Es fundamental, por tanto, generalizar prácticas sociales alternativas, a través de movimientos, sindicatos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales y partidos políticos, en la búsqueda concreta de una solución eficaz contra el acoso moral.

El eje horizontal tiene los elementos conceptuales o teóricos, que se examinan a continuación.

Las **teorías** son las formas de visualizar un proceso o una cosa y da una idea de lo que se investiga, en base a que no existe una sola teoría sobre los derechos, es decir, pueden coexistir

⁷⁵⁰ “Solo habrá desarrollo, y, por tanto, derechos humanos cuando se llegue a una distribución igualitaria (no sólo de recursos monetarios, sino) de técnicas y medios de aprendizaje que permitan crear condiciones adaptables a los entornos de los diferentes pueblos, hoy en día agobiados por la injusta obligación de pagar una deuda externa contraída por sus élites, con la anuencia de los bancos y agencias privadas de financiación occidental. A través de la deuda se continúa con los procesos de extracción del valor social a los países antaño colonizados. Con lo que de nuevo se está recapitalizando a los países ricos a costa del empobrecimiento de los menos favorecidos por el orden global”. (Ibidem, p. 131).

⁷⁵¹ Idem.

⁷⁵² Ibidem, p. 132.

varias teorías, ya que no existen sólo una línea histórica en el desarrollo de ideales legales y políticos. Las teorías constituyen y reproducen prácticas y formas concretas de producción y reproducción cultural y social, actuando así de manera decisiva en el proceso cultural. También es necesario verificar cómo se articulan las distintas teorías con los agentes sociales.⁷⁵³

Toda dogmática laboral se basa en la concepción subjetiva de la subordinación y teorías consecuentes, como las que justifican, por ejemplo, el poder de mando del empleador y los poderes que de él se derivan, con énfasis en el absurdo y perverso poder disciplinario (conocido, sin eufemismos, como el poder de “castigar” a los trabajadores). Las teorías tradicionales deben ser combatidas con nuevas teorías o nuevas formas de pensar sobre la relación laboral y la forma en que se trata a los trabajadores (como, por ejemplo, la consagración del concepto objetivo o funcional de subordinación).

Los **valores** constituyen preferencias individuales o colectivas, mayoritarias o minoritarias, respecto a alguna cosa, bien o situación social que permiten la relación con los demás. Los valores no deben ser vistos desde una perspectiva trascendental o metafísica, ya que constituyen el conjunto de preferencias sociales que se generalizan en un entorno de relaciones (además de la satisfacción inmediata de una necesidad), influyendo en el modo de acceso a los bienes materiales e inmateriales necesarios para una vida digna. Los valores dan sentido a la acción social, orientando las opciones y acciones individuales y colectivas. Vistos en conjunto, los valores se ajustan a la idea de dignidad humana que se defiende o contra la que se lucha.⁷⁵⁴

En la relación laboral y, por tanto, en el acoso moral, los principales valores que aparecen son los derivados de la existencia de una jerarquía puramente personal: superioridad-inferioridad. En una fórmula simple, se podría establecer la siguiente ecuación: el empresario posee el capital, siendo, por tanto, superior, circunstancia que le legitima para dar órdenes y subordinar personalmente al trabajador, que no posee el capital, siendo, por tanto, inferior, y en consecuencia, está obligado a obedecer las órdenes dictadas por el empleador, de la "forma" que mejor entiende o de la "forma" que más se ajusta a los intereses del empresario (y aquí está, de forma "natural", el acoso moral).

La **posición** corresponde al lugar que ocupa en las relaciones sociales y que determina la forma de acceso o conquista de bienes. Este elemento consiste en el lugar material que ocupan los individuos en los procesos de división social, sexual, étnica y territorial de la actividad

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 116.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 129.

humana. La posición puede estar subordinada o privilegiada por los procesos de división del hacer, estableciendo la forma en que los individuos adquieren o logran los bienes esenciales para vivir con dignidad.⁷⁵⁵

Ahora, como consecuencia lógica de los valores, la relación laboral muestra que el emprendedor se encuentra en una notoria situación de ventaja o privilegio en los procesos de acceso a los bienes, mientras que los trabajadores se encuentran en una notoria desventaja, manteniendo así la opresión y la exclusión. Desde el punto de vista de la dignidad de la persona humana, de un simple análisis de la situación que propugna el poder hegemónico, se podría decir que hay personas “más dignas” (sujeto subordinador) y “menos dignas” (sujeto subordinado).

El **espacio** constituye el lugar físico, geográfico, humano o cultural en el que se da el conjunto de relaciones sociales. Actualmente, el espacio no es solo lo físico, sino la construcción simbólica de procesos en los que se producen, reproducen y transforman los sistemas de objetos. Los espacios pueden ser, básicamente, de dos especies: el espacio formal, sistémico, hegemónico o de orden; y el espacio informal, antisistémico, no dominante o revolucionario.⁷⁵⁶

El psicoterrorismo ocupacional se desarrolla de forma natural en el lugar de trabajo. Pero no solo, ya que en los tiempos actuales, la subordinación puede llegar a aquellos trabajadores que prestan servicios fuera del establecimiento empresarial, o que prestan servicios a domicilio, o incluso a quienes laboran en cualquier lugar al que acceda la world wide web (internet). Significa decir que la subordinación, aunque personal, en la actualidad puede ser virtual (incluso por algoritmos), sin provocar que la situación de acoso se caracterice erróneamente.

Las **narraciones** son formas en las que se definen cosas o situaciones, constituyendo así las formas en las que nos definimos y que nos dicen cómo participar en las relaciones sociales. El diálogo es esencial para crear conciencia en cada individuo.⁷⁵⁷ Es, por tanto, la posibilidad de los oprimidos de narrar su propia historia o trayectoria. Prevenir las narrativas

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 119.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁷⁵⁷ José Manuel Oliveira MENDES Sostiene que el diálogo es multivocal y “*que se da en la intersección de fuerzas centrípetas (necesidad de conectar con el otro) y fuerzas centrífugas (necesidad de diferenciarse del otro). La empatía o identificación con el otro tiene sólo un papel transitorio y preparatorio. En el diálogo, cada identidad es siempre irreductible. El acercamiento al otro, o incluso a otra cultura, si es necesario, se apoya en un movimiento de retorno, de reenfoque en su posición, en un proceso exotópico*”. (In: O desafio das identidades. In: **Globalização**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005. p. 491; traducido).

de los excluidos es perpetuar el discurso hegemónico, no impedir otras formas de pensar y, en consecuencia, de alcanzar la dignidad humana. Además, a pesar de las narraciones, nunca se visualizará la situación de dominio u opresión.

Para prevenir la práctica del acoso psicológico en el trabajo, es fundamental que los trabajadores asediados tengan la oportunidad de compartir sus experiencias, las prácticas y técnicas inhumanas empleadas por el empresario, sus traumas psíquicos (incluidas las consecuencias físicas resultantes), sus intentos de afrontamiento del problema o la aceptación pacífica (e inercial) de la situación impuesta a la relación laboral, sus intentos de entendimiento o comprensión lo que les está sucediendo (conciencia⁷⁵⁸). Es, por tanto que, a través de las narraciones se pretende buscar formas alternativas y contrahegemónicas de evitar el psicoterror laboral.

Las **instituciones** son las normas, reglas y procedimientos que articulan jerárquica y burocráticamente la resolución de un conflicto o la satisfacción de una expectativa.

En cuanto a la relación laboral y el acoso, las instituciones que interactúan (o deberían interactuar) son la empresa, la familia, el gobierno, la sociedad civil, los sindicatos, las ONG y los movimientos sociales.

Así, se puede concluir que el objetivo último del análisis del acoso moral a través del Diamante Ético, como marco pedagógico de acción, es posibilitar la visualización del psicoterrorismo ocupacional como un fenómeno típico del actual modelo capitalista (neoliberal) de producción, que constituye una grave violación de los derechos humanos fundamentales, y buscar alternativas de prevención y represión, con el fin último de lograr la dignidad de los trabajadores asediados, con un entorno de trabajo saludable, no tóxico y libre de acoso. Se pretende, por tanto, que la teoría crítica de los derechos humanos proceda a desestabilizar la práctica de acoso del capitalista, a través de propuestas emancipatorias o contrahegemónicas, a continuación analizadas.

⁷⁵⁸ Antonio Carlos WOLKMER obtempera: “*La teoría crítica provoca la autoconciencia de agentes y grupos que se encuentran en desventaja y/o desigualdad y sufren injusticias de los sectores dominantes, de las clases privilegiadas o de las élites. En este sentido, ideológicamente, la teoría crítica tiene una formalización positiva en la medida en que se convierte en un proceso adecuado de esclarecimiento y emancipación, atendiendo los deseos, intereses y necesidades de los realmente oprimidos*”. (In: **Introdução...** Op. Cit., p. 11; traducido).

4 PROPUESTAS DE SESGO DE TRANSFORMACIÓN EMANCIPATIVA BASADAS EN LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a lo narrado en la introducción, la presente investigación parte del caso de la entidad financiera que comenzó a realizar un acoso moral estratégico, con el propósito – no expresamente declarado – de excluir definitivamente de la empresa a los trabajadores que sufrieron enfermedades ocupacionales, evitando así la "incómoda carga" de mantenerlos en el establecimiento, con la posibilidad de periodos de reincidencia y consecuentes interrupciones en la prestación de los servicios (con estabilidad laboral en cada retorno de la Seguridad Social), además de, por supuesto, la formación de posibles futuros "pasivos laborales" ante el Poder Judicial. La gran dificultad encontrada, dados estos hechos, se deriva de la invisibilidad social y, en particular, jurídica de tal fenómeno. Si, aparentemente, tal conducta resulta ser lícita, no se tomaría ninguna medida.

Sin embargo, el acoso moral laboral visualizado a través de la teoría crítica de los derechos humanos permite, tras de la desestabilización de sus bases originales, la transformación de la práctica inhumana del acosador/empresario/capitalista, a través de prácticas o experiencias sociales emancipadoras.

Abandonando la concepción clásica o tradicional de los derechos humanos a través de una perspectiva contrahegemónica, es posible que el acosado/trabajador/excluido/oprimido identifique comportamientos inhumanos y tome conciencia de la situación de opresión y exclusión.

Una vez superadas las trampas generadas por la concepción clásica, como el universalismo, la tesis generacional, la visión económica de los derechos humanos (especialmente la segunda dimensión) y la idea determinista (naturalista), se abre el espacio para construir una teoría crítica, observando la complejidad de los derechos humanos.

Surgen así propuestas emancipadoras⁷⁵⁹ o de transformaciones contramayoritarias no solo de orden teórico-dogmático (cuando se busca cambiar paradigmas), sino también de carácter pragmático, con la necesidad de la participación directa de los trabajadores asediados, el Estado (a través de sus poderes o de órganos extra- poderes, como el Ministerio Público) y

⁷⁵⁹ Sobre la "emancipación social", ver lo esencial: SANTOS, Boaventura Souza. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo. Bontempo, 2007.

la sociedad civil (sindicatos, asociaciones, universidades, medios de comunicación, redes sociales, etc).

4.1 Cambios teórico-dogmáticos

El análisis de la evolución histórica de la relación laboral de poder y sometimiento demuestra que las bases efectivas de opresión, exclusión y sujeción sobre las que se forma no han cambiado y que esta situación se mantiene hasta la actualidad (a pesar de algunos avances formales), con un evidente resurgimiento de la desigualdad entre las partes.

También se constata que el poder hegemónico, en la actualidad, persigue la reducción de los derechos formalmente conquistados, mediante la flexibilización y desregulación del Derecho del Trabajo.

En el ámbito interno de la relación laboral, parece que el sujeto subordinante tiene, en la actual concepción de la subordinación subjetiva, un poder de mando expresado a través de poderes casi absolutos, ejercidos directamente sobre la persona del trabajador, abriendo un espacio natural para la práctica inhumana de acoso moral o psicoterror. El trabajador, en la práctica social, es considerado un "casi humano" o "ser humano de segunda clase".

Desde la perspectiva tradicional de los derechos humanos, la conducta de acoso del empresario no sería más que una forma de expresión del poder de mando, dentro de una concepción subjetiva de subordinación y, de esta manera, estaría justificada y legitimada.

La teoría crítica de los derechos humanos asume así una importante y fundamental misión en la reformulación de las bases sobre las que se concibió la relación del trabajo de poder-sujeción, teniendo como objetivo su humanización, a través de la ejecución del trabajo decente.

4.1.1 El cambio de paradigma resultante de la construcción de la concepción objetiva de subordinación

La primera transformación, transgresión o liberación⁷⁶⁰ a ser postulada se trata de un cambio profundo en el concepto de subordinación en la relación laboral que había existido previamente en la dogmática tradicional.

El abandono de la concepción subjetiva o personal de la relación laboral se convierte en un imperativo, no solo como una forma de humanizar esta relación, sino también como una forma de introducir un cambio de paradigma, con el fin de reprimir y desterrar el psicoterror laboral.

En la doctrina brasileña, destaca Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁷⁶¹, estableciendo las premisas básicas del concepto de subordinación objetiva o funcional. Así, el jurista construye el concepto con las siguientes implicaciones: (a) el trabajo no se separa de la persona del prestador, existiendo, sin embargo, una relación de inmediatez con el trabajo y no con el prestador del servicio; (b) la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente por el mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; (c) el límite para el ejercicio de la potestad de dirección es la adecuación de la actividad del prestador a la actividad de la empresa; (d) el trabajo del empleado se realiza a través de actos autónomos, aunque, en su conjunto, son guiados por el empleador; (e) lo que se integra en la empresa es la actividad del trabajador y no su persona; (f) la actividad del empleado es fundamental para la actividad de la empresa, existiendo acoplamiento entre ellas, debido a expectativas recíprocas previas de las partes; (g) la inserción ocurre de una actividad a otra y no de una persona a otra.

Al final, el jurista⁷⁶² refiere que:

“El elemento constante, que define la posición del trabajador en la empresa, no se define como subordinación, sino como la participación integradora (más o menos intensa) de su actividad en la actividad de la empresa (traducido).”

⁷⁶⁰ David SÁNCHEZ RUBIO enseña: “*Enrique Dussel construyó una arquitectura de la ética de la liberación, basada en lo que él considera tanto el criterio como el principio material universal, el fundamento de toda ética. No hay norma, acción institucionalizada o ética cultural que no tenga algún momento de ella como último contenido. Se le llama criterio o principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana. En virtud de ella se pueden enunciar juicios de hecho con los que juzgar críticamente los fines y los valores*”. *Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo*. In: **Direitos humanos...** Op. Cit., p. 155.

⁷⁶¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de...** Op. Cit., p. 473.

⁷⁶² *Ibidem*, p. 477.

La concepción objetiva de subordinación también se ha denominado "subordinación integradora" o "subordinación reticular".

Los Tribunales de Trabajo, en Brasil, comenzaron a reconocer la subordinación objetiva o estructural, desde el "*leading case*" a continuación transcrito⁷⁶³:

RESUMEN: TERCERIZACIÓN Y SUBORDINACIÓN ESTRUCTURAL - En el ejercicio del rol de instalador/divisor de cables telefónicos, el demandante desempeñó un rol perfecto y esencialmente insertado en las actividades comerciales de la compañía telefónica (TELEMAR). Y una vez insertada en este contexto esencial de la actividad productiva de la empresa postindustrial y flexible, ya no hay necesidad de un pedido directo del empresario, que pasa a ordenar solo la producción. En este entorno de post-gran industria, le corresponde al trabajador que normalmente se inserta allí solo para "colaborar", la nueva organización del trabajo, a través del sistema de acumulación flexible, imprime una especie de cooperación competitiva entre los trabajadores que prescinde del sistema jerárquico clásico. En cierta medida, la competencia se desplaza del campo del capital, para introyectarlo en el ámbito del trabajo, ya que el propio equipo de trabajadores es el encargado de exigir, unos a otros, el aumento de la productividad del grupo; se produce una especie de subrogación horizontal del comando de empleo. La subordinación jurídica tradicional se diseñó para la realidad de la producción fordista y taylorista, fuertemente jerárquica y segmentada. En él prevaleció el binomio orden-subordinación. En el sistema ohnista, de gestión flexible, predomina el binomio colaboración-dependencia, más compatible con una concepción estructuralista de subordinación. En este orden de ideas, la discusión sobre la ilegalidad o no de la subcontratación, así como las disposiciones del art. 94, II, de la Ley 9.472/97, ya que en el contexto fáctico en el que se examina el presente caso, la prueba evidencia la subordinación del trabajador-demandante a la empresa de telecomunicaciones, que tiene a la empresa como beneficiaria final del excedente de trabajo humano. Cabe recordar que en el feliz y contemporáneo concepto del CLT - artículo 2, caput - el empleador típico es la empresa y no una determinada entidad dotada de personalidad jurídica. La relación laboral surge de la realidad económica de la empresa y del emprendimiento, pero mejora según la entidad beneficiaria final de las actividades empresariales [...] En el Magisterio de Maurício Delgado, 'subordinación estructural' es 'la que se manifiesta por la inserción del trabajador en la dinámica del prestatario de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, pero acogiendo estructuralmente su organización y dinámica de funcionamiento'. Y Delgado pasa a aclarar este nuevo concepto de relación laboral, subrayando que la subordinación estructural supera las dificultades de enmarcar situaciones fácticas que el concepto clásico de subordinación ha mostrado dificultades que se agudizan, especialmente ante el fenómeno contemporáneo de la subcontratación laboral. En esta medida, permite no solo ampliar el alcance del Derecho Laboral, sino también dar una respuesta normativa eficaz a algunos de sus instrumentos desestabilizadores más recientes, en particular la subcontratación.⁷⁶⁴.

⁷⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do TRABALHO. (3ª Região). Recurso Ordinário nº 00059-2007-011-03-00-0. Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior.

⁷⁶⁴ Original: EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL – No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa

En efecto, los requisitos para la configuración de la subordinación estructural se pueden delinear de la siguiente manera: el trabajador debe prestar su servicio a la organización productiva ajena; el resultado de su trabajo no le pertenece al trabajador, sino a la empresa; el trabajador no tiene su propia organización empresarial (no es empresario); el trabajador no asume el riesgo de ganancias o pérdidas por el riesgo del negocio.

Sin embargo, parece que este nuevo concepto tiene que ver con incluir en la protección regulatoria de la Ley del Trabajo a aquellos trabajadores que están incluidos en el ámbito de repercusión de las deliberaciones de la empresa⁷⁶⁵, es decir, pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por el sistema de acumulación flexible.⁷⁶⁶

Es innegable que esta concepción representa un avance en la defensa de los trabajadores en esta nueva era del capitalismo. Sin embargo, el reconocimiento de la subordinación objetiva

medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de ideias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II, da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT – artigo 2º, caput – o empregador típico é a empresa e não em ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. [...] No Magistério de Maurício Delgado, a ‘subordinação estrutural’ é ‘a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento’. E segue Delgado precisando esse novo conceito de relação de emprego, sublinhando que a ‘subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial a terceirização

⁷⁶⁵ Lorena Vasconcelos PORTO refiere: “*Así, la subordinación estructural se manifiesta en la integración del trabajador a la dinámica organizativa y operativa del prestatario de servicios, incorporándose y sometiéndose a su cultura empresarial dominante [...] El concepto de subordinación integradora, a su vez, forma parte de la noción de subordinación objetiva, que consiste en la inserción de la provisión laboral del trabajador en los fines de la empresa. Cabe señalar que esta noción no debe confundirse con la idea de actividades finales, ya que es perfectamente posible incluir los servicios de los trabajadores en las actividades de medios del empleador*” (traducido). In: A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, nº 130, abr.-jun., 2008, p. 135-136.

⁷⁶⁶ RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 07 jul. 08. Ver, ainda: HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 177 a 184.

(estructural o reticular) no debe limitarse a una única consecuencia: reconocer el "status" del trabajador como empleado, a los efectos de la protección legal.⁷⁶⁷

Debe ir más allá, en el sentido de establecer pautas de conducta ética, así como reconocer ciertos límites a los “poderes” del empresario/capitalista en relación con el trabajador. Ahora bien, es inútil que el trabajador tenga reconocida su condición de empleado y siga siendo tratado como un “ser humano de segunda clase”. De hecho, no es suficiente que el empleado tenga firmado su “Libreta de Trabajo” (con acceso a la legislación laboral), pero que continúe sin que se reconozca su dignidad.

Así, la construcción del concepto de subordinación objetiva debe servir para un cambio de paradigma en la relación laboral de poder-sometimiento y, por tanto, un cambio en la forma

⁷⁶⁷ Otras decisiones ya van por el mismo camino: “NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN MANTENIDA ENTRE LAS PARTES. Tipo en el que el demandado no soporta la carga de acreditar que hubo prestación autónoma de servicios. Actividad laboral desarrollada por el denunciante - vendedor - inserto en la dinámica de organización y funcionamiento del demandado - reventa de vehículos. Prueba oral que cumpla la relación laboral. [...] Así, considerando los elementos de la relación laboral, queda demostrada la subordinación estructural - "que se manifiesta por la inserción del trabajador en la dinámica del prestatario de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, pero aceptando, estructuralmente, su dinámica de organización y funcionamiento". (Delgado, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília, ano XVI, n. 31, março de 2006, fls. 45/46) El concepto de subordinación estructural "atenúa el foco en el mando empresarial directo, acentuando, como punto destacado, la inserción estructural del trabajador en la dinámica del prestatario de sus servicios" (traducido); (Recurso Ordinário nº 00181-2006-020-04-00-0; Relatora Desembargadora Ana Luíza Heineck Kruse; 8ª Turma do TRT da 4ª Região; publicado em 24.20.2007); “RECURSO ORDINARIO DEL SEGUNDO DEMANDADO. TERCERIZACIÓN. SUBORDINACIÓN JURÍDICA. No se puede negar la tendencia a cristalizar el entendimiento de que la determinación de la relación laboral debe verse y analizarse de manera flexible, especialmente en lo que respecta al tema de la subordinación jurídica. Por tanto, lo que importaría sería la contextualización del empleado en el proceso productivo de la empresa a la que está vinculado, con poca o ninguna relevancia al hecho de estar insertado en la empresa a través de la intermediación legal o ilegal de mano de obra o cooperativa. De esta forma, para la formación de la relación laboral, lo importante es la inserción del empleado en la empresa, aunque, directamente, no esté subordinado a los directores o jefes de empresa, bastando que él se someta a la propuesta organizativa del proceso productivo [...] Sin embargo, como se dijo en otra parte, el Demandante se encontraba plenamente integrado en el sistema de producción, realizando tareas de acuerdo con los lineamientos organizativos del Banco / Apelante, y, a pesar de que el Juez a quo había entendido que se trataba de una actividad- a través de la institución financiera, fue parte indispensable de la estructura objetiva de los servicios ofrecidos por el Banco”(traducido); (Recurso Ordinário nº 00459-2005-027-04-00-3; Relator Desembargador Luiz Alberto de Vargas; publicado em 25.02.2008); “NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA MANTENIDA ENTRE LAS PARTES. Actividad laboral desarrollada por el reclamante - organización de servicios de mantenimiento mecánico - insertada en la dinámica de organización y funcionamiento del demandado, que tiene como uno de sus objetivos sociales los servicios de mantenimiento y reparación de camiones, autobuses y otros vehículos pesados. Presunción de la existencia de una relación jurídica de carácter laboral que se ve confirmada por la realidad revelada en los tribunales [...] Además, la actividad realizada por el reclamante - asistencia para la estandarización de servicios / supervisión del equipo de mantenimiento en servicios internos y externos - es necesaria para la consecución de los objetivos económicos del demandado, teniendo, por tanto, una naturaliza no eventual. Además, el querellante se dedica a la organización de servicios de mantenimiento mecánico, y reclama como uno de sus fines corporativos al demandado, "servicios de mantenimiento y reparación de camiones, autobuses y otros vehículos pesados" (item II, do instrumento de alteração contratual nº 05 e consolidação contratual de 03.09.2003, fl. 39), La subordinación estructural queda demostrada - "que se manifiesta por la inserción del trabajador en la dinámica del prestatario de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, pero abrazando estructuralmente su dinámica de organización y funcionamiento". [...]”(traducido); (Recurso Ordinário nº 00288-2007-733-04-00-3; Relatora Desembargadora Ana Luíza Heineck Kruse; publicado em 11.09.2008)

misma de trato que el empresario le da al trabajador, buscando, en este sentido una "humanización" de la relación laboral, con el cese definitivo de la práctica del acoso moral laboral.

Evidentemente, el cambio de paradigma recomendado en la relación laboral tiene efectos reflejos sobre las teorías que sustentan los puntos estructurales o estratégicos del Derecho del Trabajo, que se analizan a continuación.

4.1.2 Abandonando los restos del institucionalismo

Un efecto directo de la construcción y consagración del concepto objetivo o funcional de la subordinación es el pleno reconocimiento de la dignidad del trabajador, con el abandono permanente de los remanentes de institucionalismo o doctrinas comunitario-personales (y sus consecuencias).

A partir del momento en que se abandona la concepción tradicional o clásica de subordinación subjetiva o personal y, por tanto, la relación laboral de poder-sujeción comienza a verse y respetarse dentro de un molde objetivo o funcional, alejándose los vestigios de la esclavitud y el servilismo (precapitalistas formas de explotación laboral) y el trabajador comienza a ser reconocido como un "ser" dotado de dignidad.

Con esto, las órdenes ahora son obedecidas por el trabajador, en forma de colaboración, simplemente porque se insertan en la ejecución de la actividad económica y no como una forma de demostración de la "superioridad o prelatura" del empresario. Los valores de superioridad-inferioridad, derivados de la estructura clásica de la relación laboral, deben ser cuestionados, desestabilizados y modificados en su esencia.

Asimismo, la posición de las partes, que en la concepción tradicional de la relación laboral muestra la ventaja/privilegio del empresario frente a la desventaja/desprivilegio del trabajador, debe ser cuestionada y transformada, sin admitir más la absurda división entre personas "más dignas" y "menos dignas".

Las prácticas sociales, por tanto, deben tener como eje principal la lucha contra el trato injusto y desigual, permitiendo a los trabajadores, de manera emancipadora, un amplio acceso a los bienes que buscan (como un entorno laboral libre de acoso) y, por tanto, rompiendo con el bloque que ofrece el proceso cultural cerrado y regulador. Las prácticas también deben incidir en las políticas públicas, para que esta nueva concepción de la relación laboral llegue a toda la sociedad.

De esta forma, es sólo con la remoción permanente de la tesis subjetiva o personal de la subordinación y las prácticas resultantes que el trabajador podrá alcanzar la dignidad como ser humano y el Derecho del Trabajo podrá, finalmente, lograr su objetivo principal. En una excelente síntesis, David Sánchez Rubio⁷⁶⁸ comenta:

“[...] el trabajo es de vital importancia para todo ser humano y, sobre todo, para la mayoría oprimida y pobre [...]. El trabajo es una actividad humana específica de apropiación natural y social, creando objetivaciones cada vez más complejas. Además, produce objetos que satisfacen necesidades y proporcionan la base para crear nuevas necesidades. Sobre sí mismo proyecta una serie de preferencias, que le otorgan un cierto grado de importancia, porque permite la apropiación social de las capacidades humanas. Y cada contexto cultural exigirá una serie de capacidades concretas. En lengua dusseliana creemos ver un criterio de justicia, en el que el derecho laboral juega un papel humanizador insustituible. Si se les niega como tales, a muchas colectividades pobres se les impide dejar ir su ser distinto, libre e incondicionado. Además, se les prohíbe poder desarrollar esas objetivaciones y esos valores generados a lo largo de la historia cultural de cada sociedad, nación o pueblo. Y, estando inmersos en la pobreza, será una forma de excluirlos de la verdadera comunidad de comunicación hegemónica, obligándolos a aceptar las pautas que marca el sistema, sin que éste haga nada por adaptarlos a algo. El trabajo humano es el primer elemento que conforma la capacidad del ser humano para auto-realizarse individual y comunitariamente, no un remanente subordinado a las necesidades primarias. Y toda política económica, sustentada en los mismos ordenamientos jurídicos, debe orientarse hacia su absoluto reconocimiento.”

De hecho, una de las consecuencias más importantes de este cambio de paradigma es la necesidad de abandonar definitivamente las tesis institucionalistas o doctrinas comunitarias-personales. Si bien es cierto que este tipo de teorías tuvieron un papel en el pasado, hoy en día mantener la repercusión de estas teorías en el ordenamiento jurídico es sumamente perjudicial para los trabajadores, tanto en la práctica social (que influye en el trato que el empleador le da al trabajador) como en la legislación (que tiene restos indelebles de institucionalismo).

La eliminación de la influencia de las corrientes institucionalistas en la cultura jurídica y la praxis social, por lo tanto, beneficia la prohibición del acoso psicológico en las empresas, ya que los trabajadores ya no serán considerados un simple recambio de la “institución-empresa”.

4.1.3 Rechazo del poder de castigar al empleado

⁷⁶⁸ In: **Direitos humanos...** Op. Cit., p. 174.

Otra consecuencia relevante de la adopción del concepto objetivo de subordinación radica en la indispensabilidad del rechazo, abandono o superación del poder disciplinario del empresario.

Uno de los puntos estratégicos en la construcción del Derecho Laboral por el poder hegemónico y, por tanto, por la doctrina mayoritaria (que resulta absolutamente inercial, reproduciendo únicamente la situación hegemónica) es, sin lugar a dudas, la "disciplina", poder "punitivo" o "sancionador" del empleador, que consiste, como ya se analizó, en la prerrogativa de aplicar sanciones o penalidades al trabajador que no presta el servicio de acuerdo con las órdenes impartidas.

Es interesante notar la "extrema dificultad" de la doctrina hegemónica en admitir la situación real que se establece en relación al poder punitivo del empleador, al utilizar eufemismos, con el fin de mitigar el verdadero poder del empleador, que es el de "castigar", es decir, "imponer castigos" a los trabajadores.

La palabra "castigo" proviene de la palabra latina "*castus*", que significa "puro, limpio, sin falta". El verbo "*castificare*" significa "hacer casto, puro", que acabó generando el actual verbo "castigar". En el pasado, el "castigo" podía aplicarse en forma de "golpiza" (palabra de origen incierto), o una buena "tunda", que proviene del latín "*tundere*", que significa "cubrir de golpes", en casos extremos, la "elevación del espíritu" del trabajador podría obtenerse mediante "tortura", que también deriva del latín "*torquere*", que significa "torcer", ya que varias partes del cuerpo del infractor a veces necesitaban ser torcidas para que el pasara a tener una postura "sin distorsiones"⁷⁶⁹.

De esta manera, el ilógico "poder de castigar" del empresario, originalmente ligado a las prácticas de tortura, se "oculta" o "camufla" a través de denominaciones eufemísticas, ablandadas o suavizadas ("poder sancionador").

El rechazo al poder disciplinario es un imperativo en la transformación paradigmática de la idea de subordinación en la relación laboral. Sin embargo, si se concede al empleador la prerrogativa de imponer "castigos" o "sanciones" morales (no meramente contractuales⁷⁷⁰) al trabajador es evidente que el acoso psicológico también está legitimado. Saber que quien puede hacer "más" puede hacer "menos".

⁷⁶⁹ Disponível em: <<https://origemdapalavra.com.br/artigo/pedagogia-antiga/>>. Acesso em 27.03.2021.

⁷⁷⁰ La sanción impuesta por el empleador no es contractual. De ser así, el empleador nunca sería lícito aplicar las "penas" de "amonestación" y "suspensión", ya que el incumplimiento del contrato, por parte del empleado, debería ser considerado incumplimiento, y, por tanto, el empleador, dentro de la idea de excepción del contrato incumplido, podría suspender su prestación o, según la gravedad, rescindir el contrato.

Por cierto, es muy común en el ámbito laboral (entre trabajadores, superiores jerárquicos y empresarios) la siguiente expresión coloquial: “manda quien puede, obedece quien necesita” o “manda quien puede, obedece a quien tiene juicio”. Estas expresiones, aunque prosaicamente, muestran inequívocamente el efecto práctico del poder punitivo en el origen del acoso moral laboral.

Además, aunque parezcan "inofensivas", detrás de tales expresiones se denuncian (observando el Diamante Ético): las fuerzas productivas (el proceso económico orientado a una mayor productividad y ganancia, con alienación del trabajador), las relaciones de producción (basadas en dominación como producto cultural), disposiciones (consistentes en el grado de conciencia sobre las posiciones ocupadas), historicidad (se naturalizan las causas históricas de la dominación), desarrollo (situación actual que impide el acceso al ambiente libre de acoso), las prácticas sociales (que refuerzan la opresión y dominación, bloqueando el proceso cultural), teorías (provenientes de doctrinas institucionalistas), valores (reforzando la “menor dignidad” del trabajador, que no posee capital y medios de producción), posiciones (privilegio del empleador y “desprivilegio” del trabajador), y las narraciones (cómo se definen las situaciones laborales, evitando la visualización de la opresión).

Aldacy Rachid Coutinho⁷⁷¹, que representa una posición de vanguardia en la doctrina jurídica brasileña, apoya la negación de tal "poder":

“Lamarca, casi solo en el rechazo del poder punitivo, como posición de supremacía de un sujeto sobre otro, afirma que es prerrogativa del Estado, como representante de una sociedad políticamente organizada, aplicar sanciones, así como afecta la igualdad de las partes contratantes, erigió la isonomía como principio constitucional [...] En un principio, no existen preceptos en la legislación laboral, ni en el Derecho común, que permitan al empleador imponer medidas sancionadoras, que vulnerarían el principio de legalidad. Incluso si existiera expresamente una ley que dispusiera tal potestad, estaría en absoluta contradicción con la norma constitucional que garantiza el respeto a la dignidad de la persona humana. Si hay primacía, es trabajo sobre capital; el capital es para el hombre y no el hombre para la empresa. [...] Existe una relación jurídica contractual entre empleado y empleador, contra la cual se crea una relación laboral legal. Se trata, por tanto, de un negocio realizado en el ámbito de las obligaciones y no de una relación personal de sujeción” (traducido).

Concluye la renombrada jurista⁷⁷²:

⁷⁷¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit., p. 230.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 236.

“La aplicación de castigos o penalidades al trabajador es absolutamente incompatible con una ley laboral basada en principios democráticos y dirigidos a la tutela y protección de los desfavorecidos, debiendo ser suprimida. La amenaza del castigo solo encubre la primacía del capital sobre el trabajo. La estructura contractual, máximamente laboral, no permite el reconocimiento de la supremacía de uno de los sujetos contratantes en relación al otro, para la aplicación de sanciones por la práctica de una falta. El derecho de propiedad es sobre los bienes, no implica dominación sobre las personas, y debe ejercerse en su función social. El tratamiento por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato debe ser tratado como incumplimiento de contrato y no generar sanción, aunque no exista penalidad para el empleador incumplidor” (traducido).

Así, para combatir eficazmente el acoso psicológico es fundamental un cambio de paradigma que afecte sustancialmente la forma de pensar y concebir la relación laboral de poder-sometimiento, con incisiones en aspectos básicos en la construcción de la dogmática laboral tradicional.

A partir de las lecciones de Herrera Flores, además de la idea de abandonar los restos de las teorías fascistas del institucionalismo y el rechazo al poder de castigo del empleador, hacemos una propuesta “subversiva” (al estilo del jusfilósofo sevillano) y transformadora de la dogmática tradicional.

4.1.4 El algoritmo de riqueza humana

Los algoritmos, aunque existen desde la antigüedad, han sido ampliamente utilizados por las empresas hoy en día como una herramienta para optimizar la productividad y los beneficios.

En efecto, el algoritmo no es más que una secuencia finita de acciones ejecutables, razonamientos, operaciones o instrucciones dirigidas a la solución de un determinado problema dado o para que logre un propósito específico. Según Dasgupta, Papadimitriou y Vazirani, *“los algoritmos son procedimientos precisos, inequívocos, mecánicos, eficientes y correctos”*.⁷⁷³

Tienen las siguientes características: finitud (el algoritmo tiene un objetivo específico para resolver el problema, que finaliza su función); definición (los actos deben definirse para ser entendidos); efectividad (deben resolver el problema propuesto, anticipando la posibilidad de fallas); lógica sistemática (los actos deben seguir una cadena lógica, formando un sistema).

Además es importante señalar que el algoritmo no representa, necesariamente, un programa de computadora, sino los pasos necesarios para llevar a cabo una tarea. De la misma

⁷⁷³ Disponible em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Algoritmo>> (Acesso em 25.11.2020).

forma, es fundamental comprender que el algoritmo se justifica por el resultado que pretende lograr. De esta forma, una secuencia de instrucciones sencillas puede volverse cada vez más compleja, según las necesidades, obstáculos u otras situaciones que se presenten, con el fin de contemplar todos los escenarios posibles.

La implementación de algoritmos en un programa informático normalmente la realiza un ser humano, pero también puede ser realizada por un ordenador u otro tipo de autómeta (que, por supuesto, fueron previamente programados por seres humanos).⁷⁷⁴

En términos de claridad, el algoritmo no tiene valor en sí mismo y no puede ser considerado, por tanto, *a priori*, como algo positivo o negativo (algo beneficioso o perjudicial). El "valor" será incluido por el ser humano que opera el sistema.

En la sociedad posmoderna en la que vivimos, los algoritmos son utilizados en la world wide web (*internet*) por varias empresas (desde redes sociales o búsquedas en *internet*), como *Facebook, Instagram, Google, Twitter y Youtube*. De esta forma, la inserción de algoritmos permite una potencialización del “marketing digital”, aumentando el consumo y, en consecuencia, la producción. De hecho, el aumento de la productividad es uno de los tipos, como ya se analizó, de acoso empresarial.

Uno de los ejemplos más emblemáticos del uso de algoritmos, con efectos innegables en las relaciones laborales, se da en las plataformas de economía colaborativa digital, de las cuales la más notoria es la empresa *Uber*.

El bullying corporativo (o acoso moral empresarial), en la búsqueda de una mayor productividad y rentabilidad, se basa en la misma idea de subordinación subjetiva, aunque se lleve a cabo por medios telemáticos. Esto se debe a que, aunque ya no existe ningún contacto directo con el empleador (o superior jerárquico), en estas plataformas digitales, no hay duda de que la demanda de mano de obra, por más de 14 o 16 horas diarias (recordando los tiempos de la primera revolución industrial, en Inglaterra), para que el trabajador pueda alcanzar un valor salarial para afrontar su mínimo existencial, sólo demuestra que el empresario sigue apropiándose del subjetivismo del trabajador, “cosificándolo”. Es una forma (contemporánea)

⁷⁷⁴ La “inteligencia artificial” (IA) o “artificial intelligence” (IA) ya está reconocida como una rama de la ciencia, con cierta autonomía, teniendo como objeto de estudio la idea de que se puede crear una inteligencia similar a la humana. Investigadores del área señalan como objeto de investigación el estudio de los “agentes inteligentes”, los cuales pueden definirse como sistemas que perciben su entorno y toman acciones que maximizan sus posibilidades de éxito en la resolución de sus problemas. Sin embargo, queda claro que la IA presupone el existencia previa de seres humanos (con inteligencia natural), la idea de que el cerebro humano será reemplazado puede ser considerada un mito. Sin embargo, es cierto que el uso de la IA por parte del emprendedor, dentro de un sistema capitalista “deshumanizado”, debe promover la reducción de empleos formales, la precariedad del trabajo, el aumento exponencial de la pobreza, el aumento de la acumulación de riqueza por parte de la minoría emprendedora, etc.

de explotación capitalista, con la única diferencia de que se lleva a cabo por medios tecnológicos o telemáticos.

Según Herrera Flores, al desarrollar su teoría crítica, basada en la idea de la dignidad humana, al optar por el criterio de la “riqueza humana”, la idea de “universalismo desde el inicio” (“*a priori*”) debe ser abandonada, partiendo de la imposición de ciertos criterios (hegemónicos) que sirven de paradigma universal para toda la humanidad, con el fin de adoptar la noción de “universalismo de llegada” (“*a posteriori*”), siendo posible, por tanto, que todas las culturas ofrezcan sus opciones y posibilidades en pie de igualdad. Así, la teoría desarrollada por el jusfilósofo de Triana consiste en buscar un criterio que exprese la necesidad humana de “*caminar hacia lo propiamente humano: es decir, la vida, la acción y la lucha por la dignidad*”⁷⁷⁵.

Así, a partir de la idea holística de la persona humana, el criterio que servirá como "no imperialista o colonialista" del "humano universal" será el de la "riqueza humana", con el desarrollo de las capacidades emancipadoras y la construcción de condiciones que permitan la apropiación y desarrollo de estas capacidades por parte de individuos y grupos.⁷⁷⁶ Por tanto, la riqueza humana, adoptada como criterio formal, tendrá su contenido cumplido por el proceso de construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que permitan la lucha contra procesos que impiden el acceso igualitario a los bienes materiales e inmateriales.⁷⁷⁷

Para Herrera Flores, por tanto, es necesario construir un espacio público (con la “*reapropiación del centro de gravedad de la acción política*”), basado en la democracia participativa, y el “elemento político” debe entenderse como un instrumento en el que la gente ponga en práctica sus virtudes y su conocimiento desde sus realidades.⁷⁷⁸⁻⁷⁷⁹ La riqueza humana

⁷⁷⁵ GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. Pensamento crítico em derechos humanos. La propuesta de Joaquín Herrera Flores. In: **Sem direitos não há justiça**: pensando os Direitos Humanos desde o Poder Judiciário. Lúcia Rodrigues de Matos e Manuel Eugenio Gándara Carballido (Orgs.); Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região – Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2020, p. 30.

⁷⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷⁷ In: HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...** Op. Cit., p. 181: “...el proceso de construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que nos permitan luchar contra los procesos que nos impiden acceder igualitariamente a los bienes materiales e inmateriales”.

⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 182-183.

⁷⁷⁹ HERRERA FLORES propone el mantenimiento de una triple estrategia antisistémica: “1) ocupar espacios de lo a-legal, tradicionalmente olvidados por el liberalismo político; 2) gestar transformaciones culturales críticas; y 3) potenciar el protagonismo popular de la ciudadanía”. *Idem*.

encuentra "contenido material" en la intensificación participativa y de la toma de decisiones en democracia.⁷⁸⁰

Así, utilizando las enseñanzas de Herrera Flores, y teniendo en cuenta que los algoritmos se han colocado en los programas informáticos de las empresas solo con criterios que apuntan a una mayor productividad y rentabilidad, conduciendo a una inexorable "espiral de explotación humana", a través del acoso moral, se propone adoptar el "algoritmo de riqueza humana", como una forma en la que los trabajadores (colectivamente, por sindicatos, asociaciones e incluso a través de garantías ofrecidas por el Estado) puedan participar en la entrada de datos y criterios en los algoritmos, combinando, de manera armónica y equilibrada, las necesidades de los consumidores (con la práctica de valores razonables, permitiendo el acceso igualitario, especialmente a los más necesitados del servicio o producto), el control de la productividad (respetando la dignidad del ser humano, con jornada laboral dentro de los parámetros de dignidad: nunca más de 8 horas diarias, observando pausas intradiarias, entre jornadas de trabajo, entre semanas y anualmente), ganancias (dentro de parámetros razonables, éticos y suficientes para una "vida cómoda" del capitalista) y un salario que pueda mantener a los trabajadores y sus familias con una vida digna (¡que valga la pena vivir!).

Dichos criterios pueden ser incluidos, a través de fórmulas matemáticas, en los algoritmos y programas informáticos de las plataformas digitales, siempre permitiendo un reajuste, cuando se distorsiona su objetivo final (la dignidad del ser humano). De hecho, el propio algoritmo podría predecir cualquier "paso en falso" y proceder con la corrección de la ruta, siempre hacia el más alto principio de dignidad humana.⁷⁸¹

Sin embargo, no basta con cambiar la dogmática jurídica, sin una nueva visión del proceso cultural que produce las normas jurídicas.

⁷⁸⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento. Florianópolis: CESUSC, 2007, p. 124.

⁷⁸¹ Un primer paso en esta dirección parece que ya se ha dado en España, como informa el diario El País, el 10.03.2021, al comentar sobre la "Ley de Riders": *"El decreto pactado contiene una novedad importante e inesperada al principio de la negociación: incluye la obligación de que las empresas tengan que informar a los representantes de los trabajadores "de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles"*. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2021-03-10/trabajo-y-los-agentes-sociales-cierran-el-acuerdo-sobre-la-ley-de-riders-y-algoritmos.html>.

4.2 Proceso cultural regulatorio abierto o flexible

Como se ha visto, existen procesos culturales reguladores y emancipadores. Los procesos culturales regulatorios o ideológicos, como regla, imposibilitan a los sujetos sociales la creación de productos culturales, bloqueando así cualquier intención de intervención en los contextos en los que se ubican.

Por otro lado, los procesos culturales emancipatorios o interculturales, por el contrario, abren circuitos de reacción cultural, permitiendo así que los actores sociales reaccionen, creando producciones culturales a partir de los contextos vividos. El derecho es, por excelencia, un ejemplo de proceso cultural normativo o ideológico. Por lo tanto, como regla, cierra el circuito de la reacción cultural, imposibilitando los intercambios.⁷⁸²

Es evidente que el derecho no tiene función emancipadora, como bien advierte Boaventura de Souza Santos⁷⁸³. Sin embargo, es posible introducir un aspecto emancipatorio en la Ley, mediante la inclusión de institutos que permitan una “apertura” o “flexibilidad” en este proceso cultural (aunque regulatorio).⁷⁸⁴ Además, ya se ha visto que los procesos culturales, precisamente por ser productos humanos, no son "exclusivamente" de una especie u otra, sino que son "predominantemente" de una especie. Así, de hecho, los procesos culturales pueden oscilar entre dos antípodas (polo emancipatorio y polo regulador).

⁷⁸² Como enseña Enéas Bazzo TORRES: “El Derecho, así, no puede ser objeto de una “ciencia del Derecho”, en los términos en que se desarrollaron también otros dominios científicos en la Modernidad, a través de un proceso de racionalización eminentemente instrumental. “Juridicizar” lo social significa modificar la forma de conectar el mundo sistémico con el mundo de la vida, en el cual el Derecho se convierte de un dominio negativo y operacional de actuación, estratégico, a un elemento intrínseco, garante y dinamizador del diálogo liberado y de la “publicidad” como principio fundamental de todo el mundo público” (traducido); (In: Intersubjetividade, direito e justificação do poder: perspectiva habermasiana. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 32, out. 2006. p. 60; traducido).

⁷⁸³ En: Poderá o direito ser emancipatório ? **Revista crítica de direitos sociais**, 65, maio 2003, p. 71.

⁷⁸⁴ Advierte Manuel E. GÀNDARA CARBALLIDO: “El derecho en sí no puede servir para emanciparnos del sistema de relaciones sociales que están en la base del propio corpus jurídico. Pero el derecho sí podrá utilizarse emancipadoramente si lo entendemos enmarcado en un conjunto más amplio de garantías de los resultados de las luchas sociales; es decir, en un sistema de garantías que incluya la capacidad humana de transformación de los modos dominantes de acceso a los bienes y se extienda, asimismo, al control de aquellos poderes que tradicionalmente han sido excluidos de los controles jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales: es decir, democráticos. Para Herrera Flores, por tanto, una teoría crítica del derecho debe asumir un uso de éste que se proponga, al mismo tiempo, el reforzamiento de las garantías jurídicas ya reconocidas, y el empoderamiento de los grupos más vulnerables para avanzar así en la lucha por nuevas formas de acceso a los bienes protegidos por el derecho que sean a la vez más igualitarias y generalizadas. Lo jurídico, lo ético y lo político están necesariamente co-implicados en esta propuesta teórica con amplios alcances prácticos. Op. Cit., p. 28.

En efecto, además de superar el paradigma que surge de la concepción subjetiva o personal de la subordinación, es posible incluir en el ordenamiento jurídico instituciones que permitan ablandar o cesar (aunque inicialmente, de forma represiva, a través de decisiones emitidas por el Poder Judicial) el acoso moral laboral. Tales institutos, previstos por la ley, necesitan una tipicidad abierta y deben funcionar como una "ventana abierta" a la realidad o al contexto social, permitiendo así al juez examinar los contextos en los que se desarrollan las relaciones, frenando o corrigiendo injusticias⁷⁸⁵.

Así, los principios que bloquean el circuito de reacción cultural pueden modificarse considerablemente: con la eliminación o abandono de las diferencias discriminatorias entre empleado y empleador (principio de dominación); cuando el trabajador toma conciencia de su dominación/opresión personal y, por tanto, deja de ser un complemento de la dominación (principio de complementariedad o individuación); cuando el trabajador deja de aceptar la dominación como algo natural y necesario (principio de necesidad); cuando se abandona el sentimiento de inferioridad, con conciencia de la situación real de opresión (principio de victimización).

De esta forma, la función social del contrato, el abuso de derechos y la buena fe objetiva constituyen ejemplos de institutos de un proceso cultural regulatorio abierto o flexible, en derecho material. Ejemplos en derecho procesal son las acciones colectivas (acción civil pública y acción civil colectiva) y la cosa juzgada subjetiva flexible, con el cambio en el concepto de proceso (y el abandono de la idea de atomización por la de molecularización procesal).

4.2.1 La función social del contrato

Dentro de la idea de un proceso cultural regulador abierto o flexible, el instituto de la **función social del contrato** surge como un instrumento de derecho material para prevenir y reprimir la práctica del acoso psicológico en el trabajo.

Considerando la idea de la función social del contrato como un verdadero vector-principio del ordenamiento jurídico, es inevitable reconocer que está influenciado por el contexto social, revelando su permeabilidad a los hechos. Así, el vínculo entre el contenido de

⁷⁸⁵ Antonio Carlos WOLKMER enseña que el uso alternativo del derecho: "el uso alternativo de una técnica interpretativa liberadora, procura minar y transformar el ordenamiento jurídico positivo dentro de los horizontes de la propia legalidad oficial estatal, sin tener como preocupación específica el crear y el desarrollar otros núcleos de regulación fuera del Estado, que provienen principalmente de las prácticas autónomas y espontáneas del poder comunitario". In: **Pluralismo...** Op. Cit., p. 254.

la noción de función social y la narrativa dominante en la sociedad es innegable. Es necesario señalar, sin embargo, que, en el pasado, la función social del contrato ya asumió la concepción de un discurso que legitimó los valores ideológico-políticos. Sin embargo, esta inadecuada concepción de la función social no rindió frutos, quedando olvidada.⁷⁸⁶

Así, la función social del contrato puede asumir tanto una concepción de funcionalización de las posiciones jurídicas individuales, como la idea de consagrar principios constitucionales (como reflejo de la constitucionalización del Derecho Privado). De hecho, la función social del contrato puede verse bajo el aspecto de la “funcionalización de las posiciones jurídicas individuales”, como en relación con la propiedad, la empresa y la autonomía de la voluntad. Así, la función social del contrato ejerce un “control”, permitiendo la búsqueda de una adecuación contractual efectiva y, con ello, sirve para identificar la mejor forma de lograr una “igualdad sustancial”. A partir de esta concepción, se descartan situaciones contractuales injustas, que terminan quitando la naturaleza del contrato como "técnica de intercambio" eficaz, debido a la preponderancia del polo contratante más fuerte desde el punto de vista económico, contractual y jurídico.

Otra noción importante que surge de la función social del contrato es que es “un reflejo de la constitucionalización del derecho privado”, contaminando el contrato con los principios constitucionales que sirvieron de fundamento genético del orden jurídico-constitucional. La idea del paradigma contractual clásico de que el contacto debe ser una fuente de satisfacción exclusiva de los intereses de las personas ya no puede prevalecer. Aumenta el interés de la colectividad (o social) como base contractual. El contrato ya no puede verse como un fin en sí mismo, sino que también debe tener una dimensión y un propósito social.

En este contexto, la función social de los contratos asume los siguientes objetivos: la implementación del proyecto constitucional en el contexto de las relaciones privadas (los ideales de hermandad y solidaridad pasan a formar parte de la teoría contractual, en la versión de la función social); la búsqueda de la justicia social (permite una nueva dimensión del ideal de justicia social, en relación con los deberes de todas las personas dentro de la sociedad)⁷⁸⁷; la

⁷⁸⁶ Es importante señalar que uno de los primeros aspectos de la función social del contrato lo presentó el Derecho italiano, a finales de la segunda mitad del siglo pasado, en el que se impuso como forma la utilidad social de negociar pactos de colaboración con el régimen autoritario fascista.

⁷⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto enseña: “*La tendencia del derecho contractual moderno es desterrar del mercado en su conjunto (y no solo en el mercado de consumo) el 'abuso de una posición de dominio contractual', de modo que incluso entre los empresarios las violaciones de los principios éticos (de bien-objetivo fe, desequilibrio económico, perjuicio, etc.) debe comprometer la validez de los contratos y cláusulas*” (p. 74). Cláudio Luiz Bueno de Godoy refuerza este entendimiento: “*Se afirma entonces que, bajo el aspecto de promover*

limitación del principio de libertad contractual (la función social del contrato debe impedir que la función económica se desarrolle sin respetar el principio de dignidad humana)⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹; la protección de los valores ambientales (vínculo con la sostenibilidad ambiental); el criterio de efectividad del contrato (la función social pasa a formar parte del contrato, siendo uno de sus elementos⁷⁹⁰, como precepto de orden público, de observancia obligatoria⁷⁹¹).

De esta forma, la función social puede tener una misión importante para el intérprete de la ley, permitiendo identificar y frenar varios casos concretos de acoso moral laboral, que naturalmente se camuflarían en la perspectiva contractual clásica.

la solidaridad, el contrato, en su función actual, debe tener un efecto distributivo, lo que también significa entenderlo como un instrumento no solo de racionalización de actividad económica, pero también, además de esto, como objetivo principal de garantizar o incluso facilitar el acceso al consumo". (In: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: os novos princípios contratuais, p. 129; traducido).

⁷⁸⁸ En sentido convergente es la conclusión presentada en la Jornada de Derecho Civil promovida por el Consejo Federal de Justicia, en el resumen n. 23: "*La función social del contrato, prevista en el art. 421 del nuevo Código Civil, no elimina el principio de autonomía contractual, pero mitiga o reduce el alcance de este principio, cuando están presentes intereses metaindividuales o intereses individuales relacionados con la dignidad de la persona humana*" (In: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**, p. 97; traducido).

⁷⁸⁹ En este diapasón, Antonio Junqueira de AZEVEDO: "*No es posible que, a finales del siglo XIX, los principios del derecho contractual se limitaran a los de la "survival of the fittest", en el gusto de Spencer, en el apogeo del liberalismo desenfrenado; sería una "pizarra en blanco" de todo lo que ha sucedido en los últimos cien años. La reducción actual del campo de acción del Estado no puede significar la pérdida de la noción conquistada con tanto sufrimiento, de tantos pueblos y tantas revoluciones, de la "armonía social". El objetivo hoy es el equilibrio entre sociedad, Estado e individuo. El contrato no puede considerarse como un acto que concierne únicamente a las partes; de lo contrario, volveríamos a un capitalismo salvaje, en el que la victoria se da precisamente a los menos escrupulosos. Con el Estado reducido, ahora es necesario saber armonizar la 'libertad individual' y la solidaridad social*" (In: Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: **RT**, p. 119-120; traducido).

⁷⁹⁰ El único párrafo del artículo 2035 del Código Civil brasileño determinó expresamente que "*ninguna convención prevalecerá si contraviene los preceptos de orden público, como los establecidos por este código para asegurar la función social de la propiedad y los contratos*".

⁷⁹¹ Em las palabras de Vilaça de AZEVEDO: "*Para que este espírito de hermandad en los contratos se mantenga, en el ámbito del derecho interno, los Estados modernos han recurrido a normas contundentes, interfiriendo en los contratos, con su voluntad soberana, para evitar perjuicios*". (In: O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis), aspectos controvertidos do novo código civil, escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003. p. 33; traducido).

4.2.2 El abuso de derecho y la buena fe objetiva

El **abuso de derecho** aparece como un instituto que limita el poder de mando del emprendedor.

La noción de abuso de derecho o ejercicio jurídico disfuncional⁷⁹² tiene sus raíces en los orígenes de la ciencia jurídica, en el derecho romano, desarrollándose en la Edad Media (período en el que la sociedad vivía en permanentes conflictos internos, con luchas entre vecinos, señores feudales y siervos, Estado e Iglesia, multiplicándose el ejercicio abusivo de derechos con el único fin de perjudicar a terceros, consoante se estudió previamente) y renace en Francia, en el siglo XIX, como respuesta al individualismo exacerbado resultante de la victoria de la burguesía en la Revolución Francesa.⁷⁹³

Fernando Augusto Cunha de Sá, a su vez, enumera las tres posibilidades de conducta del titular de un derecho subjetivo: (a) tal conducta se ajusta bien a la estructura del derecho subjetivo ejercido, es decir, a su forma, o al valor normativo inherente a ella; (b) la conducta

⁷⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais**: notas sobre os critérios do artigo 187 do código civil. São Paulo: Revista do Advogado, v. 96, 2008. p. 58.

⁷⁹³ En Derecho Comparado, el instituto ya se encuentra en varios códigos. Ver: art. 334 del Código Civil portugués (Abuso del derecho. Es ilegítimo ejercer un derecho, cuando el titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o por la finalidad social o económica de ese derecho); Arte. 8, § 1, de la Constitución de Portugal (Los ciudadanos siempre deben hacer uso de ellos [derechos individuales, libertades y garantías de los ciudadanos portugueses] sin ofender los derechos de terceros, ni perjudicar los intereses de la sociedad o los principios morales); art. 281 del Código Civil de Grecia (el ejercicio de un derecho está prohibido si excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o por el propósito social o económico del mismo derecho); Arte. 1.071 del Código Civil de Argentina (El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir un acto ilícito. La ley no admite el ejercicio abusivo de los derechos. Buena fe, moral y buenas costumbres); § 226 del Código Civil de Alemania - BGB (Prohibición de engaños. No se permite el ejercicio de un derecho que no tenga otro propósito que causar daño a otros); Arte. 2 del Código Civil Suizo: ([B. Contenido de las relaciones jurídicas; I. Actuar de buena fe]. Toda persona debe, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, actuar de buena fe. El abuso de un derecho no encuentra protección legal); Arte. 135 del Código Civil de Polonia (Cualquiera que, intencionalmente o por negligencia, en el ejercicio de su derecho cause un daño a otro, que exceda los límites establecidos por la buena fe y para el propósito para el cual este derecho le fue conferido, está obligado a reparar lo); Arte. 2 del Código Civil del Perú (La ley no admite el abuso de derechos); Arte. 1.912 del Código Civil de México (Cuando el ejercicio de un derecho cause daño a otros, existirá la obligación de indemnizarlo si se comprueba que el derecho solo se ejerció con el propósito de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho.); Arte. 1.185 del Código Civil de Venezuela (Quien en forma intencionada o negligente cause daño a alguien, está obligado a repararlo. Quien haya causado daño a otra persona excediendo el ejercicio de su derecho también debe ser reparado, dentro de los límites establecidos por la buena fe y para el objeto para el cual se ha concedido el derecho); Arte. 2 del Código Civil de Turquía (Cada uno está obligado, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, a respetar las reglas de la buena fe. El abuso de derechos que perjudique a un tercero no está protegido por la ley); Art. 148 del Código Civil de China (el objetivo principal de ejercer un derecho no puede ser dañar a otro). In: CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35 a 48.

del titular es, en sí misma, contraria o distorsionada por la estructura jurídica formal de la ley subjetiva de que se trate; (c) la conducta cumple en su materialidad, “in actu”, la forma del derecho subjetivo que se pretende ejercer, pero, al mismo tiempo, se rebela contra el sentido normativo interno de tal derecho, es decir, contra el valor que sirve como base legal.⁷⁹⁴

En la primera situación, existe un ejercicio regular y legítimo del derecho; en el segundo, hay un acto ilícito; y, en el tercero, existe una situación de abuso de derechos o ejercicio jurídico disfuncional.

Cunha de Sá prescribe que el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo está en la “[...] una oposición entre completar la estructura formal del derecho subjetivo en cuestión, cualquiera que sea, y el valor que fundamenta legalmente el sentido teleológico del mismo derecho”, haciendo una comparación, por lo tanto, entre la “materialidad concreta del comportamiento” con su axiología. Arremata:

“En consecuencia, esta misma discrepancia u oposición entre intención normativa y forma calificada puede encontrarse incluso cuando la calificación en cuestión no es la de derecho subjetivo. En todas y cada una de las prerrogativas legales, se nos da una estructura que está fundamentada axiológicamente; si el sujeto viola el sentido íntimo de la facultad que le es reconocida u otorgada, si su comportamiento concreto es el opuesto al valor que materialmente lo preside y guía pero se enmascara, en apariencia, con respeto a los límites lógico-formales de la norma que la otorga o la reconoce, si pretende (o esconde) los marcos estructurales de una facultad dada, nos encontramos ante la misma realidad dogmática que técnicamente ha sido individualizada como un abuso del derecho” (traducido).⁷⁹⁵

El abuso de derechos debe ser incluido en el sistema legal como una cláusula general, similar a lo que ocurre en el sistema brasileño.⁷⁹⁶

Judith Martins-Costa⁷⁹⁷ conceptualiza la cláusula general de la siguiente manera:

“Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la cláusula general es una disposición normativa que utiliza, en su enunciación, un lenguaje intencionalmente ‘abierto’, fluido o vago, caracterizado por la amplia extensión de su campo semántico, que se dirige al juez. con el fin de otorgarle un mandato para, ante casos específicos, crear, complementar o desarrollar normas legales, remitiéndolas a elementos cuya implementación puede estar fuera del sistema. Como esto sucede a través de una

⁷⁹⁴ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 465.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 615 a 617.

⁷⁹⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁷⁹⁷ MARTINS-COSTA. Judith. **A boa-fé...** Op. Cit.

exposición razonada, los elementos extra-sistemáticos son re-sistematizados. La diferencia de otras normas, formadas mediante la técnica de la casuística, cuyo criterio de valoración ya se indica con relativa claridad - desarrollándose a través de los diversos métodos de interpretación -, la cláusula general introduce en el ámbito normativo en el que se inserta un criterio adicional de relevancia jurídica, en vista de esto, el juez selecciona ciertos hechos o comportamientos para confrontarlos con un determinado parámetro y buscar, en ese enfrentamiento, ciertas consecuencias legales, las cuales no están predeterminadas. De ahí una distinción fundamental: las normas cuyo grado de vaguedad es mínimo implican que el juez sólo tiene el poder de establecer el significado del enunciado normativo; Con respecto a las reglas formuladas a través de una cláusula general, el juez tiene un poder extraordinariamente más amplio, ya que no solo estará estableciendo el significado del enunciado normativo, sino igualmente, creando una ley, completando la *fattispecie* y determinando o calificando las consecuencias” (traducido).

La jurista enseña que la ilegalidad en el abuso de derechos está en la "desmesura" de la forma utilizada por el titular del derecho para obtener un fin lícito o el "desfasaje" en el ejercicio del derecho en relación con el objetivo perseguido por el ordenamiento jurídico. El abuso de derechos no debe, por tanto, centrarse en la sanción de la intención (intención en la acción y en el resultado), sino en la "relevancia finalista y funcional" de la conducta del agente.⁷⁹⁸

El abuso de derechos o el ejercicio disfuncional de un derecho no tiene sanción específica, pudiendo tener, según el examen del caso concreto, la nulidad del acto empresarial, la responsabilidad civil o la neutralización del derecho (ineficacia del derecho, como si no hubiera existido).

No cabe duda, por tanto, de que el abuso del derecho del empresario a organizar la empresa está intrínsecamente ligado al acoso moral en el lugar de trabajo, de ahí que el citado instituto se convierta en un importante instrumento del derecho material en la búsqueda de un medio ambiente laboral sano.

⁷⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais**: notas sobre os critérios do artigo 187 do código civil. São Paulo: Revista do Advogado, v. 96, 2008. p. 58.

La **buena fe** es un principio general de derecho⁷⁹⁹ que, además de permitir la implementación del plan de valor de un ordenamiento jurídico, tiene trascendencia en materia contractual, por ser uno de los elementos de la propia estructura contractual⁸⁰⁰.

La buena fe representa un ideal, es decir, un modelo de conducta que expresa un comportamiento medio en un contexto social determinado. De hecho, depende de interpretaciones basadas en nociones imprecisas y cambiantes, cuyo contenido puede variar según las condiciones culturales⁸⁰¹. Guiarse por la buena fe significa actuar de acuerdo con los preceptos éticos cultivados por la comunidad, siempre dentro de un ideal de justicia, de comportamiento integro y honesto.

La expresión "buena fe" está, desde el punto de vista semántico, dotada de "vaguedad" o "apertura" y, por tanto, depende de una adecuada implementación dentro de un enfoque contextual⁸⁰².

⁷⁹⁹ Noemi NICOLAU enseña que la buena fé es: “*Un principio general del derecho que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. En él tienen su fuente otros principios ordenadores de la vida jurídica, tales como el principio de confianza, y los principios que fundamentan la teoría del abuso de derecho, la doctrina de los propios actos, la teoría de la lesión subjetiva-objetiva, la teoría de la imprevisión. Creemos que todos ellos derivan de la buena fe y que, si bien por haber alcanzado perfiles propios, se le reconoce autonomía, en esencia, constituyen aplicaciones concretas de aquella.*” (In: **El rol de la buena fé en la moderna concepción del contrato**. Tratado de al buena fe en el derecho, p. 323). Luis DÍEZ-PICAZO, por otro lado, advierte que: “*Al enfrentarnos con el tema de la buena fe conviene no perder de vista que son probablemente dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe. Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo: el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo (art. 69 CC); el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa legalmente la posesión (art. 451 CC); para que la renuncia del contrato de sociedad surta efecto, ‘debe ser hecha de buena de en tiempo oportuno’ (art. 1705, apartado 2, CC). Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general de derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adotar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in: contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe*” (In: **Prólogo à obra El principio general de la buena fe**, de Franz Wieacker. Editorial Civitas, 1977).

⁸⁰⁰ NICOLAU, Noemi Lída. **El rol de la...** Op. Cit., p. 329 e 323.

⁸⁰¹ CARPENA, Heloisa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 84.

⁸⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro. **RF**, v. 382. p. 119. La autora complementa ratificando: “*Esto significa decir que la expresión buena fe no tiene un contenido 'inmanente' o 'sustancialista', sino contextual, estrechamente ligado a las circunstancias, a los 'factores vitales' que determinan el contexto de su aplicación. Hay, por supuesto, un contenido mínimo --el ciceriano 'honeste vivere' -- pero la especificación de este contenido siempre será 'relacional' con los demás datos del contexto en el que se produjo el incidente, incluidos los datos que surgen del fenómeno de la pre comprensión*”. (p. 120).

En Derecho, la noción de buena fe puede admitir diferentes significados, debido al contexto en el que se materializa. La buena fe puede tipificarse como subjetiva u objetiva y también puede entenderse como lo opuesto a la mala fe (en esta concepción se valora el elemento alma, ya que resulta del estado de ánimo del sujeto). Por otro lado, la buena fe objetiva se utiliza como indicador de comportamiento de lealtad, honestidad e integridad.

En el ámbito empresarial, el aspecto objetivo de la buena fe adquiere especial distinción, ya que introduce, en las prácticas de las partes, un sentido de honestidad, capaz de producir expectativas legítimas dignas de amparo legal.

La buena fe objetiva puede tener los significados de corrección, fidelidad, consistencia, cuidado, cooperación, razonabilidad, justicia, decencia, sentido ético común, solidaridad y lealtad⁸⁰³, todos comprometidos con un nuevo concepto de contrato, que debe servir no solo como un instrumento para los logros económicos, sino que también debe permitir el establecimiento de una relación justa y solidaria, con la consagración de los valores comunitarios, solidarios y sociales.

El principio de buena fe confiere la idea de relevancia del componente "extrapersonal" de la estimación de la conducta, constituido por la valoración social de los actos y procedimientos empresariales.⁸⁰⁴

El principio de buena fe objetiva refleja la idea de la existencia de un modelo ideal de conducta social. La buena fe es una regla de comportamiento basada en la honestidad, rectitud, lealtad, imponiendo un deber de conducta no abusiva y razonable.⁸⁰⁵ Consiste en la aceptación y exigencia de observar un comportamiento considerado paradigmático que debe acompañar al ejercicio de cualquier derecho subjetivo, bajo pena de ser considerado antilegal.

El análisis de la buena fe implica la necesidad de aceptar un derecho pluralista⁸⁰⁶, dotado de una variedad de fuentes legales y metajurídicas, acercando el razonamiento jurídico al

⁸⁰³ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 86. La autora explica: "*La noción de buena fe es imprecisa, fluida y cambiante, variando no solo como resultado de los cambios en el orden económico, sino principalmente en términos de los incesantes y rápidos cambios culturales que caracterizan a la llamada posmodernidad*".

⁸⁰⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios Fundamentales de los Contratos**, p. 486.

⁸⁰⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. "Os princípios jurídicos na relação obrigatória". In: **RA**, p. 139.

⁸⁰⁶ Vide: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo...** Op. Cit.

pensamiento de diferentes ramas del conocimiento⁸⁰⁷, y permitiendo así una interconexión esencial entre estos.

Esta es la realización de la lección de Boaventura de Souza Santos⁸⁰⁸:

“Vivimos en un mundo de porosidad y, por tanto, también de porosidad ética y jurídica, de un Derecho poroso constituido por múltiples redes de ordenamientos jurídicos que nos obligan a constantes transiciones y transgresiones. La vida sociojurídica de fin de siglo está constituida por la intersección de diferentes líneas de fronteras y el respeto por unos implica necesariamente la vulneración de otros” (traducido).

Cabe señalar también que el uso del principio de buena fe como técnica de interpretación contractual no debe resultar en el uso puro y simple de conclusiones lógicas, sino que debe proporcionar la realización de juicios de valor, imprimiendo un aspecto ético en la hermenéutica de la tarea, siempre guiada por el ideal de la justicia contractual, de acuerdo con los estándares sociales deseables, en una perspectiva contrahegemónica.⁸⁰⁹

En cuanto al acoso moral laboral, la función social del contrato, el abuso de derechos y el principio de buena fe son instrumentales no solo para el juez, de forma represiva, en casos puntuales (cuando ya se ha producido el daño), sino también, de manera preventiva, como guía para la acción en las prácticas sociales, incidiendo así en el cambio en la cultura jurídica.

4.2.3 Acciones colectivas

De nada sirve el cambio paradigmático en el concepto de subordinación en la relación laboral y la construcción de un instrumento de derecho material adecuado para la humanización de la relación laboral si no contamos con instrumentos procesales para hacer efectivos tales

⁸⁰⁷ ESCOBAR, Arturo. Atores, redes e novos produtores de conhecimento: os movimentos sociais e a transição paradigmática nas ciências. In: **Conhecimento prudente: para uma vida decente**. Porto: Afrontamento, 2003. p. 605 a 630.

⁸⁰⁸ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução: Wanda Capeller e Luciano de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 239. Heloisa Carpena observa que “*O reconhecimento da multiplicidade de fontes do vínculo contratual é expressão da despatrimonialização do direito privado, que passa a ser informado por elementos morais*”. (In: **Abuso de direito nos contratos de consumo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 79).

⁸⁰⁹ En la lección de Carlos REZZÓNICO: “*La buena fe ayuda y orienta al análisis y ella misma asume por sí el alcance de regla interpretativa, quedando, desde luego, en primer plano el aspecto ético al impedir que por la observancia estricta del contenido del contrato éste se convierta en una asechanza para una de las partes.*” (In: **Principios fundamentales de los contratos**. p. 531).

cambios ante el Poder Judicial. Esto significa que los cambios en la ley material deben necesariamente ir acompañados de un cambio en la idea de proceso, con la introducción de nuevos mecanismos que permitan un fácil acceso al Poder Judicial (de manera simple y no burocrática), llegando al mayor número de trabajadores posible, incluido el cambio en el concepto de cosa juzgada rígida.

A continuación, analizamos algunos aspectos del derecho procesal colectivo que introducen, en cierta medida, un cargo emancipatorio o contrahegemónico, al menos en lo que respecta a la doctrina procesal clásica o tradicional, a saber: la acción civil pública, la acción civil colectiva y la cosa juzgada subjetivada flexible.

La **Acción Civil Pública** (ACP)⁸¹⁰, en el ordenamiento jurídico brasileño, emerge como un instrumento efectivo no solo de derechos colectivos (“lato sensu”), sino también de derechos individuales homogéneos en el campo de las relaciones laborales⁸¹¹.

Estos derechos se denominan metaindividuos y se dirigen no solo a la persona humana singularmente considerada, sino a la propia colectividad humana. Comprenden, en sentido amplio, los derechos de hermandad, es decir, el derecho al desarrollo, la paz, un medio ambiente sano, el patrimonio común de la humanidad, la comunicación, etc.

La ACP es vista como una garantía instrumental de derechos garantizados constitucionalmente, aunque no prevista en el capítulo de la Constitución dedicado a los derechos y garantías fundamentales. Si la ACP tiene como objetivo la defensa de intereses o derechos fundamentales, es pertinente incluirla en el listado de las denominadas cláusulas pétreas, ya que constituye una garantía fundamental al servicio de la ciudadanía y el cumplimiento de los demás principios que sustentan el Estado Democrático de Derecho.

La acción en foco siempre tiene como objetivo la defensa de intereses y derechos colectivos "lato sensu", incluyendo intereses difusos, intereses colectivos "stricto sensu" e intereses individuales homogéneos.

⁸¹⁰ La literatura relevante es extensa, por lo que solo se realizan unas pocas indicaciones bibliográficas, consideradas imprescindibles: MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTR, 20001; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁸¹¹ Vide: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo...** Op. Cit. P. 254-257.

En cuanto a su naturaleza jurídica, bajo el CDC⁸¹², en su art. 83, aplicado sistémicamente a la especie (LACP⁸¹³, art. 21), la ACP se convierte en un instrumento diseñado para asegurar la protección adecuada y efectiva de derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, que pueden tener carácter condenatorio, constitutivo y/o declaratorio.

A partir de la Constitución de la República de 1988 en adelante, el acceso de los trabajadores al Poder Judicial ganó otra vía, proporcionada por un subsistema denominado “jurisdicción laboral metaindividual”.⁸¹⁴

La ACP es, por tanto, una acción constitucional cuyo objetivo principal es promover la defensa de intereses o derechos metaindividuales. Nadie puede negar que el Estado social y democrático inaugurado a partir de la Constitución, que reconoce la existencia de derechos o intereses metaindividuales.

La aplicación del sistema ortodoxo liberal, individualista y burgués previsto en la CLT resulta absolutamente inválido para este propósito.

Para garantizar el goce de estos nuevos derechos masivos es condición necesaria la utilización de un proceso masivo, es decir, un sistema de acceso metaindividual, con reglas propias y específicas que permitan una adecuada disposición jurisdiccional.

Los derechos metaindividuales comprenden intereses individuales difusos, colectivos y homogéneos. En doctrina y jurisprudencia existen diferentes posiciones en cuanto a la identificación precisa de estas tres especies, las cuales, por cierto, tienen su definición legal en el art. 81, I a III, del CDC.⁸¹⁵

Para Nelson Nery Júnior⁸¹⁶ hay un error en la doctrina que pretende clasificar el derecho según la materia genérica, diciendo, por ejemplo, que el medio ambiente es difuso, el

⁸¹² Lei 8.078/90.

⁸¹³ Lei 7.347/85.

⁸¹⁴ Este subsistema no se basa en el CLT, sino en la aplicación conjunta de principios y estándares que mantienen una perfecta coherencia entre sí y que se encuentran en el CF, LACP, CDC y LOMPU.

⁸¹⁵ “Art. 81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y las víctimas puede ejercerse en los tribunales de forma individual o colectiva. Párrafo unico. La defensa colectiva se ejercerá cuando se trate de: I - intereses o derechos difusos, entendidos como tales, a los efectos de este código, transindividuos, de carácter indivisible, en poder de personas indeterminadas y vinculados por circunstancias fácticas; II - intereses o derechos colectivos, entendidos como tales, a los efectos de este código, transindividuales, de carácter indivisible que ostentan un grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica ; III - intereses o derechos individuales homogéneos, entendidos como aquellos que surgen de origen común” (traducido).

⁸¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

consumidor es colectivo, etc. Para él, la identificación de un derecho o interés individual difuso, colectivo u homogéneo debe tener en cuenta el tipo de reclamo que se realiza en los tribunales. Así, el mismo hecho puede dar lugar a una pretensión difusa, colectiva e individual; siendo, por tanto, el tipo de reivindicación que clasificará las especies de estos derechos. Lo importante para efectos de la protección jurisdiccional es lo que aporta el demandante al proceso, es decir, su objeto litigioso.

Estas consideraciones también son aplicables en el ámbito laboral, ya que un mismo hecho (o acto) laboral puede desencadenar daños a derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, resultando en la acción colectiva como medio apto y eficaz para protegerlos.⁸¹⁷

A diferencia de la Acción Civil Pública, la **Acción Civil Colectiva (ACC)**⁸¹⁸ no está expresamente previsto en la Constitución Federal. Su disposición es infraconstitucional, más precisamente en el título III de la CDC, aplicable en la jurisdicción metaindividual (art. 91).

La Acción Civil Colectiva es una acción específica para la defensa de derechos individuales homogéneos, los cuales son materialmente individuales, pero procesalmente colectivos, ya que, al tener un origen común, pueden ser tratados colectivamente en un mismo proceso, en el cual podrán figurar en el polo pasivo los legitimados del art. 82, CDC, entre los cuales esta el Ministerio Público.

En la defensa de los derechos individuales homogéneos, es necesario aclarar, estos legitimados actúan como sustitutos procesales, en la denominada legitimación extraordinaria, donde están los que actúan en su propio nombre, pero en interés de los demás. Los legitimados no acuden a los tribunales en defensa de sus intereses institucionales, como puede ocurrir en acciones en defensa de intereses difusos o colectivos, sino exactamente por la protección de derechos personales.

Fue precisamente la relevancia social de la protección colectiva de intereses o derechos individuales homogéneos lo que llevó al legislador ordinario a otorgar al Ministerio Público y

⁸¹⁷ Se menciona el ejemplo de la contratación de servidores públicos, bajo el régimen CLT, sin haber obtenido aprobación previa en concurso público. Este mismo acto de la Administración puede dar lugar a la presentación de demanda colectiva con: (a) pretensión difusa: promovida por el MPT en defensa de la masa indeterminada de potenciales candidatos lesionados o amenazados con lesionar su derecho a participar en el acto público; (b) reclamo colectivo "stricto sensu": promovido por el MPT, que tiene como objetivo la declaración de nulidad de todos los contratos laborales del grupo de servidores contratados ilegalmente; (c) reclamación individual homogénea: propuesta por el MPT, con el objetivo de que los servidores públicos, por estar contratados irregularmente y perfectamente identificados, continúen prestando el servicio público y mantenidos en sus respectivos puestos hasta que se realice el examen público, si estos servicios ponen su vidas en riesgo, la seguridad y la salud de las personas.

⁸¹⁸ MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 211 a 243.

otras entidades públicas o no públicas (como sindicatos y asociaciones) la legitimidad para actuar en este tipo de demandas, aunque se trate de intereses o derechos disponibles, de acuerdo, además, con la propia Constitución, que permite la atribución de otras funciones al Órgano Ministerial, siempre que sean compatibles con su objeto (art. 129, IX, CF). Y la dimensión comunitaria de las demandas colectivas, cualquiera que sea su objeto, es sin duda parte de la protección de los intereses sociales a que se refiere el art. 127, del CF.

La tramitación de la ACC, por todo lo dicho, es plenamente viable en el ámbito de la Justicia Laboral, siempre que sea de la competencia material del Juzgado del Trabajo, definida en el art. 114, de la Constitución Federal. Así, es perfectamente posible defender los derechos individuales de los trabajadores de una determinada empresa, vulnerados por acto común, que pueden ser defendidos colectivamente a través de la ACC, sobre todo si son derechos indisponibles, como casi todos los derechos laborales.

En cuanto a la legitimidad del MPT, se ve que es plausible, sobre todo si se basa en las normas de la CDC, relativas a la legitimidad del Ministerio Público. Como se destacó anteriormente, la CF/88 estableció en el art. 129, IX, la posibilidad de conferir al Ministerio Público otras funciones, siempre que sean compatibles con su objeto. Ahora bien, el objeto principal del Ministerio Público, de conformidad con el art. 127, de la Constitución Federal, es la defensa del orden jurídico, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales indisponibles.

En este diapasón, y con el fin de completar la interpretación sistemática sobre la legitimidad en foco, se destaca la norma prevista en la LC 75/93, que enuncia expresamente en su art. 6º, XII, la legitimidad del MPU para proponer ACC. Así, considerando que el MPT es entendido como una de las ramas del MPU (art. 128, CF), es imperativo reconocer la legitimidad del MPT para proponer ACC cuando tiene que defender derechos individuales homogéneos en el contexto de las relaciones laborales (art. 114, CF), actuando en este caso como sustituto procesal.

La interpretación de estas normas nunca podría concluir por la falta de legitimidad del MPT para defender derechos individuales homogéneos en el ámbito laboral, aun porque debe considerarse que el Ministerio Público tiene el deber de defender el orden jurídico, especialmente.

Finalmente, cabe señalar que el MPT también tiene legitimidad para defender derechos individuales homogéneos a través de la ACP, sin embargo, en este caso, defenderá junto a otro tipo de derechos o intereses, a saber, colectivos y/o difusos. Con ello, el medio adecuado que utilizará el MPT para defender derechos individuales homogéneos acumulados con derechos

difusos y/o colectivos es la ACP, según los arts. 6, VII, d, y 83, III, de LC 75/93. Por cierto, el término colectivo, presente en la última disposición mencionada, debe ser interpretado en un sentido amplio, entendiendo como derechos colectivamente considerados, englobando en él lo difuso, colectivo "*strictus sensu*" e individual homogéneo.

Cuando la acción deba involucrar solo derechos individuales homogéneos, el instrumento utilizado por el MPT será el ACC.

El uso de acciones colectivas por parte de sujetos colectivos (ya sea el MPT – de orden estatal - o sindicatos o asociaciones) constituye un gran avance en la búsqueda de la lucha contra el acoso moral laboral, que se evidencia, por regla general, como un fenómeno de carácter colectivo.

La crítica a hacer, en este punto, es el limitado número de sujetos colectivos previstos en la ley para hacer uso de acciones colectivas, con tendencia a la burocratización y restricción de la legitimidad de las colectividades.

4.2.4 Cosa juzgada flexible

La cosa juzgada se entiende como una cualidad especial de los efectos de la sentencia, que resultan inmutables e indiscutibles.⁸¹⁹

En el sistema tradicional, la cosa juzgada no afecta a terceros ajenos al proceso, limitándose únicamente a las partes a que se refiere la sentencia de fondo. En las acciones colectivas, sin embargo, tal solución es inadecuada, considerando que el proceso es conducido por una entidad legalmente legítima, en defensa de derechos pertenecientes a una colectividad (mayor o menor), casi siempre indeterminada.

El derecho positivo brasileño optó por el sistema de extensión de cosa juzgada a terceros "*secundum eventum litis*", es decir, para beneficiarlos en caso de que se otorgue la solicitud.

Así, en las acciones colectivas, atendiendo a las características de los intereses protegidos, se adoptaron las siguientes reglas: (a) en relación a los intereses difusos, la cosa juzgada será "*erga omnes*", aprovechando a todos los individuos de la colectividad y previniendo la interposición de una nueva acción, salvo que la sentencia meritoria sea inadmisibile por falta de pruebas, en cuyo caso cualquier parte legítima podrá interponer otra

⁸¹⁹ Imprescindível: SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 27, p. 37-54, mar. 2004.

acción, con el mismo fundamento, utilizando nueva prueba; así, también se opera la cosa juzgada "*secundum eventum litis*", ya que solo la decisión precedente generará consecuencias procesales para los miembros de la colectividad representados en la acción, en sus respectivos ámbitos individuales; (b) en relación a los intereses colectivos, la cosa juzgada será "*ultra partes*", considerando el alcance limitado de los miembros del grupo, categoría o clase representada, observando, al igual que los intereses difusos, la regla en caso de improcedencia debido a la insuficiencia de pruebas y los efectos de la decisión "*secundum eventus litis*", en caso de procedencia; (c) respecto a los intereses individuales homogéneos, la cosa juzgada será "*erga omnes*", beneficiando a todas las víctimas y sus sucesores, quienes podrán iniciar la liquidación individual y la ejecución de la sentencia.⁸²⁰

En caso de improcedencia de la pretensión por insuficiencia probatoria o rechazo de la solicitud, después de un examen previo completo del material probatorio, los perjudicados podrán interponer una acción individual, y la decisión en el proceso colectivo en relación a sus respectivos derechos no tendrá efecto lesivo, siempre que ninguno de ellos haya intervenido como parte solidaria en la acción civil pública.

En todo caso, según lo establecido en el párrafo 3 del art. 103 de la CDC, los efectos de cosa juzgada ("*erga omnes*" y "*ultra partes*") no perjudicarán las acciones por daños sufridos personalmente, sin embargo, en el caso de la acción colectiva, los efectos podrán ser transportados, "*in utilibus*", para acciones individuales, en beneficio de los perjudicados y sus sucesores, quienes procederán a la liquidación y ejecución de la sentencia.⁸²¹

Las acciones colectivas no inducen a litispendencia para acciones individuales; sin embargo, los efectos de cosa juzgada "*erga omnes*" o "*ultra partes*" no beneficiarán a los demandantes de las acciones individuales, si no solicitan su suspensión dentro de los 30 días, contados a partir del conocimiento en los expedientes de la presentación de la acción colectiva (art. 104, CDC)⁸²².

También es importante resaltar el tecnicismo e ineficacia de la reforma que trajo la Ley 9.494/97, al art. 16, de la LACP, que finalizaba con la siguiente redacción: "*La sentencia civil hará de cosa juzgada 'erga omnes', dentro de los límites de la jurisdicción territorial del órgano emisor, salvo que la acción sea sobreseída por falta de prueba, en cuyo caso cualquier persona legítima podrá ejercitar otra acción con el mismo fundamento, utilizando nuevas pruebas*". La

⁸²⁰ Art. 97 do CDC.

⁸²¹ Art. 103, § 3º, do CDC.

⁸²² Art. 104 do CDC.

técnica traducida por la inserción, en el tenor de la disposición, de la expresión "dentro de los límites de la competencia territorial del organismo emisor", está en la confusión entre la competencia territorial con los límites subjetivos de la cosa juzgada "*erga omnes*".

Lo cierto es que la competencia del tribunal del lugar del daño es absoluta y se establece de conformidad con los arts. 2, de la LACP y 93 de la CDC. Y, por imperativo lógico, no da lugar a los efectos "*erga omnes*" o "*ultrapartes*" de la cosa juzgada, que se producen por la fuerza del carácter (indivisible) del interés colectivo protegido (ontológicamente sin posibilidad de del fraccionamiento territorial), llegando a la comunidad beneficiada por la acción, independientemente de los lugares de encuentro de sus integrantes.

En todo caso, no se puede dejar de celebrar el instituto de "cosa juzgada flexible" como un instrumento de derecho procesal puesto a disposición de los sujetos colectivos para la defensa de sus derechos e intereses.

Una vez analizados los instrumentos de derecho material y procesal, se examina la reciente norma publicada por la OIT, con fuerte potencial transformador.

4.3 El Convenio 190 de la OIT⁸²³ y su potencial emancipatorio

Con la importancia de haber sido publicado en el año en que la OIT celebró el centenario de su fundación, el Convenio 190 de la OIT (así como la Recomendación 206 que lo complementa), aprobado en junio de 2019, durante la 108 Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, vino a traer puntos de referencia internacionales para que los Estados puedan eliminar el acoso moral y sexual en el contexto de las relaciones laborales.

El Convenio 190 de la OIT también surge con el objetivo de cumplir con la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, establecida en 2015 por la ONU⁸²⁴. En su preámbulo, cita la Declaración de Filadelfia, reafirma la relevancia de los convenios fundamentales de la OIT, recuerda los tratados internacionales de derechos humanos más importantes, reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo "pueden" constituir una violación de los derechos humanos y que, además de constituir una amenaza a la igualdad de oportunidades (incompatible

⁸²³ Ver Anexo IV.

⁸²⁴ Los objetivos relacionados con el tema son: 3 ("Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos, en todas las edades"), 5 ("Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas"), 8 ("Promover de manera sostenida, crecimiento económico inclusivo y sostenible, empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos") y 10 ("Reducir la desigualdad dentro y entre países").

con la noción de trabajo decente), afectar la salud psicofísica del trabajador (considerada en todas sus dimensiones), son incompatibles con la promoción de "empresas sostenibles", teniendo un impacto negativo no solo en la organización del trabajo, en las relaciones en el lugar de trabajo, sino también en la propia reputación y productividad de la empresa. Además, el preámbulo mencionado atribuye a los Estados la responsabilidad de promover un entorno de "tolerancia cero" ante la violencia y el acoso.

A partir de estas premisas, por tanto, el análisis del Convenio 190 de la OIT, desde su eje central, con el examen de la propedéutica convencional (definiciones y alcances), de sus principios informativos (específicos y fundamentales), con la investigación de la eficacia convencional (aplicación y educación) y cómo puede introducir un sesgo emancipatorio en la eliminación del acoso laboral.

4.3.1 Propedéutica convencional

El Convenio 190 de la OIT incorpora, en su artículo 1, 1 ("a" y "b"), las definiciones de "violencia y acoso" y "violencia y acoso de género" en el "mundo del trabajo". Para el estándar internacional, las expresiones "violencia y acoso" se refieren a "una serie de conductas y prácticas inaceptables, o amenazas de las mismas, ya sea de una sola ocurrencia o repetidas, que tienen como objetivo, resultar o puede resultar en daño físico, psicológico, sexual o económico e incluye la violencia y el acoso por razón de género" (art. 1, 1, "a"). Los términos "violencia y acoso por razón de género" corresponden a "violencia y acoso dirigido a personas por su sexo o género, o que afecta de manera desproporcionada a personas de un determinado sexo o género, e incluye el acoso sexual" (art. 1, 1, "b").

Lo que se aprecia, inmediatamente, es la gran extensión o alcance de estos conceptos, ya sea porque reconocen, en igualdad de condiciones, la "violencia" y el "acoso"⁸²⁵, no teniendo el "acoso" una importancia menor (que amplía enormemente el concepto de acoso)⁸²⁶, bien porque admiten que el acoso puede darse en una sola oportunidad (contrario a lo que defiende la mayor parte de la doctrina sobre el tema, como ya se ha visto, que incluye para su espectro

⁸²⁵ Em el mismo sentido: SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Convenção 190: violência e assédio no mundo do trabalho. In: **Revista do TRT da 3ª Região**. v. 66, n. 101, Belo Horizonte. p. 74.

⁸²⁶ Para SANTOS e PAMPLONA FILHO: "La expresión 'violencia y acoso' es el género, que engloba varias especies, como la violencia sexual, el acoso sexual, la violencia doméstica, la violencia física, la violencia psicológica, el acoso psi". *Ibidem*, p. 75.

de cobertura regulatoria otras situaciones, que terminaron siendo excluidas de la caracterización de acoso moral), ya sea porque reconocen, como efectos del acoso, la existencia de daños de los más variados órdenes (físico, psicológico, sexual o económico) y no solo el daño moral o psicológico, lo que aumenta su potencia efectiva como norma internacional, bien porque incluyen explícitamente el tema de la "identidad de género", tan necesario en la actualidad, con la prohibición del acoso no solo relacionado con el "sexo biológico", sino con todas las formas de manifestación de la sexualidad, incluido el acoso sexual.

Es interesante hacer notar que la citada norma internacional, con el fin de obtener el mayor número posible de ratificaciones de los países miembros de la OIT, permitió, aceptando la presión empresarial⁸²⁷, la posibilidad de que los Estados miembros, dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, unan o separen los dos conceptos, siempre que no se altere su sustancia (art. 1, 2).

Las novedades no se detienen ahí.

Dentro del llamado "ámbito", la referida norma cosmopolita trae como destinatarios de su "protección" (art. 2, 1) en el "polo trabajador": los trabajadores; otras personas en el mundo laboral; empleados (según lo definido por la legislación y la práctica nacionales); personas que trabajan (independientemente de su situación contractual); personas en formación (incluidos pasantes y aprendices); trabajadores que ya están en licencia y desempleados; voluntarios candidatos para trabajo; e "individuos que ejercen la autoridad, deberes o responsabilidades de un empleador".

Claramente, el Convenio 190 de la OIT no limita su alcance de incidencia solo a los trabajadores subordinados, ya que se refiere expresamente a "otras personas en el mundo del trabajo", y la expresión "mundo del trabajo" en sí misma revela la idea de una cobertura o inclusión más amplia. Más explícitamente, menciona a "personas que trabajan, independientemente de su estado contractual". Los trabajadores no subordinados (como los autónomos, eventuales, independientes y parasubordinados) también parecen estar incluidos en la definición normativa, incluso con una alusión a los "voluntarios". La norma extiende su vigencia a los períodos "antes" y "después" de la prestación de los servicios (subordinados o no), cuando menciona "las personas en busca de empleo" y "los postulantes a un empleo", respectivamente, evidenciando la responsabilidad "pre" y "post" contratual patronal por acoso laboral. Asimismo, la intención de la OIT, al parecer, era también llegar al trabajo informal

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 66.

("personas desempleadas") y a quienes prestan servicios públicos, independientemente del régimen laboral legal.

Con respecto al llamado "polo empleador" (o "prestador de servicios"), el Convenio, al parecer, considera haber restringido la responsabilidad por el acoso de manera efectiva al empresario/capitalista, excluyendo a aquellos que solo ejercen la autoridad delegada, ya que la norma también amplía su "protección" a "los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador". Sin embargo, como se examina a lo largo de esta tesis, y asumiendo que la norma cosmopolita tiene el propósito principal de frenar el "acoso empresarial", no es suficiente, a efectos de rendición de cuentas, tener "los deberes o responsabilidades del empleador", sino más bien los "derechos o prerrogativas del empleador". El temor aquí era que las personas que ejercen como superiores (jefes o gerentes) pudieran ser incluidas como responsables del acoso en el trabajo, cuando evidentemente están cumpliendo órdenes emitidas por la dirección de la empresa, insertadas en un contexto de búsqueda de una productividad y rentabilidad cada vez mayores. Para nosotros, el principal responsable del acoso es el que tiene todas las prerrogativas derivadas del capital y las ganancias. Así, la norma internacional en discusión excluye de responsabilidad a los trabajadores que ejercen el liderazgo (también a los asalariados que dependen del trabajo para vivir, aunque tengan un cierto grado de responsabilidad dentro de la empresa y una posición destacada en la jerarquía funcional), lo que revela su aspecto de contramayoría.

Es evidente que el Convenio 190 de la OIT podría haber avanzado más si hubiera establecido una "cadena de corresponsabilidad" entre aquellos empresarios (capitalistas) que exploran eficazmente la actividad económica y tienen todos los "beneficios finales" derivados de ella, en lo que llamamos "cadena de la explotación del trabajo humano", en la denominada "subcontratación de servicios", como es el caso de las relaciones con el consumidor.⁸²⁸ Dicha medida, además de potenciar la regulación internacional, cumpliría con la idea contenida en el preámbulo de la Convención, en el sentido de promover "empresas sostenibles", evitando cualquier mancha (directa o indirecta) en la reputación de las empresas. Ahora bien, ¿a qué gran empresa le gustaría tener publicidad negativa, cuando se informa, por ejemplo, que sus productos o servicios son el resultado (aunque indirectamente) de trabajadores sometidos a violencia y acoso? Es fundamental, por tanto, avanzar en el ámbito de las relaciones subcontratadas, siempre con la corresponsabilidad de todas las empresas que forman parte de esta cadena.

⁸²⁸ En el ordenamiento jurídico brasileño, el Código de Defensa del Consumidor adoptó la idea de responsabilidad solidaria de todos los proveedores en la "cadena de consumo" (arts. 18 e 19 da Lei 8.078/90).

En cuanto a la cobertura (art. 2, 2), la norma es muy inclusiva, ya que cubre los sectores público y privado, la economía formal e informal, así como las áreas urbanas y rurales.

En lo que respecta al lugar de trabajo, siguiendo la idea de la mayor cobertura posible, la norma agrega (art. 3): en el lugar de trabajo, incluidos los espacios públicos y privados que son lugares de trabajo; en los lugares donde se paga al trabajador, se toma un descanso para descansar o comer, o usa los servicios higiénicos, lavabos y vestuarios; durante viajes, desplazamientos, formación, eventos laborales o actividades sociales; a través de comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las que son posibles gracias a las tecnologías de la información y la comunicación; en adaptaciones proporcionadas por el empleador; al ir y venir del trabajo.

Nuevamente, la norma destaca por contemplar la posibilidad de acoso en cualquier espacio público o privado donde se presten los servicios. El acoso, especialmente el que tiene una connotación sexual, se da en lugares más reservados, y la norma es encomiable al incluir “instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios” y “durante los viajes, etc.”. También se incluyó lo que se puede considerar "acoso in itinere", cuando el empleador (brindando o no conducción) en el camino del hogar al trabajo y viceversa practica actos que atentan contra la dignidad de los trabajadores.

Otro aspecto positivo a destacar es la previsión de acoso laboral realizado a través de las comunicaciones relacionadas con el trabajo “incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”. Aquí, de lo que se infiere, surgen todas las situaciones en las que se establece el acoso por medios telemáticos, especialmente en el llamado "teletrabajo" y en el trabajo resultante de las plataformas digitales, que pueden dar lugar a la aparición de figuras del "acoso virtual" y "acoso algorítmico". De no ser por esta disposición, la norma hoy perdería gran parte de su impacto, porque, por ejemplo, en un contexto de pandemia, en el que una gran parte de los trabajadores pasaban a trabajar en sus propios domicilios ("homeworking") y otros, en grande parte, a través de plataformas digitales (en el transporte de personas y servicios de entrega de mercancías), no habría protección contra el acoso en el trabajo en este tipo de labores.

Habiendo examinado así los principales aspectos relacionados con la propedéutica convencional, se pasa al examen axiológico del Convenio 190 de la OIT.

4.3.2 Principios informadores

El Convenio de la OIT sobre la lucha contra el acoso moral y sexual tiene como eje central no solo las definiciones y alcances, sino también los principios que lo orientan.

El art. 4.1 trae un aspecto muy importante a destacar, ya que un Estado Miembro que ratifica la norma internacional debe comprometerse a “respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”. Este compromiso, como se ha señalado, engloba la finalidad de "cumplimiento del derecho", no limitándose únicamente al "respeto" y "promoción" del derecho, que muestra un carácter de materialización del derecho al mundo del trabajo libre de acoso moral y sexual. De la norma se extrae un sesgo emancipatorio, pues no basta la previsión del derecho, sino la búsqueda de la realización o implementación material (concreta) de este derecho. En cierto modo, se abandona el mero “humanismo abstracto” para adoptar una perspectiva un poco más “materialista” de los derechos humanos. Significa, de otra manera, que los Estados no pueden contentarse con solo internalizar la norma cosmopolita, sino que tendrán que asegurar (instituyendo mecanismos para ello, por supuesto) que, en realidad, los trabajadores no sufran más acoso en el trabajo⁸²⁹.

En cuanto a los principios específicos de la Convención, la norma establece, en su art. 4.2, que los Estados Miembros, al internalizar la norma, deben observar "la legislación y la situación nacional" (lo que facilita la ratificación por un mayor número de Estados), así como la "consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores " (por lo demás, la representación de paridad es una marca del propio origen y forma de funcionamiento de la OIT). Pero no solo eso, los Estados “deben” adoptar un “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género”. El verbo utilizado indica imposición, obligación, coacción, un campo que se aleja de la idea de mera prerrogativa o facultad.

De hecho, la “inclusividad” aparece como una de las características más importantes de la referida norma internacional. El Estado miembro (incluso sujeto a las costumbres y leyes locales y a la consulta entre pares) deberá⁸³⁰ adoptar una política de inclusión del mayor número de trabajadores y situaciones posibles, especialmente aquellas categorías de trabajadores denominados “vulnerables”, que vuelve a mostrar un sesgo contramayoritario, evitando la exclusión de determinadas categorías de trabajadores. Por un lado, existía preocupación por la

⁸²⁹ Por tanto, cabe destacar la importancia del papel que jugarán los Estados comprometidos con la socialdemocracia en la implementación del Convenio 190 de la OIT. En cambio, los Estados en que el poder se ejerce de manera autoritaria (o de extrema derecha), si el Convenio se internaliza, no será más que un rol, donde los derechos humanos abstractos estarán garantizados.

⁸³⁰ La redacción original del Convenio, en inglés, utiliza el verbo "will" ("Each Member shall adopt ...") y, en francés, utiliza el verbo “devoir” (“Tout Membre doit adopter...”).

ratificación por parte de los países (observancia de las leyes, costumbres del país y consulta entre pares), pero por otro, la norma no renunciaba a su idea central de inclusión.

La idea de un enfoque “integrado”, como se concluye, implica una visión holística del trabajador, respetando todas sus dimensiones. El trabajador, por tanto, ya no es visto sólo como un “cuerpo físico”, sino también como un “alma” o un “psiquismo”, aspecto que necesita igual protección. Detrás de la materia, hay "algo" que necesita ser protegido. El Convenio, muy claramente, reconoce que el trabajador, en todas sus dimensiones, debe ser apoyado. Una breve revisión de los otros convenios revela que el marco normativo protector de la OIT se limitaba, por regla general, a las horas de trabajo (sus límites máximos) a una remuneración justa por el trabajo (límites mínimos de remuneración) y a la salud física de los trabajadores (las normas relacionadas con el medio ambiente laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), siendo esta una de las primeras normas a abordar al trabajador de manera integral.⁸³¹

En cuanto a la “perspectiva de género”, la opción del legislador cosmopolita por la inclusión de todas las formas de discriminación relacionadas con el sexo y el género es inequívoca.

Los Estados, igualmente, deben tener en cuenta la violencia y el acoso que involucre “a terceros”, lo que demuestra una vez más la idea de inclusión.

Los principios específicos del Convenio son: (a) la prohibición legal de la violencia y el acoso; (b) asegurar que las políticas relevantes aborden la violencia y el acoso; (c) la adopción de una estrategia integral para implementar medidas tendientes a prevenir y combatir la violencia y el acoso; (d) el establecimiento o fortalecimiento de mecanismos de inspección y seguimiento; (e) asegurar el acceso a los recursos y el apoyo a las víctimas; (f) la previsión de sanciones; (g) el desarrollo de herramientas, orientación, educación y formación, así como sensibilización, en formatos accesibles; y (h) asegurar medios efectivos de inspección e investigación de casos de violencia y acoso, incluso a través de inspecciones laborales u otros órganos competentes.

Por tanto, en el plan perceptivo, merece destacarse la obligación que asumen los Estados de “prohibir” el acoso por “ley”, incluyendo la disposición de “sanciones” en caso de incumplimiento de la norma interna. También es importante mencionar el compromiso de los Estados ratificantes con la realización del derecho a un ambiente de trabajo libre de acoso, ya que deben asegurar que las políticas gubernamentales pertinentes aborden el tema, con la

⁸³¹ El Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en las relaciones laborales, es bastante cierto, también aborda el aspecto no solo físico del trabajador.

adopción de una estrategia integral para implementar medidas tendientes a prevenir y tomar medidas enérgicas contra el acoso. La previsión de mecanismos e instrumentos para monitorear y verificar el cumplimiento de la ley (incluso a través de la investigación por parte de la inspección del trabajo u otros "órganos competentes", incluidos los organismos no estatales, se infiere), también debe destacarse como un aspecto muy importante dado que la previsión no es suficiente, siempre es necesario monitorear las situaciones laborales. El canal de comunicación de las víctimas, a través de la garantía de acceso a "recursos" y "apoyo", permite al trabajador asediado presentar una denuncia, teniendo la seguridad de que no sufrirá represalias por parte del empleador. Finalmente, la "concienciación" a través de la "educación" es quizás uno de los aspectos más importantes, pues, hasta donde se sabe, no existe otra forma más efectiva de cambiar la cultura ya establecida, sin promover un proceso cultural, de sesgo contradogmático, en el que todos puedan verificar sus posiciones (en particular, para que la víctima tome conciencia de su condición), siguiendo el "iter" emancipatorio de visibilización, desestabilización y transformación.

Además de estos principios sectoriales, los Estados, con el objetivo de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, deben respetar, promover y "hacer realidad" los **principios y derechos fundamentales en el trabajo**⁸³²: (a) libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; (d) la eliminación de la discriminación en el trabajo y la ocupación; y (e) la promoción del trabajo decente (art. 5). Una vez más, existe la idea de "hacer realidad" un medio ambiente saludable (libre de acoso), con la combinación de los principios y derechos más costosos y esenciales de la legislación laboral, consagrados por la OIT en todo el mundo.

El derecho a la igualdad y la no discriminación en el trabajo (y en la ocupación) fue destacado por el legislador internacional en un artículo separado, asegurando su carácter especial en relación con otros principios (art. 6). Hay una referencia expresa a las (mujeres) "trabajadoras", lo que demuestra una preocupación por el acoso laboral, de carácter patriarcal,

⁸³² Los derechos y principios esenciales ("*obligaciones fundamentales*") aquí contemplados corresponden a los Convenios Fundamentales de la OIT, tal como los describe la Junta Directiva de la OIT y que fueron establecidos en la Declaración de la OIT de 1998. Son: Convenio 29, sobre trabajo forzoso u obligatorio (1930); Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948); Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949); Convenio 100, sobre igualdad de remuneración (1951); Convenio 105, sobre la abolición del trabajo forzoso (1957); Convenio 111, sobre discriminación en el empleo y la profesión (1958); Convenio 138, sobre la edad mínima (1973); Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

que consagra las luchas feministas por la igualdad de condiciones y de trato en relación con los trabajadores.⁸³³ En el mismo sentido, el referido precepto normativo hace referencia explícita a “otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”. El carácter antihegemónico de la norma es evidente, con la inclusión, en su espectro de protección, de todos los demás trabajadores pertenecientes a uno o más grupos vulnerables. El acoso discriminatorio, por lo tanto, se restringe lo más ampliamente posible, ya que se admite la posibilidad de superposición de varios "factores de discriminación" (sexo, raza, género, región, origen, religión, creencias, apariencia física, etc.). Cabe señalar también que la norma, en cuanto a los factores de discriminación, está abierta a todo tipo de discriminación (existente y las que existan), no constituyéndose en "*numerus clausus*".

El **principio de prevención** también fue contemplado en el Convenio 190 de la OIT. La prevención, además de ser un principio de la legislación laboral ambiental, como ya se ha visto, se considera la “palabra de orden” cuando se abordan temas de seguridad y salud en el trabajo o en el ambiente laboral. Lo que siempre se debe buscar es evitar daños o perjuicios a la salud psicofísica del trabajador, exceptuando la reparación (o indemnización)⁸³⁴.

La norma determina que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo (art. 8): el reconocimiento del importante papel de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y modos de trabajo en los que los trabajadores y otras personas involucradas están más expuestos a la violencia y el acoso; y la adopción de medidas para proteger eficazmente a estas personas.

Una vez que el Convenio se haya incorporado a la legislación nacional, cada Estado miembro adoptará leyes y reglamentos que exijan a los empleadores que tomen las medidas adecuadas, proporcionales a su grado de control, para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (incluida la violencia y el acoso por motivos de género), en particular, en la

⁸³³ El surgimiento de campañas globales sobre la necesidad de concienciar a todos (especialmente a los hombres) sobre el tema de la violencia y el acoso sexual contra las mujeres, como #HeForShe, #MeToo y #NiUnaMenos, fueron cruciales para crear conciencia en la OIT sobre el problema. en el mismo sentido: GOMES, Ana Virgínia Moreira; MARTINS, Julianne Mendonça Barreto. Convenção n. 190 da OIT sobre violência e assédio no mundo do trabalho: uma análise das políticas de combate ao assédio sexual no trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 16, n. 94, jan./fev. 2020, p. 39.

⁸³⁴ Recomendación 206, en su art. 6, también sugiere el cumplimiento del Convenio 155 sobre salud y seguridad de los trabajadores (1981) y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006).

medida de lo razonablemente posible (art. 9): adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política de trabajo sobre la violencia y el acoso; tener en cuenta la violencia y el acoso y los riesgos psicosociales asociados en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acosido, con la participación de los trabajadores y sus representantes, y tomar medidas para prevenirlos y controlarlos; y proporcionar a los trabajadores y otras personas involucradas información y capacitación, en formatos accesibles, de la manera más adecuada, sobre los peligros y riesgos identificados de violencia y acoso y las medidas de prevención y protección asociadas, incluidos los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas involucradas en relación con la política adoptada por las empresas.

Los principios informativos, sin embargo, no son suficientes para la realización del derecho a un mundo laboral libre de acoso, por lo que es necesario asegurar la efectividad de la norma convencional.

4.3.3 Efectividad del convenio

Con base en sus principios rectores, el Convenio 190 de la OIT determina que cada Estado debe adoptar leyes y reglamentos para definir y prohibir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluido el acoso y la violencia de género, de conformidad con el art. 7.

En lo que respecta a la eficacia convencional, los Estados deben vigilar y cumplir las leyes y reglamentos nacionales relacionados con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Con el fin de hacer que las normas nacionales sean más efectivas (editadas en base a los principios informativos de la norma internacional), los Estados deben garantizar un fácil acceso a soluciones adecuadas y efectivas y mecanismos y procedimientos seguros, justos y efectivos para la resolución de disputas y la presentación de informes en casos de acoso en el trabajo, tales como: procedimientos de quejas e investigación, así como, cuando corresponda, mecanismos de resolución de disputas en el lugar de trabajo; mecanismos de resolución de disputas fuera del lugar de trabajo; tribunales; protección contra la victimización o represalias contra demandantes, víctimas, testigos y denunciantes; y medidas de apoyo legal, social, médico y administrativo a demandantes y víctimas (art. 10, b)⁸³⁵.

⁸³⁵ O art. 14 de la Recomendación 206 de la OIT complementa esta disposición convencional: “*Los recursos a que se refiere el artículo 10 (b) del Convenio pueden incluir: (a) el derecho a renunciar con indemnización; (b) reintegro; (c) indemnización adecuada por daños; (d) órdenes que requieran la adopción de medidas*”

El art. 15 de la Recomendación 206 prescribe que las víctimas de acoso en el trabajo deben tener acceso a una “indemnización” en casos de daño psicosocial, físico o cualquier otro daño o enfermedad que resulte en la incapacidad para trabajar. La crítica que se hace aquí es que esta disposición no está incluida expresamente en el texto del propio Convenio 190. A la vista de todas las innovaciones que trae la norma que se examina, es inaceptable que el precepto antes mencionado aparezca sólo como una "sugerencia" a los Estados.

Los Estados, por otro lado, deben tomar las medidas adecuadas para proteger la “privacidad” de las personas involucradas y la “confidencialidad” (en la medida de lo posible y según corresponda), asegurando que no se abuse de los requisitos de privacidad y confidencialidad⁸³⁶, con la previsión de sanciones en casos de violencia y acoso (art. 10, d, e).

Específicamente en relación con las “víctimas de acoso laboral por motivos de género”, la norma establece que los Estados deben garantizar que tengan acceso efectivo a los mecanismos de resolución de disputas y quejas, apoyo, servicios y recursos que sean sensibles al género, seguros y efectivos (art. 10, e)⁸³⁷. El precepto normativo merece elogios, ya que presta atención a la especificidad del acoso discriminatorio, brindando un trato diferenciado.

El Convenio 190 de la OIT, aunque innova al destacar los efectos de la "violencia doméstica" (generalmente de naturaleza patriarcal)⁸³⁸, también parece haber sido muy tímido en avanzar en la protección contra esta violencia, ya que solo menciona que los efectos de la

inmediatamente ejecutables para garantizar que se detenga determinada conducta o que se modifiquen las políticas o prácticas; y (e) honorarios y costos de abogados de conformidad con la legislación nacional”.

⁸³⁶ La Constitución Federal Brasileña, en el art. 5º, IV, asegura “Liberar la expresión del pensamiento, estando prohibido el anonimato”.

⁸³⁷ La Recomendación 206 complementa este dispositivo convencional, previsto en el art. 16 los “mecanismos de resolución de quejas y disputas” y en el art. 17 o “apoyo, servicios y recursos”. *Litteris*: “16. Los mecanismos de resolución de quejas y disputas por violencia y acoso de género a que se refiere el artículo 10 (e) de la Convención deberían incluir medidas tales como: (a) tribunales con experiencia en casos de violencia y acoso de género; (b) procesamiento oportuno y eficiente; (c) asesoría legal y asistencia a demandantes y víctimas; (d) guías y otros recursos de información disponibles y accesibles en los idiomas más hablados en el país; y (e) alteración de la carga de la prueba, en su caso, en procesos no penales”; “17. El apoyo, los servicios y los recursos para las víctimas de la violencia de género y el acoso a que se refiere el artículo 10 (e) de la Convención deberían incluir medidas tales como: (a) apoyo para ayudar a las víctimas a reingresar al mercado laboral; (b) servicios de asesoramiento e información, en forma accesible, según proceda; (c) líneas telefónicas directas las 24 horas; (d) servicios de emergencia; (e) atención y tratamiento médico y apoyo psicológico; (f) centros de crisis, incluidos albergues; y (g) unidades de policía especializadas o agentes de policía capacitados para ayudar a las víctimas”.

⁸³⁸ Un interesante estudio sobre el acoso sexual a las trabajadoras del hogar y la dificultad de probar esta violencia en los tribunales, basado en la jurisprudencia brasileña, a la luz de la teoría interseccional del análisis social, se puede encontrar en: SILVA, Daniel Teixeira; BRASIL, Mariane Lima Borges. O assédio sexual às trabalhadoras domésticas e a dificuldade probatória: uma olhar sobre o tema e a justiça do trabalho brasileira à luz da teoria interseccional de análise social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 66, p. 183-215, jan./jun. 2020.

violencia intrafamiliar deben ser reconocidos y “en la medida de lo posible”, su impacto en el mundo laboral debe ser “mitigado”. La Recomendación 206 de la OIT, aunque sólo tiene un efecto de “sugerencia”, complementa la norma convencional con medidas que pueden ser adoptadas por los Estados, tales como: licencia para víctimas de violencia doméstica; arreglos laborales flexibles y protección para víctimas de violencia doméstica; protección temporal contra el despido de víctimas de violencia doméstica, según corresponda, salvo por motivos ajenos a la violencia doméstica y sus consecuencias; la inclusión de la violencia doméstica en las evaluaciones de riesgos laborales; un sistema de remisión de medidas públicas de mitigación de la violencia doméstica, cuando existan; y sensibilización sobre los efectos de la violencia doméstica.

La norma también establece que se garantiza a los trabajadores el derecho a retirarse de una situación laboral por la que tengan una justificación razonable para creer que representa un “peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección” (art. 10, g).

Asimismo, el Convenio que se examina impone a los Estados el deber de garantizar que los inspectores del trabajo y otras autoridades pertinentes, según corresponda, estén facultados para hacer frente a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluida la emisión de órdenes. Dejar de trabajar en casos de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad, sujeto a cualquier derecho de apelación ante una autoridad judicial o administrativa según lo disponga la ley (art. 10, h).

La norma cosmopolita, en su art. 12, deja inequívoco que las disposiciones de la Convención deben aplicarse a través de "leyes y reglamentos nacionales", imponiendo así a los Estados la adopción de normas internas, de contundente eficacia, basadas en normas y principios convencionales.

Por otro lado, abriendo un poco el espacio hermético del “monismo jurídico estatal”, la norma alienta a que los propios colectivos de trabajadores puedan buscar combatir el acoso a través de “convenios colectivos”⁸³⁹ u “otras medidas acordes con la práctica nacional”, teniendo como objeto la “extensión” (adición de medidas de protección) y la “adaptación” de las medidas de seguridad y salud ocupacional existentes para cubrir la violencia y el acoso, siempre que no se altere o subvierte la idea central de la propia Convención. Todo ello, sin perjuicio de la adopción de medidas específicas cuando y donde sea necesario.

⁸³⁹ El art. 4 de la recomendación fomenta la negociación colectiva. 206.

Otro aspecto fundamental de la norma se refiere a la educación, que implica, en los términos del Convenio, "orientación", "formación" y "sensibilización" (art. 11).

Tras consultar con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores (consulta paritaria), los Estados ratificantes deberían garantizar que la violencia y el acoso en el trabajo se aborden en las "políticas nacionales pertinentes", como las relativas a la "salud y seguridad en el trabajo", "la igualdad, discriminación" y "migración". Una vez más, la norma cosmopolita se destaca, en el plan "programático emancipatorio", al imponer que las políticas públicas nacionales más importantes para el Estado aborden temas relacionados con el acoso laboral. Y, entre estas políticas, la norma incluye, además de las relativas al clima laboral y la no discriminación, la "política migratoria". Es indiscutible que actualmente las cuestiones relativas a los inmigrantes (los refugiados también deberían incluirse en esta categoría) son extremadamente importantes. En un mundo tan desigual y con tantos conflictos, los trabajadores suelen emigrar a otros países en busca de mejores condiciones de vida y mejores situaciones laborales (inmigrantes) o para huir de guerras y persecuciones políticas, religiosas o raciales (refugiados).⁸⁴⁰ Aunque de forma "discreta", la norma convencional logra incluir otra categoría de trabajadores potencialmente vulnerables: los trabajadores migrantes.

Asimismo, los Estados, sujetos a consulta entre pares, deben asegurar que empleadores, trabajadores, sindicatos y "autoridades competentes" (en el caso brasileño, deben entenderse, al menos, como la fiscalización de Trabajo, el Ministerio Público del Trabajo y la Justicia del Trabajo⁸⁴¹) reciban "orientación, recursos, capacitación u otras herramientas, en formatos accesibles según corresponda, sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluida la violencia e acoso basada en el género". En el mismo sentido, los Estados deben garantizar que se observen las "campañas de concienciación".

⁸⁴⁰ En el sitio web de ACNUR/ANCUR Brasil <<https://www.acnur.org/portugues/>>, se hace una distinción técnica entre los dos conceptos: "Los refugiados son personas que han escapado de un conflicto armado o persecución. Su situación es a menudo tan peligrosa e intolerable que deben cruzar fronteras internacionales para buscar seguridad en los países más cercanos y luego convertirse en un 'refugiado' reconocido internacionalmente, con acceso a la asistencia de los Estados, el ACNUR y a otras organizaciones. Se les reconoce como tales precisamente porque es demasiado peligroso para ellos regresar a su país y necesitan asilo en otro lugar. Para estas personas, la denegación de asilo puede tener consecuencias vitales". Por otro lado, "los migrantes optan por mudarse no por una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas en busca de trabajo o educación, por reunificación familiar o por otras razones. A diferencia de los refugiados, que no pueden regresar a su país, los migrantes continúan recibiendo protección de su gobierno".

⁸⁴¹ Significa que estos órganos deben incluir en la formación de sus agentes (ya sea formación inicial, cuando ingresan a la carrera, mediante examen público, o formación continuada, periódicamente, en el transcurso de su carrera) orientación, formación y recursos en materia de acoso laboral.

4.3.4 Interseccionalidad e inclusión

Como se ve, no hay duda de que el Convenio 190 de la OIT tiene características que lo convierten en una norma diferenciada, con gran potencial emancipatorio. Sin embargo, merecen ser destacadas dos características, que están íntimamente conectadas: "interseccionalidad" e "inclusividad".

La **inclusividad** impregna todo la norma convencional.

Es notorio que el legislador internacional ha tratado de cubrir la mayor cantidad posible de situaciones de acoso laboral⁸⁴², siempre con énfasis o especial consideración por las categorías o clases de trabajadores vulnerables, lo que denuncia el carácter contramayoritario de la norma.

La introducción de la **interseccionalidad**, por otro lado, constituye una espléndida innovación.

La teoría de la interseccionalidad tiene su origen en el movimiento de las feministas negras, el término – de origen sociológico – siendo desarrollado por Kimberlé Crenshaw⁸⁴³, lo que significa la posibilidad de superponer diversos factores de opresión, exclusión, dominación o discriminación a los que el ser humano puede estar sujeto, al mismo tiempo, en nuestra sociedad.⁸⁴⁴

Transferida a las relaciones laborales, la teoría de la interseccionalidad tiene un importante campo de incidencia, ya que, en innumerables situaciones laborales, los trabajadores pueden (y son) asediados por diversos “factores discriminatorios”.

En cuanto al acoso por razón de sexo y género, son necesarias algunas diferenciaciones relevantes: "sexo biológico" (involucra la relación entre cromosomas, hormonas y características sexuales primarias y secundarias), "género" (es la construcción social relacionada con la diversidad biológica), "identidad de género" (corresponde a la experiencia interna e individual que tiene cada persona en relación al género, que puede o no coincidir con el sexo biológico; en el primer caso, denominado "cisgénero" y, en el segundo, "transgénero"), “expresión de género” (es la forma en que se expresa, se viste e interactúa en la sociedad) y

⁸⁴² GOMES, Ana Virgínia Moreira; MARTINS, Julianne Mendonça Barreto. Op. Cit., p. 41.

⁸⁴³ Ver: **Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color.** <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/mapping-the-margins-intersectionality-identity-politics-and-violence-against-women-of-color-kimberle-crenshaw1.pdf>. Acesso em 11 out. 2021.

⁸⁴⁴ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit., p. 74.

“orientación afectivo-sexual” (relacionada con el género en el que la persona experimenta atracción emocional, afectiva o sexual).⁸⁴⁵ El Convenio 190 de la OIT, como concluimos, protege a la persona trabajadora en todas las situaciones anteriores, no restringiéndose al tema del sexo biológico u orientación afectivo-sexual.

Es importante recordar que la interseccionalidad puede darse dentro de un mismo factor de discriminación (sexo/género), como por ejemplo: un trabajador con sexo biológico masculino, cisgénero, pero que le gusta expresarse como mujer y tiene una orientación afectivo-sexual hacia hombres (homosexual), tiene, según la posición social mayoritaria, dos situaciones de acoso o discriminación o dos "déficits".

En otro ejemplo, podemos visualizar una trabajadora sexual biológica, transgénero, que se expresa como mujer, con orientación afectivo-sexual por el género femenino (homosexual), tendrá cuatro factores de acoso o discriminación, dependiendo del modelo social dominante.

Ver la siguiente tabla:

	<i>Status</i> dominante	Factor de acoso
Sexo biológico/género	hombre	mujer
Identidad de género	cisgénero	transgénero
Expresión de género	coincidente con el sexo biológico masculino en la sociedad (“espacio maculino”)	no coincidente con el sexo biológico masculino en la sociedad (“espacio femenino”)
Orientacion afectivo-sexual	heterosexual	homosexual

Por supuesto, todas estas cuestiones de sexo/género involucran o están interrelacionadas con el “patriarcado”. Según Herrera Flores, el patriarcado es el ejemplo más evidente del bloqueo “ideológico” del proceso de reacción cultural, ya que solo se impone un único sistema de valores como si fuera universal e inmutable a todos los que coinciden con los supuestos

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 72-73.

básicos (masculino, heterosexual, blanco, cristiano-protestante).⁸⁴⁶ El modelo social dominante naturaliza las “funciones” y “posiciones” de las mujeres (o el espacio femenino) como algo que surge de la esencia misma del sexo biológico. Así, todo lo que no coincida con los "supuestos ideológicos" (o modelo social dominante) es considerado inferior y, por tanto, susceptible de dominación, exclusión, opresión o acoso.⁸⁴⁷ De hecho, la norma convencional, al proteger todas las formas de acoso por razón de sexo/género, avanza contra el modelo “hetero-patriarcal-masculino-cisgénero”⁸⁴⁸.

Con respecto a la "cuestión racial"⁸⁴⁹, aunque la norma convencional no ha sido explícita, no cabe duda de que el acoso discriminatorio, por motivos de raza, por la combinación del art. 5 (cuando la norma menciona la necesidad de observar el principio fundamental de “eliminación de la discriminación”) con el art. 6 (cuando la norma se refiere, además de la observancia del derecho a la no "discriminación", pero también se refiere a la protección de “los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada”).⁸⁵⁰ Criticable, en cualquier caso, que no exista una disposición explícita de “acoso laboral por motivos raciales”. En este contexto, es importante recordar Herrera Flores al enseñar tres mecanismos que bloquean el circuito ideológico de la reacción cultural al racismo: sacar el racismo de lo “cultural” y colocarlo como algo natural, lógico o cuasi biológico (naturalización del racismo); ocultar u oscurecer los contextos en los que se producen las situaciones de encuentro (desconociendo los orígenes históricos del racismo, ligados al proceso de colonización y, actualmente, descolonización); al presentarse como una práctica sin contexto, sin parecer una reacción cultural, el racismo parece ser el “contenido básico de toda acción social”.⁸⁵¹ En este punto, el Convenio adoptó una posición tradicional conservadora, desaprovechando una gran oportunidad para avanzar en el campo contrahegemónico.

⁸⁴⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 121.

⁸⁴⁷ *Idem.*

⁸⁴⁸ HERRERA FLORES utiliza la expresión “hetero-patriarcalismo” (*Ibidem*, p. 122). Agregamos la "identidad de género" y la "expresión de género" dominantes: "cisgénero" y "masculino", respectivamente.

⁸⁴⁹ Acerca del tema, visitar: ALMEIDA, Sílvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte. Letramento, 2018.

⁸⁵⁰ Asimismo, la Recomendación 206 guarda silencio en relación con la cuestión racial, con solo referencia a el Convenio sobre Discriminación Laboral, en el art. 5.

⁸⁵¹ HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 122.

Con respecto a otros factores de discriminación (como discapacidad, apariencia física, obesidad, origen, creencias, religión, etc.), aunque no se explican en la norma, están cubiertos para todas y cada una de las formas (actuales y futuras) de acoso discriminatorio.

El Convenio 190 de la OIT - para nosotros no hay duda - entra en la categoría de “tratados o convenciones internacionales de derechos humanos”, ya que el preámbulo hace referencia expresa a las principales declaraciones de derechos humanos, además de admitir explícitamente que “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos”, constituir una “amenaza para la igualdad de oportunidades”, y ser “inaceptables e incompatibles con el trabajo decente”.

Además, aunque la OIT no lo ha incluido en la lista de convenios fundamentales, parece que es sólo una cuestión de tiempo, dada la naturaleza de “esencialidad” de la norma.

En cuanto a la posibilidad de adopción en el ordenamiento jurídico interno brasileño, basta con que sea ratificada por el Estado brasileño, según lo previsto en la Constitución de la República⁸⁵², sin incompatibilidad con el ordenamiento jurídico interno. Por otro lado, el Convenio parece estar en total armonía con las normas y principios constitucionales y legales nacionales.

Se concluye, por tanto, que el Convenio 190 de la OIT, aunque surge de un proceso cultural predominantemente regulatorio, tiene un innegable potencial transformador o inductor de procesos emancipadores, precisamente porque pretende actuar en procesos culturales previos al acoso⁸⁵³.

4.4 La participación del Estado y la sociedad contra el acoso moral laboral

Habiendo examinado las propuestas sobre cambios teórico-dogmáticos, el proceso regulatorio abierto o flexible y la necesidad de internalizar el Convenio 190 de la OIT en el ordenamiento jurídico brasileño, es necesario examinar la participación del Estado y la sociedad en la lucha contra el acoso laboral, observando el potencial transformador/emancipatorio.

⁸⁵² Teniendo el rango de "norma constitucional", si se aprueba en forma de art. 5, § 3º, de la CR, o con fuerza de "ley ordinaria", utilizando el procedimiento previsto en el art. 84, VIII, de la CR.

⁸⁵³ Como se ha dicho, no cabe duda de que la norma puede funcionar como un "agente inductor" de procesos culturales emancipadores (interculturales o democráticos), ya que, abiertos a la interacción con otros procesos culturales, pueden actuar en la búsqueda de la creación de espacios basados en igualdad de acceso a los bienes materiales e inmateriales de la vida. Ver: HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso...** Op. Cit., p. 87 a 96.

4.4.1 La "derecha concursada" y la necesidad de una formación crítica en derechos humanos

El Estado, en el caso brasileño, se ha mostrado ineficiente en el intento de prevenir y reprimir el acoso moral en el lugar de trabajo, que, como ya se analizó, se debe en gran parte al propio ordenamiento jurídico estatal monista. El Poder Legislativo ni siquiera ha logrado dictar una norma sobre la prohibición del acoso. El Poder Ejecutivo, aunque ha actuado a través de la Inspección de Trabajo (especialmente, de manera preventiva, en la sensibilización)⁸⁵⁴, del mismo modo, no ha podido sofocar las prácticas de acoso del capitalista; por otro lado, el Poder Judicial, además de las limitaciones naturales derivadas de su inercia, tampoco puede proveer una disposición judicial efectiva que inhiba la práctica del psicoterrorismo laboral, ya sea en demandas individuales o colectivas; finalmente, el Ministerio Público del Trabajo, concebido como un "organismo extrapoderes" en la Constitución de 1988, aunque actuando de manera extrajudicial (con el establecimiento de procedimientos de investigación y con la adopción de términos de ajuste de conducta por parte de las empresas) o judicial (presentación de demandas colectivas; ACP y ACC, como se vio), tampoco puede ser eficaz.⁸⁵⁵

Una de las grandes dificultades que hay que afrontar está relacionada con el monismo jurídico⁸⁵⁶. Sin embargo, ya se ha identificado otro gran problema, que radica en la ausencia de una formación humanista, pluralista, emancipadora (inicial y continua), que no reproduzca desigualdades sociales para los agentes públicos, lo que provoca que parlamentarios, administradores, jueces de trabajo, abogados e inspectores laborales acaban siendo meros reproductores de procesos culturales dominantes o hegemónicos.

⁸⁵⁴ Debido a las ratificaciones de los Convenios 100, 111 y 159 de la OIT, el 05.07.2008, Brasil instituyó, dependiente del entonces Ministerio de Trabajo y Empleo, mediante la Portaria n. 219, la "Comisión para la Igualdad de Oportunidades de Género, Raza y Etnia, Personas con Discapacidad y Combate a la Discriminación", integrado por una instancia central e instancias regionales (que operaban en los Estados, en las SRTE). La labor de la Inspección de Trabajo se desarrolla básicamente: de manera preventiva (a través de acciones de sensibilización; turnos de servicio de los Auditores Fiscales del Trabajo; mediación en conflictos individuales y colectivos) y de manera represiva (inspeccionando y emitiendo avisos de empresas que fallan para cumplir con el Anexo II del NR 17 de la Portaria 3.214/78 del MTE, en relación a los trabajadores en teleservicio, como se ve en el capítulo 2, única norma que trata específicamente del acoso moral, utilizando parámetros objetivos, para fines de inspección).

⁸⁵⁵ El MPT también actúa de manera preventiva (en la sensibilización de las partes involucradas, como ejemplo la publicación del "Manual para la Prevención y Enfrentamiento del Acoso y Discriminación Moral y Sexual" en 2019) y represiva (a través de procedimientos extrajudiciales o de acciones colectivas interpuestas ante el Juzgado de Trabajo). Una de las grandes dificultades del desempeño del MPT aún reside en la ausencia de una ley federal específica sobre acoso moral laboral, como ya se ha visto.

⁸⁵⁶ Antonio Carlos WOLKMER defiende el pluralismo jurídico como un nuevo marco crítico-emancipatorio, especialmente en latinoamérica. **Teoría crítica...**Op. Cit., p. 202-217.

Si es cierto que la generación de agentes públicos forjada por la Constitución de la República de 1988, principalmente en virtud de ser la primera generación después de los gobiernos militares⁸⁵⁷, tenía un compromiso con los principios y valores del Estado Social y Democrático, establecido a partir de finales de la década de 1980, también es cierto que las generaciones posteriores, al no haber pasado las dificultades de la generación anterior, en general se distanciaron del espíritu colectivo (social) de la Carta Magna, comenzando a reproducir una “cultura hegemónica”, identificada con la forma de vida y el ideal neoliberal.

Este nuevo cuerpo de servidores públicos (representante de estas nuevas generaciones identificadas sociológicamente), fue denominado por Wilson Ramos Filho como “derecha concursada”⁸⁵⁸. Para el reconocido jurista, con el advenimiento de la Constitución de 1988, que consagró el examen público en Brasil como una forma saludable de ingresar al servicio público y a las carreras del Estado (en particular, magistrados y fiscales), miembros de la clase media ("hijos de la burguesía"), descontentos con el "inconveniente incomodo" de tener que compartir espacios, antes retenidos a la población más pobre⁸⁵⁹ (que pasó, así, desde el inicio de la década que inició el nuevo milenio, tener “acceso a bienes materiales e inmateriales”, en palabras de Herrera Flores, con la efectiva implementación de los derechos humanos)⁸⁶⁰, comenzaron a

⁸⁵⁷ En Brasil, el golpe militar de 1964 instauró una dictadura militar (con el cierre del Congreso Nacional, destitución de los ministros del STF, persecución política, culminando, legalmente, en el Acto Institucional nº 05) que duró hasta la llamada "apertura democrática" en 1984.

⁸⁵⁸ In: **Direita concursada e lawfare**. Disponible en: <<https://jornalggn.com.br/editoria/justica/direita-concursada-e-lawfare-por-wilson-ramos-filho-xixo/>>. Em 29 de setembro de 2019.

⁸⁵⁹ Aquí hay una “aporofobia” indecible pero innegable. El neologismo “aporofobia” fue creado por la filósofa española Adela Cortina (catedrática de Ética y Filosofía Política en la Universidad de Valencia), elegido como la palabra del año 2017 por la Fundación del Español Urgente (Fundéu BBVA). Ver: CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia**. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 2017. 200 p.

⁸⁶⁰ Según Wilson RAMOS FILHO: “*La llegada de una coalición de centro-izquierda al gobierno en 2003 provocó cambios importantes (aunque siempre insuficientes) en las relaciones entre clases sociales. Millones de personas experimentaron un incremento en las posibilidades de consumo y acceso a derechos como resultado de las políticas públicas implementadas. Millones de brasileños pudieron adquirir su propia casa, estudiar en instituciones públicas o privadas, tener acceso a bienes que antes estaban restringidos a las clases medias y élites tradicionales (compraron electrodomésticos, autos, abrieron pequeños negocios, viajaron) y derechos sociales, entre los cuales, nuevos derechos laborales. Con políticas de aumento del salario mínimo y con el desarrollismo transformado en la principal acción del gobierno, se impulsó el mercado laboral, con la reducción del "ejército industrial de reserva", llegando a una situación de casi pleno empleo, impulsando al alza lo llamado "costo laboral". Faltaba gente dispuesta a realizar ciertos tipos de trabajo con salarios bajos. La mercancía de la mano de obra se encareció. Todo esto, junto con otras políticas gubernamentales, permitió una mayor distribución del ingreso en la sociedad. Efectivamente, hubo una transferencia de ingresos de los sectores más ricos a las clases menos favorecidas hasta entonces. El Estado materializó, a través del Derecho y la Política, una nueva relación entre clases sociales*”. Miles de brasileños ahora tienen acceso a espacios públicos que antes solo estaban destinados a la burguesía. El sistema de cuotas raciales y económicas coloreó las universidades. Los cines, los centros comerciales, los aeropuertos empezaron a ser frecuentados por trabajadores y trabajadores. Los empleados, que anteriormente utilizaban el precario sistema de transporte público, comenzaron a ir al trabajo en

acceder a cuadros de servicio público, a través de licitaciones públicas extremadamente competitivas (que, por un lado, generaron la idea de "mérito/meritocracia" dentro de estos nuevos agentes públicos; sin tener en cuenta, por supuesto, los privilegios derivados del destacado estatus social, como no tener que trabajar mientras se prepara para el concurso). Y naturalmente empezaron a reproducir los procesos culturales ideológicos dominantes, en su deber de "decir lo derecho", impidiendo la apertura del circuito de reacción cultural, en flagrante distopía en relación a los principios, fundamentos y valores expresados en la Constitución de 1988.

En cuanto a las relaciones laborales, la ausencia de "vivencias" de los integrantes de la "derecha concursada" (especialmente como sujetos subordinados, en un contrato de trabajo), propició el surgimiento de una nueva forma de acción estatal, llevada a cabo por estos profesionales, por regla general, sin empatía alguna en relación con el trabajador (no merecedor de mérito, claro, porque "podría haber estudiado" y "si estás en esta condición es porque quieres"). Tales circunstancias impactan directamente en la visión (jurídica) del acoso moral laboral. Sin embargo, siempre será necesario subsumir el soporte fáctico de la norma al caso específico⁸⁶¹, y tal operación legal la realiza por un agente estatal (ser humano). Si este agente estatal ya está "parcialmente deshumanizado"⁸⁶², no habrá forma de identificar una situación de acoso en el trabajo que requiera protección o intervención del Estado. De esta forma se compromete toda la participación del Estado⁸⁶³ en la lucha contra el psicoterrorismo laboral.

automóvil o en motocicleta. Las clases medias, aunque no han perdido sus privilegios, tuvieron que compartir "sus" territorios con "esas personas distintas". Quizás el más icónico de estos nuevos tiempos fue la promulgación de la "ley de las domesticas". Ahora estos trabajadores y trabajadoras tendrían derecho a trabajar durante ocho horas, causando verdaderas molestias a la pequeña burguesía que siempre ha utilizado sin límites esta mano de obra mal pagada y sobreexplotada. Las relaciones entre las clases sociales en Brasil habían cambiado, y muy rápidamente. Y la burguesía se sintió incómoda con tales cambios. El acceso de los pobres, en su mayoría negros, a la educación superior aumentó gradualmente la competencia entre los graduados. Las profesiones llamadas tradicionales "liberales", antes restringidas a los hijos de la burguesía, se vieron invadidas por "esa clase de gente" a la que, en los últimos 500 años, sólo estaban destinados trabajos subordinados, cuando más técnicos. Estas porciones de las clases populares ya no ocupaban su "lugar debido" (traducido). (Idem).

⁸⁶¹ Norma que, en el caso del ordenamiento jurídico brasileño, ni siquiera existe, requiriendo un "esfuerzo extra hermenéutico" por parte del agente público para identificar qué valores deben salvaguardarse, en caso de acoso.

⁸⁶² Parcialmente deshumanizado, porque hay identificación y empatía con el poseedor del poder; en el caso de las relaciones laborales, el capitalista, quien, a juicio de estos nuevos agentes estatales, sólo posee el capital, por un criterio de mérito exclusivo.

⁸⁶³ Boaventura de Souza SANTOS ya argumentó que el Estado debe ser considerado uno de los movimientos sociales más recientes, como una forma nueva y más amplia de organización política, "compuesta por un conjunto híbrido de flujos, redes y organizaciones en las que elementos estatales, no estatales, nacionales y globales se combinan e interpenetran. **Poderá o direito...** Op. Cit., p. 64.

Es fundamental, de esa forma, que tanto en los concursos públicos (para el ingreso a la carrera pública) como en la formación inicial y continua de los agentes estatales, se incluya el estudio de los derechos humanos, dentro de una perspectiva crítica y emancipadora.⁸⁶⁴⁻⁸⁶⁵

Ejemplos interesantes en este tema merecen ser mencionados en relación a las Escuelas Judiciales de los Tribunales de Trabajo de la 1ª Región (Rio de Janeiro) y de la 4ª Región (Porto Alegre), en Brasil, en que los jueces laborales fueron colocados, por un día (o unos días), en actividades consideradas “socialmente invisibles”⁸⁶⁶ o “subalternas”⁸⁶⁷, con el objetivo de humanización de los jueces del trabajo.

4.4.2 El compliance social como forma de implementar un medio ambiente saludable.

El término "*compliance*" corresponde al cumplimiento de las normas y regulaciones impuestas, interna y externamente, a la organización empresarial, obligándola a observar las leyes y regulaciones de un país determinado, además, por supuesto, a las normas internacionales.⁸⁶⁸

Es un mecanismo relativamente reciente que permite a las organizaciones identificar y gestionar los riesgos derivados de la violación de las leyes y regulaciones internas de la empresa. El programa de cumplimiento involucra medidas preventivas y represivas, estando directamente relacionado con los estándares de honestidad e integridad adoptados por la organización empresarial.

⁸⁶⁴ Antonio Carlos WOLKMER defiende que la “educación popular”, horizontal, en la que todos tienen ciertos conocimientos, establece una práctica de intercambio de conocimientos y reconoce el papel de los estudiantes en relación a su liberación o emancipación (**Teoría crítica...** Op. Cit., p.165-171). Es cierto que muchas de estas técnicas se pueden utilizar en la formación de los agentes estatales, con el fin de desarrollar la necesaria empatía por el dolor ajeno (en el caso de acoso moral laboral, el dolor de los trabajadores).

⁸⁶⁵ Se dio un paso importante en el ámbito del Poder Judicial, con la institución, por parte del CNJ, de la "Política para la Prevención y Enfrentamiento del Acoso Moral, Acoso Sexual y Discriminación", mediante la Resolución nº 351/2020, aplicando a todas las conductas de acoso y discriminación en el ámbito de las relaciones socioprofesionales y la organización del trabajo en el Poder Judicial, practicadas de forma presencial o virtual, incluidas las contra pasantes, aprendices, prestadores de servicios, voluntarios y otros empleados.

⁸⁶⁶ Ver: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/278173>.

⁸⁶⁷ Ver: <https://www.trt1.jus.br/documents/21102/8890235/Vivendo+o+trabalho+subalterno+ebook.pdf>.

⁸⁶⁸ Para Marco Cruz, el término “compliance” vendría del antiguo italiano que significa “*compiere/complire*”, que significa “realizar (una acción, un trabajo, un período de tiempo); poner en marcha, poner en práctica, ejecutar, ejecutar (una acción)”. La palabra “compliance” se deriva del verbo inglés: “to comply”; que tiene el significado de “cumplir, ejecutar, satisfacer, lograr lo impuesto”. Cfe. MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018, p. 131.

El cumplimiento se relaciona así con la gestión estratégica de la empresa y sus objetivos básicos son el cumplimiento de la legislación nacional e internacional - además de la normativa del mercado y la normativa interna de la empresa -, la prevención de litigios y la consecución de la transparencia en la realización de los negocios.⁸⁶⁹

Recientemente han surgido lineamientos importantes para sentar las bases del *compliance*, en nuestro ordenamiento jurídico, con el Decreto 9.571/2018, ya que establece la obligación de cumplir con los estándares de derechos humanos por parte de las empresas (medianas y grandes), incluidas las empresas multinacionales que operan en Brasil.⁸⁷⁰ El art. cuarto prescribe que las empresas son responsables de respetar los derechos humanos protegidos en los tratados internacionales de los que Brasil es signatario y los derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República. Es interesante notar que los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) están expresamente contemplados como estándares que deben ser divulgados internamente por las empresas (art. 5º, II, c).

El programa de *compliance* identifica a los sujetos participantes, con énfasis en la “*Compliance Officer*” (responsable del desarrollo, operación y seguimiento del programa) y al “*Comité de Compliance*” (que complementa el *Compliance Officer*, estando formado por los responsables de control interno), teniendo contenidos autónomos, como un Código de Conducta, con formación de todos los sujetos intervinientes (desde empleados hasta ejecutivos), con un canal de denuncias, con previsión para posibles conflictos de interés, además de contemplar el seguimiento del programa, con medidas correctoras, con el fin de verificar la efectividad del propio programa, que puede medirse por la prevención de riesgos laborales.

Entre los riesgos laborales, nos interesan los **riesgos psicosociales**, que se relacionan con la interacción entre los factores humanos y las condiciones laborales. La OIT relaciona los riesgos psicosociales con los siguientes factores:⁸⁷¹ sobrecarga cuantitativa (presión para

⁸⁶⁹ José Eduardo de Resende CHAVES JÚNIOR trae un interesante concepto de *compliance*, con énfasis en la protección de los derechos humanos: “*El compliance se concibe, por tanto, como una serie de medidas programáticas dentro de la empresa para certificar y hacer cumplir los estándares legales y regulatorios, principios éticos, prescripciones de negocios internacionales. Hasta cierto punto, es una demostración de que la energía de la producción económica y los derechos humanos no son necesariamente incompatibles entre sí.*” (traducido). No artigo: Terceirização, joint employment e compliance: tendências contemporâneas do capitalismo global. In: BENDA, Laura Rodrigues (org.). **A reforma trabalhista na visão da AJD: análise crítica**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 116.

⁸⁷⁰ El Decreto responsabiliza a las empresas con respecto a los derechos humanos, imponiendo el cumplimiento de diversas normas de conducta (arts. 5º a 12).

⁸⁷¹ MATHIES, Anaruez. Op. Cit., p. 168.

realizar un gran flujo de trabajo en poco tiempo); carga cualitativa insuficiente (trabajo mecánico que no requiere el ejercicio de la creatividad y poca interacción social); conflicto de roles (cuando las atribuciones y la jerarquía en la empresa no están bien definidas); falta de control sobre la situación (cuando el empleado no tiene control sobre las tareas realizadas); falta de apoyo social (cuando el empleado no recibe apoyo del superior jerárquico; estresores físicos (pueden influir tanto física como químicamente en la salud del trabajador).

Antonio Baylos, al mencionar el "renacimiento del universo cerrado de la empresa", debido a la llamada "ciudadanía empresarial"⁸⁷², enseña que el poder en la empresa ahora se ha acercado formalmente a una visión funcional, superando el antiguo modelo, ligado a la concepción jerárquica.⁸⁷³

El *compliance* laboral o social, plasmado en un programa ético de cumplimiento de las leyes y actos reglamentarios, como se ve, puede ser un instrumento importante para la preservación de los derechos laborales fundamentales.

Pero es claro que el funcionamiento del *compliance* dependerá de la participación de sindicatos y trabajadores, sin la cual el programa de cumplimiento se convertirá en un rol más para incrementar la burocracia empresarial

4.4.3 El papel de los sindicatos y el empoderamiento de los trabajadores

La participación de los trabajadores, víctimas reales o potenciales, del acoso empresarial, a través de los sindicatos, es fundamental para un entorno laboral saludable, libre de acoso.

Es necesario fortalecer el sindicato rescatando su función de "organismo no capitalista", en defensa de los intereses de los miembros de la categoría.⁸⁷⁴

⁸⁷² BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho**: modelo para armar. Ed. LTR, São Paulo, 1999, p. 116-118.

⁸⁷³ Según Antonio BAYLOS: *"Históricamente, a través de una serie de mecanismos sin base contractual – fundamentalmente, la intervención legal y la creación de estructuras colectivas de "contrapoder" en la empresa, ha habido un proceso de objetivación y tipificación de la discrecionalidad empresarial. De esta forma, y así viene ocurriendo desde hace algún tiempo, la "administración de la relación laboral" que se lleva a cabo en la empresa adopta como regla empírica el conocido "principio de legalidad". La novedad aparece cuando también afirma su intención de actuar en base a una dinámica de consenso"*. *Ibidem*, p. 118.

⁸⁷⁴ La referencia al "organismo no capitalista" (o "anticapitalista") es importante, porque hay órganos dentro del sistema que no pueden/no deben ser transformados en instrumentos del capital, para no desnaturalizarse, necesarios para el equilibrio del propio sistema. Es cierto que en el sistema capitalista existe una gran dificultad para mantener estos organos, como valores y bienes, aunque no deberían, muchas veces acaban siendo "mercantilizados" (como la fe, la ética, la religión, la defensa de los intereses de los trabajadores, salud, educación, seguridad, amor, amistad,

En Brasil, con la Ley de Reforma Laboral (Lei 13.467/2017)⁸⁷⁵, los sindicatos sufrieron un impacto profundo, ya que la principal fuente de financiamiento, que provenía del aporte sindical obligatorio, pasó a ser opcional por parte del trabajador. Si bien el asunto no se puede abordar en este momento, lo cierto es que los sindicatos necesitan de sus ingresos para ejercer sus funciones constitucionales de defensa de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores vinculados a la categoría (art. 8 de la CR).

Teniendo en cuenta que ni siquiera contamos en nuestro ordenamiento jurídico con una ley sobre acoso moral, los sindicatos asumen una importancia vital en la preservación de un medio ambiente sano, a través de la negociación colectiva.

Los pactos colectivos pueden contener no solo definiciones importantes sobre las conductas de acoso prohibidas, sino también sobre las consecuencias, en caso de incumplimiento de las disposiciones normativas pactadas en el ámbito colectivo. También es importante destacar que la negociación colectiva puede tener lugar entre sindicatos de trabajadores y empresas (o grupos de empresas), dando lugar a un "acuerdo colectivo de trabajo", o entre sindicatos de trabajadores y sindicatos de empleadores, dando lugar a un "convenio colectivo de trabajo".⁸⁷⁶

Los sindicatos también pueden actuar, permitiendo canales de denuncia a los trabajadores víctimas de acoso, así como promoviendo la acogida de estos trabajadores, a través de la asistencia social y jurídica, grupos de acogida, círculos de conversación, foros de debate, etc.

El trabajo de los sindicatos, en cambio, no excluye la posibilidad de que los trabajadores se empoderen a través de órganos de la llamada "sociedad organizada", en asociaciones, comités y foros, buscando aclarar a los trabajadores sobre el daño que ocasiona el acoso moral.

afecto, sexo etc.), en este proceso de "pasteurización" impuesto por el capitalismo, que provocó que algunos sindicatos terminaran perdiendo su finalidad social (transformándose en empresas reales), por eso es fundamental volver a la naturaleza original de estos actores sociales esenciales.

⁸⁷⁵ El STF, en la sentencia ADI 5794 (a la que se anexaron las otras 18 ADI que involucran la misma materia, así como la ADC 55), juzgó, por mayoría de votos, las solicitudes formuladas en las acciones de inconstitucionalidad directa y la solicitud realizada en el acción declaratoria de constitucionalidad, es decir, declarado constitucional el art. 1º de la Ley 13.467/2017 ("Reforma Laboral"), que modificó los artículos 545, 578, 579, 582, 583, 587 y 602 de la Consolidación de Leyes Laborales (CLT) para condicionar el pago de las cuotas sindicales a la autorización expresa de trabajadores. Se publicó la citada decisión en 01/08/2018 (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>).

⁸⁷⁶ Art. 611 e § 1º, da CLT.

Interesante experiencia en derecho comparado⁸⁷⁷ puede ser utilizada en el sistema legal brasileño, con el fin de incrementar la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Se trata de la posibilidad de adoptar los "derechos de participación" de los trabajadores en las empresas⁸⁷⁸, aprovechando así la experiencia española, como resultado de las normas de la Unión Europea⁸⁷⁹.

Los "**derechos de participación**", contemplados en el orden europeo, suponen una "trilogía de derechos subjetivos", a saber: información, consulta y participación a favor de los trabajadores de la Empresa Europea.⁸⁸⁰

Aunque la Constitución de la República Brasileña dispone, en el art. 7º, XI, el derecho a la "participación en la gestión de la empresa, según lo define la ley", lo hace con el adverbio "excepcional"⁸⁸¹, lo que ya muestra un cierto "desvalor" o "desprestigio" a la propia idea de la participación de los trabajadores en las deliberaciones de las empresas. Además, pospone ante la ley la implementación de este derecho constitucional, que, luego de más de tres décadas, aún no se ha concretado. Así, el uso de los "**derechos de participación**" puede constituir un importante aporte a la democratización de las empresas, conduciendo, como consecuencia, a una mayor participación de los trabajadores en los destinos de la empresa, lo que sin duda contribuirá a la lucha contra el acoso moral.

⁸⁷⁷ El Derecho Comparado, por cierto, además de estar históricamente relacionado con el Derecho Laboral, está expresamente previsto en la CLT como fuente de derecho: "*Art. 8 - Las autoridades administrativas y el Juzgado de Trabajo, en ausencia de disposiciones legales o contractuales, resolverán, en su caso, por jurisprudencia, por analogía, por equidad y otros principios generales y normas de derecho, especialmente laboral, y, aún, según usos y costumbres, derecho comparado, pero siempre de tal manera que ningún interés de clase o privado prevalezca sobre el interés público*" (subrayando la actualidad; traducido).

⁸⁷⁸ Acerca del tema: GÓMEZ GORDILLO, Rafael. La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español. **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, ISSN 0213-0750, Nº 90, 2007, págs. 27-76; GÓMEZ GORDILLO, Rafael. La reforma de la Ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos? **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, ISSN 0213-0750, Nº 111, 2011, págs. 85-120.

⁸⁷⁹ En el caso del ordenamiento jurídico español, la Ley 31/2006, que abordó la "implicación" de los trabajadores en sociedades anónimas y cooperativas, transponiendo las Directivas de la Unión Europea al orden interior, estableció cuotas de participación de los trabajadores en los órganos sociatarios máximos, en un nuevo tipo de sociedad, la Sociedad Europea.

⁸⁸⁰ GÓMEZ GORDILLO, Rafael. La implicación... Op. Cit., p. 43.

⁸⁸¹ Así dice el artículo: "*Art. 7º. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros encaminados a mejorar su condición social: [...] XI - participación en las ganancias, o resultados, ajenos a la remuneración y, excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, según lo define la ley*" (subrayado actual; traducido).

4.4.4 La participación de universidades, media y redes sociales

Las **universidades**, especialmente las públicas, son centros de difusión del conocimiento imprescindibles⁸⁸², en la búsqueda de la visualización de situaciones de desigualdad social y en la conciencia de la sociedad de los impactos que produce el mantenimiento del *status quo*, así como en la promoción de teorías y prácticas emancipatorias.⁸⁸³

En Brasil, el art. 207 de la Constitución de la República prescribe que “las universidades gozan de autonomía didáctico-científica, administrativa y financiera y de gestión patrimonial, y obedecerán el principio de inseparabilidad entre docencia, investigación y extensión”.

El primer aspecto a celebrar es la "autonomía didáctico-científica", que permite a las Universidades ser libres para ejercer su función de enseñanza-aprendizaje, sin someterse a presiones externas, recordando siempre que la "educación crítica" tiene potencial emancipatorio (de transformación), mientras que la enseñanza "no crítica" es ideológica, ya que es el resultado de un proceso cultural normativo o ideológico, como se vio anteriormente, que solo mantiene el *status quo*.

El otro aspecto importante a destacar es la "inseparabilidad entre docencia, investigación y extensión", que confiere a las Universidades una misión importante en el desarrollo económico y social de nuestra sociedad (siguiendo, de hecho, la determinación constitucional sobre los objetivos fundamentales de la República), además de enseñar. De hecho, producir conocimiento y compartirlo con la sociedad es tan importante como formar profesionales para el mercado laboral. Las universidades, por lo tanto, deben elevar el "bienestar" cultural, intelectual, ambiental y social de las personas.

En materia de relaciones laborales, las Universidades pueden realizar estudios e investigaciones sobre el acoso en el trabajo, no solo en lo que respecta a la sensibilización de

⁸⁸² Recordando que ya existen varias Universidades en Brasil (aproximadamente 30), con disciplinas que tienen como objeto de estudio el “Golpe de 2016”, lo que destaca el gran potencial que tienen estos centros para promover los derechos humanos de manera emancipadora.

⁸⁸³ Helio GALLARDO llama la atención sobre la necesidad de enseñar con sesgo emancipatorio: “*Cuando se ‘enseña’ derechos humanos que no se practican, y esta enseñanza proviene de ‘altas autoridades’ como universidades, instancias gubernamentales o iglesias, se paga un alto precio moral, porque los valores fundamentalmente se adquieren por imitación de lo que se siente vivio (testimoniado) por otros y que, al ser practicado, contiene o significa gratificación personal y social*”. Op. Cit., p. 21.

todos los involucrados, sino también en la producción de material científico relevante para el trabajo de los trabajadores, sindicatos, empresas y el Estado.

La palabra **media** es una adaptación del plural de "medium", que significa "medio". Sin embargo, su significado en la actualidad va mucho más allá de esta idea, pudiendo definirse como el vehículo o canal donde se transmite un mensaje. En nuestro estudio, los medios de comunicación se han utilizado como las diversas formas de comunicación de masas.

La Constitución de la República regula la "comunicación social", en los artículos 220 al 224. El art. 220 consagra el vínculo entre libertad de pensamiento y comunicación, poniendo fin a la odiosa censura de los gobiernos militares.⁸⁸⁴ El párrafo 5 del art. 220 prescribe que "los medios de comunicación no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de un monopolio u oligopolio". Y, a partir de aquí, ya surgen los problemas. Esto se debe a que es público y notorio que en Brasil, aunque técnicamente no hay monopolio, especialmente en la televisión abierta, hay grupos que acumulan, por sí mismos, en ciertos programas y horarios, más del 50% de la audiencia y también más de la mitad de las inversiones publicitarias. Así, si por un lado se defiende la libertad de expresión y pensamiento, por otro lado, en la práctica, esta libertad se atenúa significativamente, ya que las empresas de comunicación de masas comienzan a seleccionar y difundir noticias que muchas veces benefician sus propios intereses.⁸⁸⁵

Aunque el art. 221 de la Carta Fundamental establece la necesidad de que las estaciones de radio y televisión observen ciertos principios⁸⁸⁶, Es al menos curioso que la necesidad de observar los objetivos fundamentales de la República no haya sido considerada también como principios rectores del desempeño de estas empresas (art. 3º)⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Art. 220. *La expresión del pensamiento, creación, expresión e información, en cualquier forma, proceso o vehículo, no estará sujeta a restricción alguna, con sujeción a lo dispuesto en esta Constitución. § 1 Ninguna ley contendrá una disposición que pueda constituir un obstáculo a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación, con sujeción a lo dispuesto en el art. 5º, IV, V, X, XIII y XIV. § 2 Queda prohibida toda censura de carácter político, ideológico y artístico* (traducido).

⁸⁸⁵ Buen ejemplo de ello fue el reconocimiento público por parte de Rede Globo de haber apoyado el golpe militar de 1964: "La verdad es dura, Globo apoyó la dictadura". Organizaciones Globo, disculpándose, dijo: "De hecho, es una verdad, y también una dura verdad" (Globo 1/9/13, p. 15).

⁸⁸⁶ Art. 221. *La producción y programación de estaciones de radio y televisión se atenderá a los siguientes principios: I - preferencia con fines educativos, artísticos, culturales e informativos; II - promoción de la cultura nacional y regional y fomento de la producción independiente con miras a su difusión; III - regionalización de la producción cultural, artística y periodística, según los porcentajes que establece la ley; IV - respeto de los valores éticos y sociales de la persona y la familia* (traducido).

⁸⁸⁷ Art. 3º. *Los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil son: I - construir una sociedad libre, justa y solidaria; II - garantizar el desarrollo nacional; III - erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV - promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación* (traducido).

En materia de relaciones laborales, el Ministerio Público (los sindicatos también) debe instar a las grandes empresas de comunicación del país a concienciar a toda la sociedad sobre el daño del acoso moral para la construcción de una nación.

En todo caso, es necesario favorecer la aparición de otros medios alternativos de comunicación, que permitan visualizar las prácticas de acoso, para una mayor desestabilización y transformación de estas prácticas sociales. Un buen ejemplo del cambio de rumbo (con la importancia decreciente de los grandes medios de comunicación tradicionales) fue el surgimiento de las redes sociales, a principios de la última década.

Las **redes sociales** – como "Facebook", "Twitter", "Whatsapp", "Instagram", "YouTube", "Tik Tok" y otras – tienen, en la sociedad contemporánea, un papel importante, no solo de comunicación y socialización entre individuos, sino también con respecto a la realización de negocios y márketing. Para muchos, están cambiando el estilo de vida de la propia sociedad.

Así, el uso de las redes sociales se puede realizar de forma positiva o negativa para la comunidad. El uso negativo puede involucrar una variedad de situaciones, desde promover "golpes de estado" en países con una situación democrática estable o no (o incentivar el fraude en las elecciones) hasta llevar a cabo fraudes, violencia y agresión, por medios virtuales.

Sin embargo, en esta propuesta, nos interesa el uso positivo de las redes sociales para la comunidad. De hecho, cualquier intercambio de información en las redes sociales debe agregar "valores sociales o colectivos". Hoy existen varios ejemplos, no solo en Brasil, sino también en todo el mundo, de personas y colectivos que utilizan las más variadas redes sociales para difundir, de manera crítica y sencilla (accesible a los más variados segmentos de la sociedad, a menudo de buen humor), dichos valores, que se vinculan claramente con la realización de los derechos humanos.⁸⁸⁸

Respecto a nuestra temática, las redes sociales pueden servir para promover un ambiente laboral libre de acoso moral, como por ejemplo, campañas de prevención y represión del psicoterrorismo laboral.

En este capítulo se analizaron varias propuestas de sesgo emancipador y transformador, basadas en la teoría crítica de los derechos humanos, con sugerencias de cambios: propuestas de modificaciones en la dogmática del propio Derecho Laboral; la sugerencia de aposición de elementos flexibles en la ley como un producto cultural que surge del proceso normativo o

⁸⁸⁸ Como ejemplo, citamos: Rita Von Hunty (<https://www.youtube.com/c/TemperoDrag>); Gregório Duvivier (GergNews en el YouTube).

ideológico imperante; la propuesta de utilizar una norma internacional que procede con la inducción de cambios en la relación laboral subordinada; y cómo pueden actuar el Estado, los trabajadores y la propia sociedad para combatir el acoso en el trabajo.

Las propuestas que se presentan a lo largo de este capítulo son solo una simple contribución a la transformación de las relaciones laborales, en la búsqueda de un ambiente laboral saludable, libre de acoso moral.

CONCLUSIONES

El acoso moral laboral es un fenómeno frecuentemente denunciado en el mundo contemporáneo, aunque sus orígenes se remontan a tiempos inmemoriales, y el estudio de la subordinación es fundamental para su comprensión.

El concepto actual de subordinación es el resultado del desarrollo histórico, trayendo consigo una serie de características incorporadas por la evolución de las relaciones laborales en el contexto social.

Históricamente, no se encuentra, en la Antigüedad, que las civilizaciones más significativas hayan ofrecido estructuración legal del trabajo libre y subordinado. Por el contrario, la principal forma conocida de subordinación estaba incrustada en el propio sistema de esclavitud. Además del abandono de la esclavitud como principal vía de obtención de trabajo, el legado de este período consiste en la formulación remota del paradigma normativo del trabajo subordinado, bajo un molde contractual, claramente romanista e individualista ("locatio conductio operarum").

Si bien la esclavitud ya no es la única vía para obtener trabajo, en la Edad Antigua, con el remoto origen histórico normativo del trabajo subordinado emergiendo, para la estructuración histórica del acoso se destacan como legados de la época: la aceptación de la jerarquía sin límites éticos, por parte de la sociedad y el propio subordinado; la aceptación y justificación de esta situación por razones religiosas, filosóficas o sobrenaturales; la naturalización del sometimiento personal del trabajador al soberano (prestador de servicios); la reducción de los derechos individuales de los trabajadores a parámetros irrazonables, evitando la posibilidad de reacción ante órdenes inhumanas; y el reconocimiento de la subordinación con carácter patriarcal (muy funcional para los líderes masculinos hasta el día de hoy).

El período medieval, aunque considerado una especie de "puente civilizador" entre los regímenes de esclavitud y servilismo al trabajo libre, no modificó sustancialmente las características de opresión y exclusión de los trabajadores, tanto en relación con el centro de decisiones de la sociedad como con el goce de los bienes de la vida, no puede, por tanto, considerarse una fase positiva, en cuanto a la evolución de los derechos humanos. Por el contrario, el ejercicio del poder de someter a otro ser humano pasó a estar directamente relacionado con la riqueza y la estructuración de clases sociales muy rígidas y definidas. La "evolución" al contrato, tan "celebrada" por la doctrina convencional, no cambió la situación

concreta a la que los trabajadores permanecían sometidos, ni las características históricas estructurales del acoso moral.

Las principales codificaciones de la Edad Moderna no conferían autonomía y tipicidad al contrato de trabajo realizado bajo dependencia jerárquica, ya que su objetivo primordial era mantener el “status quo”, representando así una mera expresión del poder hegemónico. En relación al acoso moral, el período moderno no ha traído cambios estructurales importantes, cuando a diferencia de períodos históricos anteriores, considerando que los principales cambios ocurrieron en el plan formal, ni siquiera contemplando el trabajo subordinado con un marco legal diferente al de trabajo subordinado con fines de protección de la parte más vulnerable. En efecto, el sometimiento personal del trabajador (elemento básico para el estudio de la violencia psicológica en el trabajo) ni siquiera fue considerado como un hecho relevante para una estructura normativa autónoma, con carácter protector.

En el sistema brasileño, la construcción legal del trabajo subordinado comenzó a perfilarse en el Período Imperial, dada la inexpresividad del trabajo libre y por cuenta ajena en el Período Colonial. En el Imperio, el trabajo subordinado estaba regulado, de manera general, dispersa y casual, por las Ordenanzas, el Código de Comercio y algunas leyes dispersas. El Código Civil de principios del siglo pasado disciplinaba, a través de un único contrato típico, el arrendamiento de servicios, dos situaciones fácticas distintas: trabajo libre autónomo (proporcionado por cuenta propia) y trabajo libre subordinado (proporcionado por cuenta ajena). La evidente inadecuación de la disciplina jurídica del trabajo subordinado por parte del modelo jurídico privado, luego de varios movimientos sociales y algunas leyes laborales dispersas, dio lugar a la necesidad de una regulación independiente de la relación laboral, permitiendo que el sistema contenido en la Consolidación de las Leyes Laborales fuera alcanzado.

El Derecho Privado hizo innegables “concesiones” por el reconocimiento de la subordinación en el contrato de trabajo. La dependencia jerárquica sólo se “compensó” con la sacudida de algunos de los pilares más importantes del Derecho Civil: se “descuidó” la manifestación de la voluntad de las partes, se “violaron” el principio de autonomía de la voluntad individual; el principio de “pacta sunt servanda” fue “debilitado”; “Flexibilizado” el principio de relatividad; y, además, la teoría de la culpa fue “abandonada” a efectos de atribuir responsabilidad. Todo ello constituía “agresiones imperdonables” contra el marco lógico-sistemático del Derecho Privado, contemplado en el Código Civil vigente en ese momento.

Como puede observarse, la estructura normativa del trabajo subordinado se fue fraguando, desde la antigüedad hasta la época contemporánea, con la indudable supremacía de

uno de los polos de la relación (empresario/tenedor del poder), en detrimento de la parte más vulnerable (obrero). Si bien el Derecho Laboral ha surgido como una forma de intentar conmutar esta desigualdad contractual, la marca genética de la opresión y la dominación personal, en esta relación, no se ha modificado a lo largo de la historia. Esta característica, además, no solo ha sido incorporada de manera natural por el ordenamiento jurídico, sino que también ha incrementado su potencial nocivo, con la desestructuración de la propia Ley del Trabajo, a través de la flexibilización y, en particular, la desregulación.

El acoso moral, por tanto, tiene su justificación en el origen histórico del trabajo subordinado, convirtiéndose en un comportamiento natural del empresario, infringiendo así cualquier posibilidad emancipadora por parte de los trabajadores. La pérdida de la centralidad del trabajo como medio estructurador de la sociedad conlleva la pérdida de la importancia del trabajador como ser humano, en particular, con la subordinación a través de plataformas digitales y algoritmos, lo que también termina reforzando las conductas de acoso por parte de los empleador, renovando (con el pretexto de ser algo contemporáneo) la idea de “despersonalización/objetivación” del trabajador.

Las teorías civilistas demostraron, en su momento, la incapacidad del Derecho Privado, basado en los dogmas de la autonomía de la voluntad y el individualismo jurídico, para aceptar la subordinación como elemento limitante de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes (el empresario / capitalista). El reconocimiento de la subordinación representaría la ruptura del megaprincipio contractual (autonomía de la voluntad), además de traer al Estado, con carga económica (y política) sobre la clase burguesa, la imposición de intervenir en la relación para compensar la desigualdad, resultado de la dependencia jerárquica, lo que, en ese momento histórico, parecía impensable. La subordinación, en el contrato de trabajo, muestra una situación fáctica (e histórica) diferente a la contemplada en los contratos civiles, descartando la posibilidad de incidencia, por analogía, de cualquier norma basada en el paradigma contractual clásico, de carácter paritario. El desinterés de las teorías civilistas en incluso contemplar el elemento de subordinación ya revela, por parte del poder hegemónico, la naturalización absoluta del acoso moral dentro del modelo económico de la época.

Las teorías anti-contractualistas (que surgieron como reacción a las teorías civilistas) jugaron un papel importante en la oposición, a través de un esquema teórico-dogmático, a las teorías contractuales clásicas, que permanecieron indiferentes a la existencia del elemento subordinado. Las teorías anti-contractualistas ya identificaban la existencia de la subordinación, tratando de explicarla, sin embargo, dentro de parámetros institucionales (comunitario-personal).

El acontractualismo (o paracontractualismo), corriente que se ubica en una zona gris, dificultando el reconocimiento de su autonomía científica, aunque no le dio relevancia a la voluntad y en consecuencia negó la existencia de una típica transacción laboral legal, representó un paso hacia el reconocimiento de la voluntad como productora de efectos jurídicos. También demuestra una ventaja evidente sobre las teorías anti-contractualistas, ya que, al reconocer la voluntad, es menos artificial.

Las teorías contractualistas aparecieron naturalmente como una fuerte reacción a las teorías anti-contractuales. Se retomó y renovó el concepto de voluntad, aunque, esta vez, en un molde normativo laboral, acuñado por el principio de tutela. La subordinación, sin embargo, solo se reconoce si resulta de la voluntad de las partes.

Desde el punto de vista del elemento subordinado, el institucionalismo impuro, consagrado en la Consolidación de las Leyes Laborales, acepta la existencia tanto de subordinación contractual como de subordinación fáctica. Sin embargo, admite la preponderancia de estos últimos, cuando reconoce el poder disciplinario de la empresa, claramente institucional.

A pesar de la existencia de varias teorías que intentan desentrañar la naturaleza jurídica de la relación laboral, se concluye que, desde el punto de vista del elemento subordinado, constitutivo de la relación o contrato laboral, el ordenamiento jurídico brasileño, al equiparar, en efecto, la relación laboral con el contrato de trabajo abarca tanto la subordinación fáctica (resultante del acto-hecho-trabajo) como la subordinación contractual (basada en una transacción jurídica).

En el ordenamiento jurídico brasileño no existe disposición expresa del elemento característico del contrato de trabajo. El artículo 3 de la Consolidación de las Leyes Laborales, al conceptualizar la figura del empleado, hace referencia a los siguientes elementos, que fueron sistematizados por la doctrina: personalidad (“persona individual”); no eventualidad o habitualidad (“no eventual”); subordinación jerárquica o jurídica (“dependencia”); y onerosidad (“percepción de los salarios”).

La subordinación jerárquica o jurídica es el elemento categórico inderogable del negocio jurídico del empleo. Esto significa que un contrato de trabajo no podrá contener una cláusula que libere al empleado de cumplir órdenes, de ser supervisado o de sufrir sanciones, ya que la remoción del elemento categórico del contrato de trabajo es impensable, incluso si las partes lo designan como tal. Así, la voluntad declarada por las partes naturalmente sufriría una transformación sustancial para configurar otro acto empresarial.

La estructuración histórica de la relación de poder y sujeción entre el empresario (sujeto subordinado) y el trabajador (sujeto subordinado) fue decisiva para la construcción de la concepción actual de subordinación jurídica (subjetiva o personal) y de poder de mando, existiendo claramente similitud de la referida relación con los sistemas de esclavitud y servilismo, ya que no se han modificado las bases de opresión sobre las que se establece la referida relación.

La relación laboral, para ser aceptada en el Estado Social de Derecho, debe ser vista como el resultado de un pacto de voluntades, razón por la cual la dogmática tradicional hizo que el contractualismo supere la institucionalidad. Sin embargo, de hecho, el paso de la institucionalidad al contractualismo solo hizo cambios superficiales en la relación laboral de poder-sujeción, no modificando sustancialmente la situación efectiva de sometimiento del trabajador al empresario.

La construcción normativa llevó, por tanto, la dogmática hegemónica a la concepción de subordinación subjetiva o personal, es decir, quien se subordina al empresario es el trabajador, de manera personal. Esta concepción reproduce, desde el punto de vista de la dignidad humana, una clara asimetría entre los dos “contratistas” en la relación laboral subordinada, ya que el empresario se ubica en una situación más digna que el trabajador. Lo más adecuado sería reconocer la subordinación en una concepción objetiva o funcional como marca de la relación laboral, de modo que lo que se subordina al empresario es la actividad que realiza el trabajador y no la persona del trabajador.

De esta forma surge un entorno propicio para la práctica del acoso moral.

El acoso moral o el psicoterrorismo no puede considerarse un fenómeno reciente. De hecho, su estudio es reciente, ya que su práctica es tan antigua como el origen mismo de la obra. El acoso moral laboral puede conceptualizarse como una conducta abusiva (perversa), que puede expresarse mediante diversas formas de devaluación del ser humano, de manera sistemática y frecuente, generalmente practicada por el empleador o su representante, en un contexto de sumisión (jerarquía), dirigido a un empleado (o grupo de empleados), con la notoria intención de desestabilizar la salud psicológica del trabajador, para que sea anulado o excluido del mundo laboral, con el fin de considerarlo un ser humano de segunda categoría, sin derecho, por tanto, a ejercer su dignidad.

Desde el punto de vista de la filosofía, parece, sea cual sea el perfil del asediador, que es débil, porque demuestra la incapacidad de construir su propia felicidad, no practicando actitudes asociadas a la práctica del bien.

Desde un punto de vista psicológico, el asediador puede tener las siguientes características: narcisismo, megalomanía, “vampirización”, irresponsabilidad y paranoia. Evidentemente, el asediador, que en general tiene más de una (o todas) de las características descritas anteriormente, solo practica actos de hostigamiento o terror psicológico, porque se siente legitimado para hacerlo, en la relación laboral de poder-sometimiento. Como se ve, esta legitimación parte de una “justificación” histórica de la subordinación de carácter subjetivo en la relación laboral, alcanzando su punto álgido en el capitalismo globalizado.

Los procesos culturales son procesos de reacción al conjunto de relaciones sociales, psíquicas y naturales en las que nos movemos. Lo cultural debe ser interpretado como un proceso mediante el cual nos dotamos de materiales adecuados para construir otras metodologías de acción e interacciones sociales más dispuestas a transformar el mundo, crear nuevos significados y nuevas realidades, a partir de la observación de que ha existido y existe otras formas de percibir e influir en el entorno de las relaciones en las que vivimos.

La construcción de una concepción de subordinación subjetiva parte de un proceso cultural, construido a lo largo de la historia, que establece un cierre de posibilidades para la emancipación del trabajador frente al empresario. Por un lado, esta situación impide que los trabajadores (oprimidos) sean considerados seres humanos plenos, ya que, en la práctica social, son considerados "seres humanos de segunda clase" (impidiendo así cualquier reacción a la situación ya consolidada), por otro lado, permite y legitima al empresario/capitalista tratar a los empleados de cualquier forma (o de forma inhumana), lo que da lugar, de manera casi natural, a la práctica del acoso moral. En efecto, según la concepción jurídica tradicional, las conductas denominadas “acoso moral” no serían más que una forma de expresión del poder de mando, dentro de una concepción subjetiva de subordinación y, por tanto, estarían justificadas y legitimadas. Por ello, el trabajador es considerado, por el poder hegemónico, un “ser casi humano”, situación que le impide ejercer efectivamente el derecho a su dignidad.

Básicamente, existen dos tipos de procesos culturales, los reguladores (o ideológicos) que cierran los circuitos de reacción cultural (impiden que algunos o todos los actores sociales creen productos culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los entornos en los que se ubican) y los emancipadores (interculturales) que efectúan la apertura de circuitos de reacción cultural (los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales en función del entorno de relaciones en el que se sitúan).

En cuanto al acoso moral laboral, parece que se origina en el conjunto de relaciones poder-sometimiento, que consagraron, a lo largo de la historia, la concepción subjetiva o personal de la subordinación. La ley positiva que llegó a regular la relación laboral asumió tal

concepto de subordinación, no evitando así la ruptura de este círculo vicioso, que retroalimenta el poder (absoluto) del empresario/capitalista y oprime al trabajador. De esta forma, la emancipación se vuelve casi imposible para el proceso cultural, con el fin de frenar la situación inhumana derivada del acoso. Por el contrario, el producto cultural, en este caso, surge de un proceso predominantemente regulatorio, lo que hace que la práctica del acoso sea cada vez más natural. Existe, por tanto, un proceso de “naturalización” del trato inhumano, que se introyecta en la mente del trabajador, impidiendo muchas veces cualquier reacción contra el psicoterror. De esta forma, lo visible (trato inhumano del acoso) se vuelve invisible (incluso desde el punto de vista legal), siendo imprescindible, por tanto, un proceso cultural que permita visibilizar lo invisible (y que fue invisibilizado por el proceso de naturalización). Si el proceso regulatorio cultural no cumple el rol de evitar la práctica de acoso del emprendedor y los trabajadores no tienen condiciones para reaccionar, el circuito de reacción cultural permanece cerrado.

La teoría clásica o tradicional de los derechos humanos se caracteriza por la tradición de formulaciones objetivas de la metafísica, con énfasis en el aspecto abstracto y contemplativo (considerado como una producción del cientificismo positivista) y se basa en las ideas del universalismo (eurocentrista), la tesis generacional, la justificación económica y el determinismo (naturalismo). A la nitidez, la concepción clásica no permite un adecuado enfrentamiento del problema del acoso psicológico, porque se vuelve naturalmente insensible al trato inhumano que le da el empresario/capitalista, cuya conducta se justifica y legitima dentro del sistema normativo. Si existe una justificación legal para el comportamiento del empleador, no se trata de ninguna violación de los derechos humanos. Por el contrario, las empresas se convierten en entidades “portadoras de humanidad”, ya que proporcionan al trabajador un empleo (subempleo, puesto, ocupación o hasta “un plato de comida”).

La dignidad de la persona humana está íntimamente ligada a la idea del trabajo decente, siendo el acoso moral un “ataque calificado” contra la dignidad humana.

Por tanto, corresponde a los Derechos Humanos, dentro de una perspectiva crítica (no hegemónica), el rol de reformular y reformatear las bases sobre las que se asienta la relación laboral de poder-sujeción, en el sentido de “humanizarla”.

Ver el fenómeno del acoso moral laboral y pensar en la construcción de una base sólida para frenarlo consiste sin duda en pensar de otra manera frente a la posición hegemónica, que no prevé ninguna deformidad en la relación laboral tradicional de poder-sometimiento.

Cuestionar la propia relación de poder y sometimiento entre empresario y trabajador y su base de apoyo en el ordenamiento jurídico es fundamental para la construcción de una base jurídica que prohíba la práctica del terror psicológico en el ámbito laboral.

El estudio del acoso moral laboral, con el necesario cuestionamiento de la relación de poder y sometimiento, las bases de conformación de la subordinación (subjetiva o personal) y el poder de mando del empresario, consiste en cuestionar la realidad de opresión en la que viven los trabajadores.

La Ley del Trabajo formalmente afirmada, que se ajusta a los cimientos de la relación de poder existente entre el empresario y el trabajador, imposibilita la realización de la dignidad humana de los trabajadores, quitando la necesaria y saludable búsqueda de nuevas heterotopías.

Al pensar en el acoso laboral, debemos indignarnos por las prácticas perversas e inhumanas que resultan del poder hegemónico que ejerce el empresario, que ya está consolidado y "legitimado" en la evolución histórica del trabajo subordinado.

De esta manera, debemos abrir espacios para la visualización de lo que se ha hecho (in)visible, permitiendo, con diálogo y nuevos procesos de lucha por una forma de trabajo más digna (y más humana), el "empoderamiento" de los asediados y trabajadores excluidos y oprimidos.

Así, la búsqueda de una construcción jurídica para frenar el acoso moral laboral no debe partir de la idea de una ética humana universal. Por otro lado, debe respetar las diversidades, en línea con la idea de un proceso cultural abierto y emancipatorio.

Joaquín Herrera Flores sistematizó el "Diamante Ético" como marco pedagógico de acción, constituyendo una forma compleja y relacional de situar los derechos humanos, con el fin de afirmar la indiscutible interdependencia entre los múltiples componentes que definen los derechos humanos en el mundo que vivimos en la actualidad. El estudio de los derechos humanos en esta forma tiene como objetivo construir una ética que tenga como objetivo lograr las condiciones para que los seres humanos pongan en práctica la idea de la dignidad humana, asegurando que todos puedan luchar por la dignidad, de manera plural y diferenciada.

El diamante ético tiene tres capas, cada una con sus diferentes puntos de conexión mutua. La portada presenta las ideas, instituciones, fuerzas productivas y relaciones sociales de producción. El segundo contiene posiciones, narraciones, disposiciones e historicidad (o temporalidad). La tercera capa está formada por espacios, valores, desarrollo y prácticas sociales. Los elementos del diamante están estrechamente entrelazados e interconectados. La citada figura geométrica también tiene dos ejes principales, en los que se distribuyen los elementos contenidos en las cubiertas: el eje de elementos conceptuales (eje vertical) y el eje de elementos materiales (eje horizontal). El eje conceptual o vertical involucra los siguientes elementos: teorías, posición, espacio, valores, narración e instituciones. El eje material u

horizontal tiene los siguientes elementos: fuerzas productivas, disposición, desarrollo, prácticas sociales, historicidad y relaciones sociales.

De esta forma, las categorías conceptuales o teóricas en relación a las categorías materiales o prácticas forman un cruce de coordenadas, permitiendo la identificación de todos los puntos entre los que es posible establecer relaciones analíticas para la situación concreta que se pretende examinar. En el centro de esta cruz aparece “la dignidad humana”, que se concretiza “en la conquista de un acceso igualitario a los bienes materiales e inmateriales que nos permiten llevar adelante nuestras vidas desde nuestras particulares y diferenciadas formas de vida”.

Con respecto a la relación laboral de poder-sujeción, las fuerzas de producción pasaron del taylorismo/fordismo en el pasado al toyotismo actual. La relación social de producción, en cuanto a la relación laboral, se basa en la dominación como producto cultural. En otras palabras, la relación social de producción se basa en el supuesto de la existencia de un sujeto dominante/capitalista/opresor y un sujeto subordinado/trabajador/oprimido.

En cuanto al acoso moral laboral, parece que, de hecho, el grado de conciencia de los trabajadores sobre el papel que desempeñan en el proceso de acceso a los bienes intangibles (trato digno) es mínimo o nulo, lo que solo permite una práctica social de carácter conservador. El conocimiento de la situación real que ocupan los trabajadores en la relación de producción, así como la ocurrencia del propio acoso moral laboral (como consecuencia de la situación de dominación y opresión) posibilitará la búsqueda de prácticas sociales emancipadoras o contrahegemónicas.

Como se demostró ampliamente en el primer capítulo, el aspecto histórico fue decisivo en la construcción y consagración de la actual concepción de subordinación, marcadamente subjetiva o personal, que legitima la conducta inhumana del emprendedor/asediador. La historicidad revela que las bases de opresión y sometimiento sobre las que se asienta la relación laboral no se han modificado significativamente (a pesar de algunos avances formales, garantizados en las leyes). Existe, por tanto, una gran similitud entre la actual relación laboral de poder y sometimiento con los sistemas de esclavitud y servilismo.

La relación fuerza de trabajo-sujeto está directamente relacionada con la necesidad de desarrollo de la sociedad. Sin embargo, no se puede pensar que el desarrollo solo se logrará con la realización de prácticas inhumanas por parte del emprendedor. Tal ideología reproduce el pensamiento hegemónico y único del desarrollo (ya que no habría otra alternativa, sino solo esta: el desarrollo, en la relación laboral, solo se logra con el psicoterrorismo), además de producir la “naturalización” del acoso moral, que se vuelve aceptable como algo natural.

En el campo laboral, las prácticas sociales, en la actualidad, refuerzan la opresión y la dominación, no rompiendo, por tanto, el bloqueo que ofrece un proceso cultural meramente regulatorio y cerrado, impidiendo así el circuito de reacción cultural. En efecto, el emprendedor tiene un espacio libre de acción en la relación laboral de poder-sometimiento, por lo que el acoso psicológico se convierte en un instrumento de simple uso para la consecución de los intereses del capital. Es fundamental, por tanto, buscar prácticas sociales alternativas, a través de movimientos, sindicatos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales y partidos políticos, en la búsqueda concreta de una solución eficaz contra el acoso moral laboral.

Toda dogmática laboral se fundamenta en la concepción subjetiva de la subordinación y teorías consecuentes, como las que justifican, por ejemplo, el poder de mando del empleador y los poderes derivados del mismo, con énfasis en el absurdo e inicuo poder disciplinario (conocido, sin eufemismos como el poder de “castigar” a los trabajadores). Es necesario combatir las teorías tradicionales con nuevas teorías o nuevas formas de pensar sobre la relación laboral y la forma en que se trata a los trabajadores (como, por ejemplo, la consagración del concepto objetivo o funcional de subordinación).

En la relación laboral y, como consecuencia, en el acoso moral, los principales valores que aparecen son los derivados de la existencia de una jerarquía puramente personal: superioridad-inferioridad. El empresario posee el capital, siendo, por tanto, superior, y, da órdenes y subordina personalmente al trabajador, que no tiene el capital, siendo inferior, y, por ende, obedece las órdenes que emanan del empleador, de la “forma” que mejor entiende o de la “forma” más acorde con los intereses del emprendedor (y aquí es donde surge el acoso moral laboral de forma “natural”).

Como consecuencia lógica de los valores, la relación laboral pone de manifiesto que el empresario se encuentra en una notoria situación de ventaja o privilegio en los procesos de acceso a los bienes, mientras que los trabajadores se encuentran en una notoria desventaja, manteniendo así la situación de opresión y exclusión. Desde el punto de vista de la dignidad de la persona humana, un simple análisis de la situación que propugna el poder hegemónico autoriza a afirmar que existen personas “más dignas” (sujeto subordinador) y “menos dignas” (sujeto subordinado)

El psicoterror laboral se desarrolla de forma natural en el lugar de trabajo. Pero no solo eso, ya que en la actualidad la subordinación puede llegar a aquellos trabajadores que prestan servicios fuera del establecimiento empresarial, o que prestan servicios en sus domicilios, o incluso a quienes laboran en cualquier lugar al que acceda la “world wide web” (internet),

incluyendo a través de plataformas digitales. Significa decir que la subordinación, aunque personal, también puede ser virtual, sin la caracterización errónea de la situación de acoso.

Para frenar la práctica del acoso psicológico en el trabajo, es fundamental que los trabajadores asediados tengan la oportunidad de contar sus experiencias, las prácticas y técnicas inhumanas empleadas por el empresario, su trauma psicológico (incluidas las consecuencias físicas resultantes), sus intentos de afrontamiento del problema o la aceptación pacífica (e inercial) de la situación impuesta en la relación laboral, sus intentos de comprender lo que les está sucediendo (conciencia). Es, por tanto, también a través de las narraciones que se pretende buscar formas alternativas y contrahegemónicas de evitar el psicoterrorismo laboral.

Así, se puede concluir que el objetivo final del análisis del acoso moral laboral a través del Diamante Ético, como marco pedagógico para la acción, es posibilitar la visualización del psicoterrorismo laboral como un fenómeno típico del modelo de producción capitalista actual y buscar alternativas para su desarrollo prevención y represión, con el fin último de lograr la dignidad de los trabajadores asediados. Luego, por tanto, de la prueba de la hipótesis inicialmente lanzada en el sentido de que el acoso moral laboral constituye una grave violación de los derechos humanos de los trabajadores, se pretende que la teoría crítica de los derechos humanos proceda con la desestabilización de la práctica hostigadora del capitalista, a través de propuestas de sesgo emancipatorio o contrahegemónico, ya sea de carácter teórico-dogmático o pragmático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **Emprega-dor** – a participação da classe dominante na construção do direito do trabalho no Brasil – uma história forjada com alienação, estranhamento e ideologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALMEIDA, Sílvio. **O que é racismo estrutural ?** Belo Horizonte. Letramento, 2018.

ALOISI, Antonio. Commoditized workers: **Case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms**. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/so13/papers._id=3037678>. Acesso em: 25 maio 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Negócio Jurídico. In: **ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 54.

ANDRADE, Manuel Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objecto. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1.

ANSART, Pierre. **Os assédios políticos**: assédio moral. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

ARAÚJO, Adriane Reis. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados ministério público do trabalho**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução: Wanda Capeller e Luciano de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Vilaça de. **O novo código civil brasileiro**: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis), aspectos controvertidos do novo código civil, escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003.

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **O direito do trabalho na América Latina**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARCELLONA, Pietro. **O individualismo proprietário**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BARRETO, Margarida. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação (mestrado). Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.

BARZOTTO, Luciane e OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, 2018.

BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Ed. LTR, São Paulo, 1999.

BECK, Ulrich. **Que és la globalización?** falácias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2008.

BÉRGAMO, Mônica. Folha de São Paulo. 25 nov. 2000. Disponível em: <www.assediomoral.org>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BERGVALL-KÁREBORN, Birgitta; HOWCROFT, Debra. Amazon Mechanical Turk and the commodification of labour. **New Technology, Work and Employment**, v. 29. n.3, p.213-223, 2014.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra, 1970. v. 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1949.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952.

BIRMAN, Joel. **O assédio em questão: assédio moral**. Uberlândia: Edit. da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **A C.L.T. vista pelo tribunal superior do trabalho: em sua composição plena**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1963.

_____. **A consolidação trabalhista vista pelo supremo tribunal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959.

_____. **Jurisprudência do contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Conquista, 1955.

BONA, Marco; MONATERI, Píer Giuseppe; OLIVA, Umberto. **La responsabilità civile nel mobbing**. Milano: IPSOA, 2002.

_____, _____, _____. O mobbing como legal framework: a nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 7, jul./set. 2001.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. **El nuevo espíritu del capitalismo**. Madrid: Akal, 2002.
- BRÉARD, Richard; PASTOR, Pierre. **Harcèlements: les réponses**. Paris: Liaisons, 2002.
- BUZAID, Alfredo. **Shopping centers: questões jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CABANELLAS, Guillermo. **Contrato de trabajo: parte general**. Buenos Aires: Bibilográfica Omeba, 1963. v. 1.
- CABARCOS, Maria. López; RODRÍGUEZ, P. Vazquez. **Mobbing**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 2005.
- CALDERA, Rafael. **Relação de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de, MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de direito ambiental do trabalho**. São Paulo. Ed. LTR, 2013.
- CAMERLYNCK, G. H. **Traité de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1968.
- _____; LYON-CAEN, G. **Derecho del trabajo**. Madrid: Aguilar, [s.d].
- CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CABARCOS, Maria. López; RODRÍGUEZ, P. Vazquez. **Mobbing**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 2005.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXL In: LEME, Ana Carolina Reis Paes. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRLGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017.
- PRONER, C.; CITTADINO, G.; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, J. R. W. **Comentarios a una sentencia anunciada el proceso Lula**. Buenos Aires: CLACSO, 2018.
- PRONER, C.; CITTADINO, G.; RAMOS FILHO, Wilson; TENENBAUM, M. **A Resistencia ao Golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016, v.1. p.425.
- PRONER, C.; CITTADINO, G.; MAGALHAES, J. N.; PEIXOTO, K.; GUIMARAES, M. C. **A Resistencia Internacional ao Golpe de 2016**. Bauru: Canal 6 Editora, 2016, v.1. p.494.
- CARPENA, Heloisa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. São Paulo: Renovar, 2001.
- CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria geral da relação jurídica civil I: a teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CASAL, Angel Gómez-Iglesias. **La influencia del derecho romano en las modernas relaciones de trabajo**. Madrid: Civitas, 1995.

CASSAR, Vólia Bonmfim. A reforma trabalhista e a autonomia de vontade do empregado. **Revista Magister do Trabalho**, nº 79, jul/ago 2017, Porto Alegre.

CASSI, Vincenzo. **La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1961.

CASTORENA, J. Jesus. **Manual de derecho obrero**. 6. ed. México: Fuentes, 1973.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1 e 2.

_____. **Temas de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, [s.d.].

_____. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. **Contrato de emprego**: com comentários aos arts. 442/510 da C.L.T. 2. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.

CESARINO JÚNIOR, Antônio. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 2.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CHIARINI JUNIOR, Enéas Castilho. **Alguns apontamentos sobre direitos humanos**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836&p=3>>. Acesso em 12 maio 2008.

COBRA, Rubem Queiroz, na página da internet <<http://www.cobra.pages.nom.br/ecp-lorenz.html>>. (último acesso em: 08 julho de 2020).

CÓDIGO de Napoleão ou código civil dos franceses. Rio de Janeiro: Record, 1962.

COHN, A.; MARSIGLIA, R. G. Processo e organização do trabalho. In: ROCHA, L. E.; RIGOTTO; BUSCHINELLI (Org). **Isto é trabalho de gente?** vida, doença e trabalho no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSOLIDAÇÃO das leis civis. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987-88. v. 2.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CORREA CARRASCO, Manuel (Coord.). **Acoso moral en el trabajo**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre**: un desafío para la democracia. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 2017. 200 p.

COSTA, Edgardo Ferrari. **El concepto de subordinacion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTR, 2001.

COUTURIER, Gérard. **Droit du travail**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the margins**: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/mapping-the-margins-intersectionality-identity-politics-and-violence-against-women-of-color-kimberle-crenshaw1.pdf>. Acesso em 11 out. 2021

CUCHE, Paul. Apud OLIVEIRA, Magnas Latitia Brito dos Reis. Relação de emprego: o elemento “subordinação” no contrato de trabalho com as novas tecnologias. **Síntese Trabalhista**, São Paulo, n. 164, fev. 2003.

DARTON, Robert. **O grande massacre de gatos e outros episódios da história cultural francesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTR, 1998.

D’EUFEMIA, Giuseppe. **Diritto del lavoro**. Napoli: Morano, 1969.

DE BUEN, Nestor. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1994.

DEJOURS, Cristophe. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro, FGV Editora, 1999, 1ª ed.

_____. **Souffrance en France** - La banalisation de l'injustice sociale, éditions du Seuil.

_____. **Psicodinâmica do trabalho**: contribuições da Escola Dejouriana à Análise da Relação Prazer, Sofrimento e Trabalho. São Paulo: Ed. Atlas, 1994.

_____. **O Fator Humano**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1997.

DE LA CUEVA, Mário. **Derecho mexicano del trabajo**. 11. ed. Mexico: Porrúa, 1969. v. 1.

- DE LITALA, Luigi. **Il contratto di lavoro**. 4. ed. Torino: UTET, 1949.
- DE LUISE, Emma. **Il mobbing**. Napoli: Esselibri-Simone, 2003.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTR, 1996
- _____. **Curso de direito do trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- DELL'OLIO, Matteo. **I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro**. Torino: UTET, 1986.
- DESPONTIN, Luis A. **El derecho del trabajo**: su evolucion en america. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1947.
- DEVEALI, Mário. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- DI MARTINO, Vittorio; DE SANTIS, Roberto. **Mobbing**: la violenza al lavoro. Troina: Oasi Editrice, 2003.
- DICCIONARIO de uso del español**. 2 ed. Madrid: Gredos, 1998.
- _____. **Larousse**. 1. ed. São Paulo: Larousse, 2006.
- _____. **latin**. Barcelona: Larousse, 2006.
- _____. **Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de derecho del trabajo**. Madrid: Civitas, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo à obra **El principio general de la buena fe, de Franz Wieacker**. Editorial Civitas, 1977.
- DORNELES, Leandro. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. In: **A Reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018.
- _____. O direito do trabalho na sociedade pósindustrial: da regulação do “mercado” de trabalho à instrumentalização do trabalho digno. In: **Revista HS**, Porto Alegre, n. 293
- DRAKE, Charles D. **Labour law**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1973.
- EGE, Harald. **La valutazione peritale del danno da mobbing**. Milano: Giuffrè, 2002.
- ENRIQUEZ, Eugène; CARRETEIRO, Teresa. **Pensando as favelas no Rio de Janeiro: deficiência do estado e poder de assédio**: assédio moral. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

ESCOBAR, Arturo. Actores, redes e novos produtores de conhecimento: os movimentos sociais e a transição paradigmática nas ciências. In: **Conhecimento prudente: para uma vida decente**. Porto: Afrontamento, 2003.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FARIÑAS DULCE, Maria José. Ajustes neoliberales al constitucionalismo social. Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miséria. Silvina Ribotta, Andrés Rossetti y Rafael de Asís, coord. Madrid: Dykinson/IDHBC, 2015.

FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1994.

FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. **El poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Civitas, 1991.

FERRARI, Francisco de. **Derecho del trabajo**. Buenos aires: Palma, 1968. v. 1.

FERRARI COSTA, Edgardo. **El concepto de subordinacion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

FIGLIOLI, Così L. **Definizione della nozione nel campo clinico-epidemiologico: atti del convegno la tutela giuridica del lavoratore nei casi di mobbing**. Milano, 10 oct. 2000.

FINCATO, Denise Pires e VIDALETTI, Leiliane Piovesan. **Novas tecnologias e relações de trabalho: cyberbullying, responsabilidade patronal e reforma trabalhista**.

FERREIRA, Nelly. **Direito público e assédio: abuso de poder e coerção: assédio moral**. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004.

FOSSIER, Robert. **O trabalho na idade média**. Petrópolis: Editora Vozes, 2018.

FRADA, Manuel Carneiro A. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho. São Paulo: **LTr**, 1998.

FRANÇA, Ana Cristina Limongi; RODRIGUES, Avelino Luiz. **Stress e trabalho: uma abordagem psicossomática**. São Paulo: Atlas, 2005.

FRASCHERIA, Cinzia. **Mobbing: guida allá tutela**. Roma: Lavoro, 2003.

FREUD, Sigmund. **Recordar, repetir e elaborar**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 43. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GALGANO, Francesco. **Las instituciones de la economía capitalista**: sociedad anónima, estado y classes sociales. Barcelona: Ariel, 1990.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. Pensamento crítico em derechos humanos. La propuesta de Joaquín Herrera Flores. In: **Sem direitos não há justiça**: pensando os Direitos Humanos desde o Poder Judiciário. Lúcia Rodrigues de Matos e Manuel Eugenio Gándara Carballido (Orgs.); Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região – Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2020.

GARRIDO, Julio Fernández. Perspectivas psicosociales em torno al acoso y violencia psicológica em el trabajo. In: CARRASCO, Manuel Correa (Coord.). **Acoso moral em el trabajo**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. **Observando o islã**: o desenvolvimento religioso no Marrocos e na Indonésia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

GENRO, Tarso. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1985.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Ética e neopragmatismo**: uma brevíssima introdução. Disponível em:
<www.filosofia.pro.br/textos/etica_e_pragmatismo.htm>. Último Acesso em: 15 maio 2019.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Madrid: Alianza, 2004.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste, 1988.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; MARTINS, Julianne Mendonça Barreto. Convenção n. 190 da OIT sobre violência e assédio no mundo do trabalho: uma análise das políticas de combate ao assédio sexual no trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 16, n. 94, jan./fev. 2020.

GOMES, Orlando. **Direito do trabalho**: estudos. São Paulo: LTr, 1979.

_____. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael. La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea em el ordenamiento laboral español. **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, ISSN 0213-0750, Nº 90, 2007, págs. 27-76.

_____. La reforma de la Ley sobre derechos de información y consulta em las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos? **Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, ISSN 0213-0750, Nº 111, 2011, págs. 85-120.

_____. **Aulas proferidas no “curso fundamentos críticos: los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad – VIII. Edición”**. Dias 22 e 23 de janeiro de 2018. Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.

GONÇALVES, Simone Cruxên. **Limites do jus variandi do empregador**. São Paulo: LTR, 1997.

GONÇALVES, Emílio. **O poder regulamentar do empregador: o regulamento do pessoal na empresa**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Acoso psíquico em el trabajo** (el alma, bien jurídico a proteger). Madrid: Cuadernos Civitas, 2002.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador – um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTR, 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2005.

GUERRERO, Euquerio. **Manual de derecho del trabajo**. 5. ed. México: Porrúa, 1971.

HÁDASSA, Dolores; FERREIRA, Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russell, 2004.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 1993.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados: una teoría crítica de las opresiones patriarcales**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

_____. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Mimeo.

_____. **El proceso cultural: materiales para la creatividad humana**. Sevilla: Aconcagua, 2005.

_____. **La reinención de los derechos humanos**. Andaluzia: Atrapasueños, 2008.

_____. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

_____. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos: el vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento. Florianópolis: Bernúncia. 2007.

HIRIGOYEN, Mari-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 17. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

HUECK; NIPPERDEY. **Compendio de derecho del trabajo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

JOWITT'S Dictionary of English Law. 2. ed. London: Sweet e Maxwell Limited, 1977.

KASKEL; DERSCH. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Depalma, 1961.

KOSCHAKER, Paul. **Europa y derecho romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

KOUBI, Geneviève. **Variáveis da noção de assédio: assédio moral**. Uberlândia: Edit. da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Depalma, 1972.

LAHOZ, Ramón Gimeno. **La presión laboral tendenciosa**. 1. ed. Valladolid: Lex Nova, 2005.

LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 20. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Reunidas, 1978

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

_____. Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista. **Revista LTR** 81-10/2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTR, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEYMANN, Heinz. **The Mobbing Enciclopédia.** Disponível em:<www.leyman.se/English/frame.html>. Último acesso: 08 de julho de 2020.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais.** Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 26 set. 2008.

LIPOWISKI, Z. J. **What does the word ‘Psicosomatic’ really Mean?** a historical and semantic inquiry. *Psychosomatic Medicine*, 1984.

LOSZYK, Bob. **Estresse e carreira:** o mal e o bem que ele pode fazer a sua vida profissional. São Paulo: Futura, 2006.

LÖWY, Michael. **Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil.** *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015.

LUÑO, Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSER, Jean; SUPOIT, Alain. **Droit du travail.** 19. ed. Paris: Dalloz, 1998.

MACHADO, S. S. **Fatores relacionados ao estresse ocupacional em ambientes de risco.** Dissertação (Mestrado). Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília. Brasília, DF. 1996.

MAGALHÃES, Marion Brepohl. **Ascensão política e figuras do assédio na política institucional:** Assédio moral. Uberlândia: Edit. da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

MAGANO, Octavio Bueno. **Direito individual do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTR, 1992. v. 2.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. **Revista do TRT da 3. Região**, v. 38, n. 78, p. 157-193.

_____. Modernidade e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, n. 1, jan./mar. 2001.

_____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTR, 2000.

MANNRICH, Néelson. **A modernização do contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** 14. ed. São Paulo: LTr, 1994. v. 1.

MARÍN, José Marín. **Los trabajos, los días...y el derecho** – uma aproximación a la “prehistoria” del derecho del trabajo. Albacete: Bomarzo.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1994.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, n. 18, p. 56-69, set. 1999.

MARTINS, José de Souza. A escravidão na sociedade contemporânea: a reprodução ampliada anômala do capital e a degradação das relações de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, n. 21, mar. 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 28, n. 112, p. 23-28, 1991.

_____. O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do código civil. São Paulo: **Revista do Advogado**, v. 96, 2008.

_____. **Os campos normativos da boa-fé objetiva**: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro. RF, v. 382.

MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional**. In: Seminário virtual ambito-jurídico: temas atuais do direito constitucional. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

MEDEIROS, M. H. R. As atuais políticas de saúde mental e a terapia ocupacional. **Boletim de Psiquiatria**, v. 30, 1997.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **A Fundamentação e o Reconhecimento dos Direitos Humanos**. Disponível em: <www.prt21.gov.br/doutr16.htm>.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004.

MENDES, José Manuel Oliveira. O desafio das identidades. In: **Globalização**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005

- MESQUITA, José Luiz de. **Direito disciplinar do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTR, 1991
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 2, 3, 4, 22, 40 e 47.
- _____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**: introdução geral. (Apontamentos de aula). Lisboa, 1999.
- MOLINER, Maria. **Diccionario de uso del español**. 2. ed. Madrid: Gredos, 1998.
- MONEDERO, Juan Carlos. **Curso urgente de política para gente decente**. Barcelona: Editorial Planeta, 2018.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 35. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- NAPOLETANO, Domenico. **Corso di diritto del lavoro**: il rapporto individuale di lavoro. 2. ed. Napoli: Liguori, 1968.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1991.
- NAVARRO NIETO, Federico. **La tutela jurídica frente al acoso moral laboral**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- NICOLAU, Noemi. **El rol de la buena fé en la moderna concepción del contrato**. Tratado de al buena fe en el derecho.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais** – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 1984.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, José Carlos. Formação histórica do direito do trabalho. In: **Curso de direito do trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. 2. ed. São Paulo: LTR, São Paulo, 1994. v. 1.

OLIVEIRA, Magnas Latitia Brito dos Reis. Relação de emprego: o elemento “subordinação” no contrato de trabalho com as novas tecnologias. **Síntese Trabalhista**, São Paulo, n. 164, fev. 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2002.

_____. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5 ed. São Paulo, Ed. LTR, 2010.

ORMAY, Larissa. **Propriedade Privada**: A escassez foi inventada por nós. Em: <<http://www.justificando.com/2018/09/14/propriedade-privada-a-escassez-foi-inventada-por-nos/>>. Em 14/09/2018.

ORTEGA Y GASSET, José. **Investigaciones psicológicas**: obras completas. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1997. Tomo 12.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

PARODI, Cesare. **Mobbing**. Milano: Il Sore 24 Ore, 2003.

PARREIRA, Ana. **Assédio moral**: um manual de sobrevivência. 1. ed. Campinas: Russell, 2007.

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTR, 1991.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

PINTO, José Augusto Rodrigues Curso de direito individual do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Revista do TRF 4ª Região**. Porto Alegre, a. 26, n. 88, 2016.

_____. **Revista do TST**. Brasília, vol. 77, n. 4, out/dez, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los principios del derecho del trabajo**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 130, p. 135-136, abr./jun., 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

PRADO, Roberto Barreto. Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil. In: **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1986.

PROSPERETTI, Ubaldo. **La posizione professionale del lavoratore subordinato**. Milano: Giuffrè, 1964.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. Parte I: Dogmática geral.

RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos humanos: fundamentación**. Madrid: Tecnos, 1997.

RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, n. 28, p. 129-148.

_____. Neo-escravismo no Brasil contemporâneo: crime e castigo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 87-106, 2008.

_____. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. **Revista Trabalhista: direito e processo**: Brasília, v. 8, n. 32, p. 47-68, out./dez. 2009.

_____. **Direita concursada e lawfare**. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/editoria/justica/direita-concursada-e-lawfare-por-wilson-ramos-filho-xixo/>>. Em 29 de setembro de 2019.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 07 jul. 08.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIVAS, Daniel. **La subordinacion: critério distintivo del contrato de trabajo**. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 04, 1999.

_____. Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Novas perspectivas contratuais: o contrato de trabalho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 18, p. 213-245, 2000.

_____. O impacto da globalização no contrato de trabalho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 19, p. 28-40, 2001.

_____. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, out./dez. 1987.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**: cadernos de direito tributário e finanças públicas, n. 29 out./dez. 1999.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, Rio de Janeiro, 1957. v. 2.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. **O direito do trabalho no século XX**. Curitiba: Genesis, 1998.

_____. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

RUTHERFORD; TODD; WOODLEY. **Introduction to Law**. 2. ed. London: Sweet and Maxwell, 1987.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **A locação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia**. Sevilla: MAD, 2007.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Diritto del lavoro**. Padova: CEDAM, 1971.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova, v. 39.

_____. **Os processos da globalização:** globalização. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** São Paulo. Bontempo, 2007.

_____. Poderá o direito ser emancipatório ? **Revista crítica de direitos sociais**, 65, maio 2003.

_____. Material distribuído para acompanhamento da palestra realizada na Universidade de Coimbra, em convênio com a Universidade Pablo de Olavide, no Programa de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (5. ed.), na Faculdade de Direito de Coimbra, março de 2007.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 27, p. 37-54, mar. 2004.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Convenção 190: violência e assédio no mundo do trabalho. In: **Revista do TRT da 3ª Região**. v. 66, n. 101, Belo Horizonte.

SARAIVA, Vicente de Paulo. **O abuso do direito.** Justiniano, Institutas, 1, 8, 2. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_agosto_2001/0508SaraivaAbuso.pdf>. Acesso em: 2 set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico:** nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCIACCA, Michele Federico. **História da filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1962.

SCONAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico.** Napoli: Dott, 1950.

SEIXAS Jacy; BRESCIANI, Stella (Org.). **Assédio moral.** Uberlândia: Edit. da Universidade Federal de Uberlândia, 2006.

SELYE, Hans. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Hans_Selye>. Acesso em: 20 out. 2007.

SEVERO, Valdete Souto e SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Manual da reforma trabalhista – pontos e contrapontos**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sensus, 2017.

_____. Coordenadores. **Resistência – aporte teóricos contra o retrocesso trabalhista**. 1ª ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017.

SILVA, Daniel Teixeira; BRASIL, Mariane Lima Borges. O assédio sexual às trabalhadoras domésticas e a dificuldade probatória: um olhar sobre o tema e a justiça do trabalho brasileira à luz da teoria interseccional de análise social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 66, p. 183-215, jan./jun. 2020.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. Até onde nos conduz o assédio moral. **Partes Revista Virtual**. Disponível em:

<www.partes.com.br/assediomoral/profjorgeluz.asp>. Acesso em: 10 jul. 2007.

_____. **Ética e assédio moral: uma visão filosófica**. Disponível em: <www.sociologia.org.br/txt/pscl82ibes.htm>. Acesso em: 10 maio 2006.

_____. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LEUD, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. Assédio por competência nas relações de trabalho. **Revista dos Tribunais**. RT 906, abril de 2011.

SINAGRA, Vincenzo. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Palumbo: [s.n.], [s.d.].

SOUZA, Alberto de. **Direito, globalização e barbárie**. São Paulo: LTr, 1998.

SUPIOT, Alain. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 1994. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social.

THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo. Ed. LTR, 2008.

TORRES, Enéas Bazzo. Intersubjetividade, direito e justificação do poder: perspectiva habermasiana. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 32, out. 2006.

TRAVERSO, Enzo. **Do fascismo ao pós-Fascismo**. Disponível em <<https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/download/26801/23504>>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As aproximações ou convergências entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos. **Arquivos do ministério da justiça**, ano 49, n. 187, jan./jun. 1996.

_____. O direito internacional para o ser humano. (Entrevista). **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, p. 5- 8, set./nov. 2002.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Petrópolis, 2002.

TUÑÓN, Manuel Gutiérrez. **Diccionario de castellano antiguo: léxico español medieval y del siglo de oro**. Madrid: Alfonsópolis, 2002.

USSEL, Julio Iglesias; Gómez, Manuel Herrera (Org.). **Teorias sociológicas de la acción**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

VALVERDE, Antonio Martín; SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez; GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho del trabajo**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

VASCONCELLOS, Esdras G. **Tópicos de psiconeuroimunologia**. São Paulo: Ipê, 1988.

VAYÁ, Henrique J. Carbonell. **Lo psicológico de la presión laboral tendenciosa: el acoso laboral antes llamado mobbing**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

VELOSO, Zeno. **Condição, termo e encargo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **O contrato de trabalho com o estado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

VOLICH, R.M. **Psicossomática: de Hipócrates a psicanálise**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América latina**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano**. In: **Direitos humanos e filosofia jurídica na América latina**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Pluralismo jurídico**. Sevilla: MAD, 2006.

_____. **Teoría crítica del dercho desde América latina**. Espanha: Akal, 2017.

XAVIER, Bernardo Gamos Lobo. **Iniciação ao direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1994.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Las dos historias de los Derechos Humanos.** <<https://lateclanerevista.com/las-dos-historias-de-los-derechos-humanos-por-e-raul-zaffaroni/>>. Acesso em 12.02.2021.

ZERGA, Luz Pacheco. **La dignidad humana em el derecho del trabajo.** Pamplona: Thomson Civitas, 2007.

ANEXO I

EL CASO CONCRETO QUE ORIGINA ESTA TESIS

El Ministerio Público del Trabajo (MPT) de la IV Región recibió una denuncia, notificando que un Banco (extranjero) estaría practicando diversas “formas de discriminación” contra sus empleados, titulares de LER/DORT (que fueron dados de baja del INSS o rehabilitado). La denuncia narró que el Banco mantenía a los trabajadores rehabilitados en el lugar de trabajo, sin actividades, sin liderazgo y sin mobiliario para todos, lo que estaría desencadenando varios problemas psicológicos en esos empleados, incluida la depresión. Ante la denuncia recibida, se inició un procedimiento de investigación en el ámbito del Ministerio Público del Trabajo.

El MPT, junto con los Auditores Fiscales del Ministerio de Trabajo y Empleo, realizaron una diligencia en el referido Banco, y se comprobó, en su momento, que los empleados con LER/DORT, quienes habían sido referidos mediante el Accidente Laboral al INSS y que regresaron al trabajo luego del alta de la prestación de la seguridad social, no tenían servicio que realizar, habiendo sido referidos a la ociosidad a la que estaban sujetos, la mayor parte del tiempo, desde su regreso del INSS, además del ambiente aislado en el que se encontraban constituían factores desencadenantes de la depresión (sentimiento de inutilidad, fracaso, etc), estando cinco de ellos en tratamiento psiquiátrico, de forma particular.

También se informó que ninguno de estos empleados había realizado ningún tipo de valoración sobre la adecuación de sus actividades a un plan de readaptación laboral. En dicha inspección se comprobó que los empleados regresaron al trabajo luego de la baja por parte de LER/DORT y que, si bien estaba incluido en el PCMSO (Programa de Control Médico y Salud Ocupacional) presentaba que los empleados con alguna enfermedad ocupacional estarían acompañados al regresar a trabajar y se monitorearían sus actividades y puestos de trabajo, con el fin de evitar riesgos, no existía un programa que especificara las acciones de monitoreo a desarrollar, ni evaluación posterior a la reincorporación de los empleados al trabajo. En el Sector Administrativo, fue informado por el Jefe Administrativo y el responsable del Sector de Recursos Humanos (RRHH) del Banco que no delegaban tareas en cantidad suficiente a los empleados que regresaban del CAT por LER/DORT, como prácticamente todo el Banco está informatizado, lo que limita la posibilidad de utilizar a los empleados, ya que no podrían escribir.

También se informó que intentaron ubicar a los empleados en tareas de recepción, informando al público y atendiendo a los cajeros automáticos, pero los empleados no lo aceptaron por considerar que tales actividades estaban por debajo de su calificación funcional. También informaron que “no existe un programa para monitorear la readaptación laboral de estos empleados”. A la vista de la información obtenida, se notificó al Banco la presentación de un plan de acción para el seguimiento de los empleados que regresan al trabajo luego de baja por Enfermedad Ocupacional, que incluye un estudio cognitivo ergonómico de las actividades en el Sector de Apoyo Administrativo y la inclusión de la evaluación de la salud mental en las áreas médicas y exámenes de los empleados.

En reunión celebrada con el Banco, el MPT otorgó un plazo para la presentación de una copia del PCMSO, así como la política adoptada en relación a los empleados que regresan del INSS, por enfermedad ocupacional, y en relación a los empleados que fueron reinstalados por decisión judicial.

Posteriormente, el Sindicato de Trabajadores Bancarios de la región presentó una denuncia contra los Bancos del Grupo Económico, pues estas instituciones bancarias habrían contratado a una empresa consultora en recursos humanos, para convocar a los empleados en excedencia por motivos de salud, en una reunión que tendría lugar en un hotel, en Porto Alegre, con el fin de proponer convenios individuales, en los que los empleados recibirían una compensación por el período restante de permanencia, pero, a cambio, tendrían que informar al médico del INSS que se encuentran curados, a fin de obtener un alta médica de la agencia de seguridad social y la condición de "apto para trabajar".

La referida denuncia fue distribuida al MPT de la IV Región, con carácter de urgencia, y se realizó una inspección sorpresa, con la participación del MPT y Auditores Fiscales del Ministerio de Trabajo y Empleo, en la fecha en la que fue hecha la propuesta para el Programa de Renuncia Voluntaria. Debido a los hechos hallados en la inspección, se inició una nueva investigación contra el Banco y los demás integrantes del Grupo Económico.

Posteriormente, el Banco presentó copia del PCMSO y la norma sobre su política en relación a las personas que regresan del INSS por enfermedad ocupacional, confirmando la constatación realizada por los Auditores Fiscales Laborales, de que existía una disposición, en dicho documento, que los empleados que presenten una enfermedad ocupacional deben estar acompañados cuando regresen al trabajo, se monitorearán sus actividades y puestos de trabajo, con el fin de evitar riesgos y agravamiento de la enfermedad.

Otra denuncia fue recibida por el MPT, esta vez de un trabajador, informando que el médico del Banco se habría negado a emitir CAT, hecho que estaría ocurriendo con varios

compañeros, induciendo a algunos empleados a solicitar el beneficio de la seguridad social como una "enfermedad común", sabiendo que "la enfermedad común", en el ordenamiento jurídico brasileño, no brinda al trabajador ninguna estabilidad ni garantía de empleo a su regreso de la prestación de la seguridad social, pudiendo el trabajador ser despedido en cualquier momento. La denuncia señaló que la conducta del Banco sería un intento de "maquillar" y "adulterar" la realidad de las enfermedades ocupacionales, sin informar el alcance real de la "epidemia" de LER/DORT.

En el curso de la investigación, el MPT solicitó a la Unidad de Referencia de Rehabilitación Profesional del INSS de Porto Alegre una lista de los empleados del Banco afectados por LER/DORT, con solo ocho empleados inscritos, quienes estarían en proceso de rehabilitación profesional en el Ejecutivo, Gestión de Porto Alegre-INSS.

Posteriormente, el Banco presentó al MPT un listado de empleados que retornaron de la prestación de la seguridad social en un período determinado, con información sobre su lugar de trabajo, funciones desempeñadas, fecha de inicio y fin de licencia, así como copias de comprobante de pago de sueldos de este periodo.

En reunión realizada en la sede de la Procuraduría Regional de Trabajo, el Sindicato de Trabajadores Bancarios informó que el Banco aún no emitía CAT, y que incluso hubo una inspección por parte del Ministerio de Trabajo, que obligó al Banco a emitir CAT por motivo de enfermedad relacionada al trabajo. También informó que, en los últimos Convenios Colectivos de Trabajo, existía una cláusula que establecía la obligación de los bancos de enviar copia del CAT al Sindicato. En esa oportunidad presentó documentos relacionados con la conducta del Banco en relación con la no emisión de CAT. En la misma ocasión, el Sindicato se comprometió a presentar copia de las CAT emitidas por él, como consecuencia de la omisión del Banco al respecto, informando también su situación ante el INSS.

El Banco presentó, en los registros del procedimiento investigativo, una relación de empleados en licencia por LER/DORT desde el año 2000, totalizando 70 (setenta) empleados, y no todos los CAT fueron emitidos por el Banco.

El Sindicato de Trabajadores Bancarios remitió al MPT copia de los procesos laborales de los empleados bancarios afectados por la práctica bancaria, con los CAT emitidos por el Sindicato y documentos referentes a licencias para tratamiento de salud y no realización de exámenes de despido, copia de la infracción elaborada por el Ministerio de Trabajo respecto al PCMSO del banco, así como diversas denuncias sobre el médico coordinador del PCMSO.

También se envió un documento de la Inspección de Trabajo al MPT, que investigó la denegación de la emisión de CAT por parte del Banco, denunciando irregularidades en el documento denominado Análisis Profesional y Descripción de Cargo.

El Sindicato de Trabajadores Bancarios presentó al MPT una lista de trabajadores con LER/DORT del Banco, destacando, sin embargo, que la referida lista estaría incompleta, porque se refiere solo a la base territorial de Porto Alegre y porque no tenían acceso a la lista de empleados del banco. De todos modos, la lista que trajo el Sindicato ascendió a 72 (setenta y dos) empleados.

Posteriormente, el Sindicato de Trabajadores Bancarios presentó una nueva denuncia, en el sentido de que las empresas que formaban parte del Grupo Económico del mencionado Banco estarían llamando, por teléfono, a los empleados que adhirieron al convenio para extinguir la estabilidad, para que las aprobaciones de las terminaciones contractuales se realizaran con un sindicato de otra base territorial, ya que el Sindicato querellante no estaba procediendo con dichas aprobaciones, debido al trámite ilegal de los bancos.

Nuevamente, el Sindicato de Trabajadores Bancarios denunció que el Grupo Económico, a través de una empresa de consultoría y servicios en Recursos Humanos, había vuelto a acosar a sus empleados con LER/DORT para celebrar nuevos convenios de “compra de derechos”.

En el curso de la investigación llevada a cabo por el MPT, se escucharon testimonios de varios empleados y ex empleados de los Bancos, quienes confirmaron las alegaciones de que sus empleadores estaban practicando diversas "formas de discriminación" contra los pacientes de LER/DORT, como, por ejemplo, ejemplo: mantener a los empleados rehabilitados en un lugar sin actividades, sin liderazgo y sin alojamiento amueblado para todos; presión para unirse al Programa de Renuncia Voluntaria; amenazas de despidos; rehabilitación en un lugar de trabajo inadecuado; altas precipitadas del INSS; emisión CAT negativa, entre otros.

Así, el MPT presentó al Banco y al resto de Bancos que forman parte del Grupo Económico un Termo de Compromiso de Ajuste de Conducta (TAC), para ser firmado.

En el transcurso de la investigación, el MPT tuvo acceso a denuncias laborales en el Juzgado de Trabajo, respecto a las prácticas de asedio denunciadas, el Ministerio de Trabajo remitió un informe de inspección realizado en los Bancos que forman parte del Grupo Económico, en el que constató que seis empleados, si bien tenían más de un año de servicio, con encuadre y aportes sindicales a favor del Sindicato de Trabajadores Bancarios en un lugar, contaron con la asistencia de recibos entregados al representante del Sindicato de Trabajadores

Bancarios en otro ciudad. Dichos empleados, según la inspección, se encontraban en estabilidad debido a un accidente laboral o estabilidad temporal prevista en un convenio colectivo.

Finalmente, el Banco informó al MPT de la imposibilidad de suscribir el Termo de Compromiso de Ajuste de Conducta, por entender que no se encontró irregularidad en las condiciones laborales de los trabajadores rehabilitados, y por lo tanto, no se realizó ningún acto contrario a la ley.

No conforme, el MPT sostuvo una nueva reunión con el Banco, proponiendo nuevamente la firma del Termo de Compromiso de Ajuste de Conducta, en el cual la referida empresa tendría que comprometerse a *"abstenerse, directa o indirectamente, de coaccionar, instigar, presionar o en inducir de cualquier forma a los trabajadores de las empresas contratantes, pacientes con RSI / DORT o cualquier enfermedad, a renunciar, mediante comunicación falsa al INSS de que ya no presentan los síntomas de la enfermedad o dolencia ocupacional"*.

El Banco informó nuevamente que no vio irregularidades en los actos realizados, por lo que no estuvo de acuerdo con la firma de la propuesta de TAC.

En vista de la información proporcionada por el Banco y por la inspección de trabajo, se escucharon otros testimonios de empleados y ex empleados del Banco, con el fin de verificar el mantenimiento de la situación captada.

También se envió testimonio técnico al MPT sobre las repercusiones psicosociales a las que fueron sometidos los trabajadores bancarios con LER/DORT por parte de psicólogos y coordinadores técnicos del Grupo de Acción Solidaria (GAS) del Sindicato de Trabajadores Bancarios.

Se comprobó, por tanto, de las abundantes pruebas recabadas en el transcurso de la investigación del procedimiento investigativo que los Bancos, a través de su conducta abusiva, pretendían eximirse de toda responsabilidad que tenían por los daños causados a los trabajadores afectados por LER/DORT y otras enfermedades, para ello, realizaron asedio moral o permitieron que sus jefes o compañeros de trabajo lo hicieran.

ANEXO II

TESTIMONIOS DE LOS TRABAJADORES DEL BANCO EN EL CURSO DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO DEL TRABAJO

“começou a trabalhar no banco em 11.10.1976; que seu primeiro afastamento por LER/DORT foi em 08.09.2000, tendo retornado em 05.09.2002; que afastou-se novamente em 04.12.2002, encontrando-se atualmente afastada; que o banco recusou-se a emitir a CAT, sendo esta emitida pelo sindicato; que sua doença agravou-se com seu último retorno; que de setembro a dezembro de 2002 trabalhou no segundo andar do [REDACTED], realizando tarefas que consistia em procurar documentos para mandar para cartório, fazer envelopes para as agências; que sentiu-se discriminada pelo banco por ser portadora de LER; que ninguém conversava com a depoente; que esta era tratada com indiferença; que só uma pessoa lhe passava serviço, os outros nem lhe olhavam; que apenas os contratados conversavam com a depoente; que o tratamento que lhe foi dado pelo banco nos últimos três meses foi horrível, pois lhe trataram como inválida; que foi chamada pela DAC, lhe passando por telefone a proposta, dizendo que era a única chance de fazer um acordo, pois depois o banco lhe colocaria na rua; que a depoente negou-se, pois financeiramente era um mal acordo; que quando souberam que a depoente se aposentaria dentro de quatro anos, não mais fizeram a proposta”. (E. M. G)

“está atualmente desligado do banco; que exercia função de gerência de atendimento; que trabalhou apenas no banco; que tinha estabilidade provisória por motivo de auxílio doença, devido estresse; que ajuizou reclamatória trabalhista contra o banco buscando horas extras e outras parcelas, antes de sair do banco; que aderiu ao acordo oferecido pelo banco, por intermédio da empresa DAC, no final do ano, mas não foi homologado nem pelo sindicato nem pela DRT; que há aproximadamente quinze dias o sindicato de [REDACTED] homologou o acordo; que assinou um acordo extra-judicial onde dizia que o trabalhador não pode ajuizar reclamatória em razão da estabilidade e onde o banco se eximia de culpa de qualquer doença ocupacional deste; que quando o acordo foi oferecido, no [REDACTED], o depoente ainda estava afastado por auxílio doença; que foi dito que para o acordo ser aceito deveria o depoente retornar às atividades, pedindo a liberação pelo INSS ou aguardar a liberação na próxima perícia; que o depoente disse ao perito que sentia-se bem para tentar

voltar a trabalhar; que o perito o liberou na consulta subsequente; que o depoente continua com o tratamento medicamentoso e psiquiátrico, embora sinta-se melhor do que quando trabalhava no banco sob pressão; que quando o [REDACTED] assumiu o clima no trabalho ficou mais pesado, mudando todo o suporte das agências; que o depoente aceitou o acordo por conhecer o procedimento administrativo banco, pois sabia que quando retornasse lhe tirariam a função; que a prática do banco é rebaixar de função quem possuía; que presenciou vários casos onde isso ocorreu; que o banco não possui um programa de reabilitação; que as pessoas que adoecem são marginalizadas; que a CAT do depoente foi emitida pelo sindicato; que teve várias perícias onde a sua doença foi vinculada ao trabalho; que quando o INSS encaminhava os empregados que adquiriram alta, o banco não lhe delegava tarefas específicas; que estes empregados que recebiam alta eram discriminados; que havia uma política do banco em discriminar as pessoas que retornavam dos benefícios previdenciários; que essa política é extra oficial; que por ter ciência deste fato o depoente decidiu fazer o acordo, por saber como seria tratado no seu retorno; que o banco não reconhece as doenças ocupacionais; que na agência onde trabalhava, em [REDACTED], chegou a ter 35% dos funcionários sofrendo de LER.” (M. A. L.)

“que entrou no banco em 1977; atualmente está afastada, esperando apenas os documentos do INSS que comprovem sua aposentadoria por invalidez; que começou a sentir dores em 1996, afastando-se e retornando várias vezes; que ficou sabendo que o pessoal que retornava do benefício ficava em uma sala isolada, sem nada para fazer; que em alguns retornos foi afastada de sua função habitual, embora retornasse para suas funções; que o [REDACTED] não fornece a CAT, mesmo o empregado apresentando exames e laudos que comprovem seus problemas; que o sindicato orientou a retornar no médico e o [REDACTED] lhe disse “tu não tem nada, não vou te dar a CAT”; que procurou novamente o sindicato e este lhe emitiu a CAT; que participou da reunião do [REDACTED]; que em reservado lhe fizeram a proposta de lhe fornecerem um ano de assistência médica paga pelo banco (metade) e outro pago pelo funcionário; que teriam que pedir alta do INSS, dizendo que estava curada, para então receber dois anos de salário como indenização; que como trabalhou no RH e conhece casos de pessoas que pediram alta para fazer acordo e hoje não conseguem trabalhar devido suas dores; que não gosta de ir ao banco, pois sente-se mal indo lá; que trabalhou muitos anos, vestindo a camiseta, e com o tempo viu as pessoas sendo forçadas a pedir demissão, desde a época que o [REDACTED] comprou o banco; que muitas pessoas tomavam remédio devido à pressão; que soube de casos de pessoas que chegaram a tentar suicídio; que na época do [REDACTED] quis fazer o acordo, que não ocorreu devido a seu afastamento causado pelo

agravamento da doença, pois o [REDACTED], médico do trabalho da época, disse que não iria demiti-la incapacitada; que sente-se inútil, por ter estudado anos e agora não pode fazer nada; que acha que podia lutar, mas sabe que não seria aproveitada se retornasse ao banco; **que não faz tratamento psicológico porque seu tratamento fisioterápico já consome muito de sua renda.**” (M. N. D.)

“começou a trabalhar no banco em junho de 1990; que afastou-se em 08.07.2001; **que o banco não emitiu a CAT; que procurou o sindicato que emitiu a CAT, e não foi reconhecida pelo INSS; que tem processo para o reconhecimento de acidente de trabalho; que o sindicato ligou para o RH do banco em São Paulo questionando porque não foi emitida a CAT; que o banco respondeu que a partir daquela data não mais emitiria a CAT; que não foi à reunião do [REDACTED], mas foi contatado por telefone para fazer o acordo; que não quis fazer o acordo; que tem conhecimento da discriminação de colegas que retornaram do auxílio; que sabe do terceiro andar em que os trabalhadores que retornam ficam sem prestar serviço; que atualmente está afastado fazendo tratamento fisioterápico; que teve problemas de estresse, e pressão alta em razão do serviço, chegando a tomar medicamentos.**” (J. H. D. M.)

“sofre de LER/DORT desde início da década de 1990, mas a situação agravou-se em 1998, ocasião em que se deu o primeiro afastamento; **que está afastada desde dezembro de 2001 por LER/DORT, sendo as CATs emitidas pelo banco, menos no último afastamento, pois o [REDACTED] não emitiu a CAT; que em certa ocasião sua colega [REDACTED] caiu da escada e bateu com o maxilar, o [REDACTED] não deu atendimento; que o [REDACTED] foi proibido expressamente de emitir CATs, pois o [REDACTED] não tem interesse de que apareça que tem lesionados entre os funcionários; que em dezembro de 2001, depois de quinze dias afastada pela empresa com a CAT emitida pelo sindicato, o médico perito do INSS emitiu o retorno à CAT de 1998; que após seu primeiro afastamento, voltou em um período de três ou quatro meses; que nos períodos de retorno geralmente fazia o mesmo serviço anterior, carregando caixas; que era humilhada nestes períodos, pois os colegas diziam “só aparece para pegar os tíquetes”; que quando levou sua CAT, um outro colega, [REDACTED], falou “vamos ter que te aturar de novo?”; **que colegas falavam que seu serviço era moleza; que quando ficou trabalhando uma semana no [REDACTED], seus ex-colegas, que foram demitidos do banco e contratados terceirizados por um salário menor, falavam que o grupo portador de LER “tinham um vidão”, mas que é o banco que não lhes fornece trabalho, pois o [REDACTED] não quer dar tarefas a este grupo para que não “se afastem novamente”;** que acabou tendo LER/DORT em razão de movimentos repetitivos nos setores de microfilmagem e inspeção; que também carregava sacos enormes e pesados; que sabe que**

colegas estiveram no “porão”; que seus colegas reclamavam que era um local terrível; que faz tratamento psiquiátrico em decorrência do procedimento adotado pelo banco; que esteve na reunião do [REDACTED] e já depôs neste procedimento [REDACTED], a respeito dos fatos; que gostaria de ter o direito de tratar-se, pois o “banco não lhe dá paz”; que é uma “guerra” conseguir tratamento, pois o banco quer descaracterizar a LER/DORT; e se perseguida, sofrendo represálias; que junta neste ato cópia atestado médico psiq (C. A. S.)

“que desde 1984 apresenta sintomas de LER/DORT; que até 1997 apenas afastava-se por períodos de no máximo 15 dias; que em 1997 a médica do trabalho do banco, à época, em exame periódico, constatou que o depoente tinha LER/DORT, tendo emitido um laudo que foi apenas registrado no INSS; que emitiu a CAT por um dia; que em novembro de 1999 afastou-se com CAT emitida pelo banco para realizar cirurgia no ombro direito, realizada em 09.05.2000, documento que junta neste ato; que após esta realizou mais duas cirurgias no mesmo ombro, em 22.11.2000 e 03.06.2001, e recentemente, uma no punho direito, em 16.10.2002; que nas três primeiras cirurgias ficou afastado pelo período de 25 (vinte e cinco) meses; que após este período trabalhou por mais onze meses, afastando-se novamente em outubro de 2002, para realizar a quarta cirurgia; que com relação à última cirurgia foi emitida uma CAT e retorno pelo banco após denúncia à DRT e determinação do [REDACTED], auditor fiscal da Delegacia Regional do Trabalho; que atualmente está afastado, até o dia 24.02.2003; que há quatro meses somente o depoente não recebe os tíquetes rancho e refeição; que precisou em cada um destes quatro meses conversar com o responsável do recursos humanos, [REDACTED], para receber o valor correspondente creditado em sua conta após o prazo do acordo coletivo de trabalho; que em dezembro de 2001, quando do seu retorno, fez exames de retorno, onde constou que o motivo de seu afastamento não tinha sido por doença ocupacional, o que agora, em novembro de 2002, falou pra o [REDACTED] que foi um erro de preenchimento do exame de retorno, não tendo no entanto, feito a correção, que o banco realiza exames periódicos, feitos pelo [REDACTED]; que de dezembro de 2001 até julho de 2002 esteve lotado [REDACTED], localizada na [REDACTED]; que a partir de julho foi colocado novamente na sua antiga área, contabilidade sul, em nova atividade, controlando o arquivo, em tarefa específica de procurar documentos que comprovassem repasses de valores à Caixa Econômica Federal; que quando de seu atual afastamento ainda estava realizando esta tarefa; que o seu chefe era o mesmo, tanto na agência [REDACTED] quanto nesta unidade, [REDACTED]; que em seu contracheque vem escrito a frase “afastado [REDACTED] de meios”, conforme

documento que junta neste ato; que esta frase aparece no contracheque de todas as pessoas afastadas por doença; que trabalha para o banco há 26 anos e meio, tendo trabalhado nos bancos [REDACTED]; que foi contratado em 07.06.1976; que antes havia trabalhado três meses na loja [REDACTED]; que ainda faltam em torno de oito anos para sua aposentadoria integral; que quando estava na [REDACTED] [REDACTED], bem como na contadoria, o próprio chefe realizava piadas de mal gosto acerca da doença, bem como outros colegas que não estão na mesma situação, tendo inclusive recebido de seu chefe, [REDACTED], charge com os seguintes dizeres “Ei, seu verme, ou ‘houvi’ dizer que você vale \$\$ 60.000.000.000,00!”, cuja cópia é ora apresentada; que no período de 12/2001 a 07/2002 ficava oito horas no terceiro andar da agência [REDACTED] sem ter nada para fazer; que desde seu afastamento em 1999 faz fisioterapia frequentemente e acompanhamento médico com exames para verificar a situação da doença; que no período de implantação do sistema de computação da área de câmbio, de 1979 a 1985, trabalhava “sem horário determinado”, sempre em jornada superior à normal, chegando a realizar até dezoito horas diárias de trabalho, quando não emenda dois ou três dias sem sair do banco; que recebeu telegrama da [REDACTED] para comparecer em reunião no hotel [REDACTED] em Porto Alegre em setembro deste ano; que participou da explanação do plano do banco de “incentivo à demissão”; que participou apenas da explanação em grupo, não participando da “conversa individual”; que na explanação em grupo foram oferecidos doze meses de salários, mais o período que o trabalhador teria de estabilidade no emprego, além de dois anos de UNIMED, um ano pago pelo banco e outro pago pelo trabalhador; que a partir dessa colocação, os trabalhadores foram convidados a uma conversa individual, onde seriam colocados valores que os trabalhadores teriam direito; que o depoente não participou desta conversa individual; que participa do Grupo de Ação Solidária aos Portadores de LER/DORT com a [REDACTED] [REDACTED], tendo reuniões semanais todas as terças-feiras no Sindicato dos Bancários; que as piadas e gozações acerca de sua doença começaram após o seu afastamento em novembro de 1999, tendo, inclusive, sido despedido sem justa causa neste mesmo mês, despedida essa que teve de ser cancelada por não ter passado no exame médico demissional.” (P. H. V.)

“ trabalhava no terceiro andar da [REDACTED]; que desde setembro de 2002 está afastado; que sempre trabalhou como gráfico; que foi reintegrado por decisão judicial a partir de 1997; que afastou-se pela primeira vez em setembro de 2001, retornando em dezembro de 2001, afastando-se novamente em setembro de 2002; que o banco não emitiu CATs; que o médico [REDACTED] não dá CAT; que quando retornou e trabalhava no terceiro andar, nunca lhe deram tarefa alguma; que lá não tem chefia nem fiscalização; que têm que

cumprir horário, mas só no papel; que esta situação é constrangedora; que sente-se humilhado, inútil dentro do banco, pois chegou a ser chefe; que quando vai pegar seus tíquetes, todos os colegas ficam olhando, e sente-se discriminado; que atualmente está em tratamento fisioterápico; que não foi chamado para reunião do [REDACTED].” (L. C. R.)

*“está afastada há três anos e meio; que chegou a fazer o estágio de trinta dias do CRP do INSS; que trabalhou neste período atendendo telefone; que atendia em média trezentas ligações; que foi liberada pelo INSS e voltou a trabalhar atendendo telefone, dessa alta a depoente recorreu, tendo se afastado novamente após 15 (quinze) dias de trabalho, usando a mesma CAT; que o INSS ia liberá-la para trabalhar no dia 05/12/2002; que a [REDACTED] do sindicato conseguiu reverter a alta; que em janeiro realizará outro estágio; que trabalha no banco desde 13.06.1984; que o banco foi seu único emprego; que exercia função de técnico administrativo, de auxiliar da gerência; que sua CAT foi emitida pelo banco; que sua CAT foi emitida quando foi realizar exame demissional; que não participou do grupo LER/DORT, mas conhece dos outros falarem; que certa vez sua encarregada perguntou “como você conseguiu ficar doente?” ao que a depoente respondeu “trabalhando”, pois chegava até mesmo a levar trabalho para casa; **que sente que alguns colegas a excluem**; que ouviu estagiárias referirem que só não seriam contratadas porque o pessoal portador de LER/DORT estaria “ocupando” seu espaço; **que sabe que atualmente o [REDACTED] não está emitindo CATs; que recebeu telegrama convidando-a a comparecer em reunião no [REDACTED]; que as pessoas chamadas para reunião tinham estabilidade por motivo de doença comum e ocupacional; que na referida reunião recebeu a proposta de receber um ano de salário e tíquetes, UNIMED, mais doze meses de salários; que foi dito que teriam que pedir alta no INSS, que foi chamada individualmente para saber o que receberia; que ia responder na hora que não queria, mas disseram que era para a depoente esperar um pouco mais, para pensar pois era um bom dinheiro que serviria para tratar seu braço; que marcou nova reunião; que a depoente não apareceu na segunda reunião; que então fizeram contato telefônico com a depoente, que negou mais uma vez a proposta; que a depoente perguntou ao seu gerente, [REDACTED], se ficaria apenas no telefone ou poderia ir para a frente, atender os clientes, ocas lhe foi respondido que na frente, por critério do banco, somente as estagiárias trat***” (M. C. L. T.)

“trabalha no banco desde 02.01.1990; que é portador de LER/DORT; que atualmente está afastado; que a última agência que trabalhou foi a [REDACTED], em Canoas; que seu primeiro afastamento por LER/DORT foi em maio/2001, e está afastado desde então; que em abril de 2001, sofrendo de pressão alta em decorrência da enorme pressão que sofria para

cumprir metas, bem como sofrendo de LER, pediu afastamento para tratar-se; que então o gerente da agência o encaminhou para realizar exame demissional com o [REDACTED]; que o médico disse que estava apto para ser demitido, mas o depoente não assinou o ASO, por entender que não estava apto para o trabalho; que procurou o sindicato e este emitiu a CAT; que apresenta neste ato vários exames que comprovam a LER/DORT; **que o [REDACTED] não reconheceu a doença quando o depoente apresentou estes mesmos exames; que foi desligado pelo banco e entrou com ação judicial para ser reintegrado; que o INSS não reconheceu seu problema como acidente do trabalho; que não trabalhou no “porão”, mas conhece o local, onde visitou seus colegas; que lá é um arquivo morto; que as tarefas que os colegas lá executam é só para dizer que fazem alguma coisa; que se trabalhasse neste local sentiria-se muito mal; que lá tinha fio caído, tudo era atirado; que criou-se ali um “círculo vicioso de doença”; que sente-se meio “fora de órbita”, pois antes trabalhava de doze a quatorze horas por dia, e hoje “não tem lugar no banco para ele”; que um colega, mesmo com problemas, retornou ao trabalho e hoje está sem nada para fazer; que sente-se deprimido; que conversa sobre a situação com seu médico do trabalho, [REDACTED]; que participa do Grupo de Ação Solidária; que compareceu em reunião no [REDACTED]; que na conversa particular que houve no Hotel, foi-lhe perguntado “se tinha futuro no banco”, se por isso não gostaria de aderir ao acordo; que para isso teria que renunciar sua estabilidade por doença; que teria que ir ao INSS pedir auta [sic], dizendo que estava melhor da doença; que o depoente acredita que essa conduta é perjúrio, pois mentiria sobre sua doença.” (N. S. S.)**

“só trabalhou no banco; que trabalha no banco desde 15.10.1979, somando, carimbando cheques, e, quando o banco se informatizou, passou a digitar; que afastou-se pela primeira vez em 1998, embora já sentisse os sintomas antes desta data, ocasião em que foi demitido; que ao passar para o exame demissional o [REDACTED] o encaminhou para tratamento; que seu primeiro e segundo afastamento tiveram a CAT emitida pelo banco; que em razão de seu quarto afastamento, o [REDACTED] perguntou quais suas atividades, ao que respondeu que trabalhava na expedição carregando peso; que o [REDACTED] disse que o depoente estava apto para o trabalho; que o depoente procurou o sindicato e fez novos exames; que os exames acusaram tenossinovite bicipital; que mostrou estes laudos ao [REDACTED], e este lhe disse que a doença não atrapalhava sua atual atividade; que o [REDACTED] **negou-lhe emissão de CAT; que a CAT do último afastamento foi emitida pelo sindicato, em 22.04.2002; que sente-se discriminado; que em 1998, quando de seu primeiro retorno, chegou na agência que trabalhava, apresentou-se e o gerente administrativo disse que o depoente “não era mais seu braço direito”, pois antigamente o depoente era responsável pela carteira de cobrança,**

tendo função de confiança; que o depoente ficou duas semanas “picando papel” na agência, sozinho em um cantinho; que um gerente de negócios, [REDACTED], lhe disse que não possuía doença alguma, que era tudo de sua cabeça; que o banco lhe tirou a função de cobrança; que entrou com ação trabalhista; que em dezembro de 1998 lhe enviaram para a [REDACTED], em local bagunçado, junto com pessoas que retornaram da previdência social; que precisava fazer caixas de madeira para colocar os documentos para remeter para outro setor; que neste local não tinha chefia; que a chefia ficava no 10º andar; que o local era terrível, com papel espalhado para todos os lados; que ficavam isolado dos outros colegas, discriminado; que após, foi lotado para o 10º andar do mesmo prédio, digitando, fazendo fechamento de contabilidade; que após um ano ficou trabalhando a noite, fazendo expedição, porque tinha LER/DORT; que toda a equipe que trabalhava a noite fazendo expedição tinha LER/DORT; que este setor foi transferido para a [REDACTED]; que continuou trabalhando na expedição; que neste período foi colocado em uma mesa no fundo, juntamente com outras colegas portadoras de LER/DORT, local que pegava sol direto e o ar condicionado não funcionava; que os demais que trabalhavam no prédio trabalhavam em melhores condições; que seu chefe neste período era o [REDACTED]; que ouvia piadinhas de colegas dizendo que o deopente não tinha nada; que fez uma visita, há dois ou três meses, aos colegas que estão no terceiro andar da agência [REDACTED], verificando que os mesmos estão sem serviço, o que viu com os próprios olhos; que o seu chefe [REDACTED], disse que quando retornar ele vai para o terceiro andar da agência [REDACTED] juntamente com o pessoal que retorna do benefício previdenciário; que não quer ir para este local, onde os colegas são discriminados; que quer voltar e trabalhar; que recebeu ligação de empresa contratada pelo [REDACTED] para fazer proposta ao depoente pois possui LER/DORT; que sente-se deprimido, com vontade de largar tudo, sumir, pois é discriminado; que quer trabalhar, mas ser valorizado, não discriminado; que pelo depoente aposentava-se trabalhando no banco, mas o banco não o quer; que sabe de pessoas que são demitidas quando termina sua estabilidade; que acredita que ao apresentar sua carteira como portador de LER/DORT outra empresa não o contratará; que acredita estar condenado no mercado de trabalho; que não consegue dormir direito pensando no futuro; que está tomando anti-depressivos, em decorrência da situação.” (P. R.

C. F)

“afastou-se pela primeira vez por LER/DORT no início de agosto/2001; que a CAT foi emitida pelo [REDACTED], embora tivesse notícia através do sindicato que isso geralmente não ocorre, pois o médico não costuma emitir a CAT; que seu problema é nos ombros e mãos; que se afastou porque, além das dores, estava estressada, em razão de estar submetida, desde

que entrou no banco em 1986, a jornada extra de trabalho; que ultimamente essa jornada excedia muito o limite legal; que o gerente geral exercia pressão para fazer horas-extras; que quando pedia para sua gerente para não fazer horas extras, ouviu sua gerente falar que “não estava se doando suficiente para a empresa”; que acredita que a pressão varia de acordo com o administrador de cada agência; que sua função é auxiliar de escritório, embora realize uma série de outras funções; que faz fisioterapia de três a quatro vezes por semana, além de tratamento; que em março deste ano terá nova perícia; que está em tratamento psicológico, com a [REDACTED], bem como terapia ocupacional, além da fisioterapia, pois não pode mais exercer tarefas simples, como escrever, ou segurar um livro por muito tempo; que agora frequenta a clínica da dor, pois além das dores está sofrendo emocionalmente por não estar acostumada a “não fazer nada”, pois sempre trabalhou; que ouviu falar do “pessoal do terceiro andar”, onde seus colegas não têm nada para fazer; que foi chamada pela [REDACTED] para fazer um acordo, [REDACTED]; que entraram em contato telefônico pois a depoente não foi à reunião do [REDACTED], e a [REDACTED] verificou que a depoente não recebeu a correspondência, razão pela qual lhe ligaram; que em contato telefônico lhe disseram que o banco estava fazendo um plano de demissão; que lhe disseram que acabasse com o processo de LER, “que teria que providenciar seu processo de demissão”; que entende que teria que pedir alta ao INSS, que lhe passaram os valores que receberia; que deixaram bem claro que a decisão era da depoente, não fazendo nenhuma pressão, mas esclareceram que o banco não seria obrigado a continuar com o contrato de trabalho da depoente após o ano de estabilidade a que teria direito; que não aceitou o acordo proposto; que em determinadas agências do banco, não a que trabalhou, alguns colegas dão risada quando se refere quando está afastada.” (J. M. L.)

“começou a trabalhar no banco [REDACTED] em 17.01.1974, exercendo a função de assistente administrativo III, após a reabilitação do INSS; que seu único afastamento deu-se em 29.09.2000; que recebeu alta do INSS em outubro 2002; que em seu contra-cheque consta a palavra “afastada”; que está trabalhando no mesmo setor, na área de câmbio; que não tem reclamação de seu tratamento, continuando inclusive a trabalhar com computador; que chegou a ser chamada pela empresa [REDACTED]; que em reservado lhe sugeriram que fizesse o acordo pois quando se aposentasse não “levaria nada do banco”, e que sua doença poderia piorar; que sente dor e atualmente não faz tratamento fisioterápico, embora já tenha feito, inclusive tratamento medicamentoso; que houve muita pressão psicológica na época do [REDACTED].” (A. F. D. R.)

“ingressou no banco em novembro 1986, exercendo a função de escriturária, passando a função de caixa; que o INSS a mudou de cargo em razão da doença, passando a exercer a função de assistente de atendimento; que seu primeiro afastamento por LER/DORT nos membros superiores deu-se em 1999, por oito meses; que voltou a afastar-se em 2001, ficando 1 ano e 8 meses afastadas; que recebeu alta do INSS em novembro de 2002, trabalhando atualmente na tesouraria, atendendo telefone, continua utilizando o braço direito, causando novas dores; que seu médico lhe falou que o ato de atender o telefone com o braço direito a faria regredir no tratamento; que a Orientadora Profissional [REDACTED] deu alta para a depoente mesmo esta afirmando que tinha dores exercendo a nova função; que a [REDACTED] omitiu o fato que a depoente não cumpriu o prazo de reabilitação; que faz tratamento fisioterápico; que atualmente é tratada com discriminação, começando pelos próprios colegas, que dizem que o afastamento por LER é férias, dinheiro fácil; que sente por parte de seus colegas desconfiança quanto a veracidade de sua doença; que o banco ainda não lhe deu senha para trabalhar nos computadores; que participou da reunião do [REDACTED]; que lhe falaram que se a depoente não aceitasse proposta, não iria ser feita outra, que era uma proposta generosa; que a depoente teria que pedir alta do INSS, mentindo para o médico dizendo que não tinha mais dor; e voltar para o banco e assinar pedido de demissão; que sabe que no “terceiro andar” seus colegas ficam seis horas sem fazer nada dentro de um lugar fechado.” (G. L. S.)

“começou a trabalhar no banco em 12.10.1978 ; que seu primeiro afastamento deu-se em 1994, ficando 56 dias afastada; que afastou-se novamente em 21.05.2001; que fez fisioterapia e acupuntura; que retornou em 21.10.2002, aceitando em dezembro o acordo proposto pelo banco, onde pediu demissão; que recebeu um telefonema para ir na reunião do [REDACTED]; que estava afastada na ocasião; que a depoente precisaria abrir mão da sua estabilidade; que a própria depoente pediu alta do INSS; que explicou à médica do INSS que sua alta seria para fazer o acordo com o banco, mesmo sentindo dores; que o banco impunha como requisito para fazer o acordo o retorno ao trabalho, sendo orientado pela [REDACTED] que a depoente teria que fazer um “auto-pedido”; que em seu acordo consta a ressalva que abre mão de seu direito apenas sobre seu auxílio-doença; que ajuizou ação trabalhista contra o banco; que sentiu-se desconfortável pelo tratamento recebido por ser portadora de LER, inclusive quando estava afastada; que seus colegas a olhavam de maneira diferente; que era tratada de maneira diferente; que depois que o [REDACTED] comprou o banco o ambiente está muito ruim.” (M. P. M. L.)

“começou a trabalhar no banco em maio de 1999; que fez um acordo onde receberia sua estabilidade, um ano de salário e verbas rescisórias; que ficou sabendo do acordo quando retornou a trabalhar.” (R. G. B.)

“ingressou no banco [REDACTED] em maio/1988, como office-boy, passando para escriturário, analista júnior, analista de sistemas, subindo de cargo e sempre trabalhando com computador; **que foi afastado por LER há um ano e quatro meses atrás, recebendo sua alta em agosto/2002; que quando de sua alta falaram que ele iria para o “famoso terceiro andar”, apelidado de Carandiru**; que lhe disseram que iria separar documentos até “demonstrar seu potencial”; **que disse que após quatorze anos de trabalho no banco achava injusto ir separar documentos; que se sentia totalmente desprotegido, pois a doença era motivo de risada, piadas, pois achavam que o depoente não queria trabalhar; que esta situação lhe afligia, pois trabalhou com todas essas pessoas e foi excluído; que sentiu-se humilhado determinada ocasião não recebeu seus tíquetes, que foi procurar o [REDACTED] para recebê-los, e este disse “vai procurar teu padrinho, referindo-se a seu antigo superior que o convidou a trabalhar após sua alta, o que fez o depoente não ser lotado para o terceiro andar; que o [REDACTED] do Rh chamava atenção do depoente na frente dos outros; que fez um acordo onde receberia sua estabilidade mais um ano de salário; que realizou o acordo porque não tinha mais condições psicológicas de trabalhar no banco, sofrendo pressão**; que o banco não liberou o FGTS, conforme acordado; que o banco afirma que já pagou a multa de 40%.” (N. M.)

“foi digitadora por dezoito anos; **que somente trabalhou para o banco, sendo este seu único emprego; que entrou no banco em 02.04.1979; que desde 1994 sente os sintomas da LER/DORT, provavelmente devido a grande quantidade de horas extras que realizava no trabalho, em equipamentos não adequados; que à época tomava banhos de chuveiro quentes, Cataflan e a pomada Calminex, então de uso veterinário, para aliviar a dor que sentia no ombro direito; que costumava mobilizar o braço uma semana, ocasião em que se afastava com atestado; que em um certo período, de 1994 a 1996, chegou a trabalhar dezoito horas por dia**; que o seu serviço era por produção, com determinado número de toques por minuto; que no final do mês saía relação dos funcionários e respectiva produção; **que quando o trabalhador não conseguia a produção, o chefe chamava em uma sala e seu nome era grifado na referida lista; que a relação era fixada em mural, para todos verem; que chegou a ser chamada uma vez; que entrava às 19 horas à 01 hora da manhã do dia seguinte; que das 13h às 19h e da 01h às 06h30min eram horas extraordinárias; que no ano de 1996 reduziu um pouco este horário, chegando para trabalhar às 17h saindo às 05h do dia seguinte; que chegou a trabalhar sábado**

e domingo; que já em fevereiro de 1987 os digitadores já estavam preocupados com as condições de trabalho e as freqüentes Tenossinovites, conforme comprova documento ora apresentado; que a depoente e seus colegas temiam se afastar por temer demissões; que seu primeiro afastamento se deu em maio de 1998, e o segundo em maio de 2000, ambos por LER/DORT; que o banco emitiu as duas CATS, a primeira pelo [REDACTED] e a segunda pelo [REDACTED]; que atualmente trabalha no terceiro andar da agência [REDACTED]; que não recebe tarefa alguma para realizar, mas está a disposição do banco, cumprindo jornada diária de trabalho de seis horas; que não tem chefia; que reporta-se a um chefe em outro prédio, que fica na [REDACTED], gerente “dos afastados”; que o setor de digitação não existe mais, sendo a depoente em 1997 sido colocada no atendimento ao cliente, hoje superlinha; que fez o curso de treinamento para atendimento ao cliente e em maio de 1998 foi despedida sem justa causa; que ao fazer exame médico demissional, comunicou ao [REDACTED], médico do trabalho do banco, que era da digitação e tinha problema no braço; que foi revertida a demissão, emitida a CAT e começou seu tratamento no INSS; que ficou de maio de 1998 a maio de 1999 afastada; que quando de seu retorno foi recolocada na superlinha, ficando até outubro de 1999, quando passou a trabalhar no segundo andar da matriz, quando se constituiu o grupo do “LER/DORT” (pessoas que retornavam do afastamento por doença LER/DORT) onde passou a fazer brochuras, contar cheques, separar documentos de todas as agências; que após este período foi para o terceiro andar do prédio [REDACTED], fazendo o mesmo serviço anterior; que foi, após isso para o 12º andar do mesmo prédio, separar documentos para a contabilidade; que após foi ao 10º andar do mesmo prédio; que então foi ao [REDACTED], 2º andar, ficando uma semana “sem fazer nada”, sempre ouvindo os demais colegas, que não pertenciam a este grupo, dizer “hoje está bom para ficar parada conversando”, pois não lhes era confiada nenhuma tarefa pelo banco; que depois foram para o terceiro andar da agência [REDACTED], contar e separar documentos a serem enviados para São Paulo; que quando terminou o serviço, não foi enviado nenhum documento a São Paulo e desde fevereiro até hoje não lhes foi passado nenhum serviço; que falta em torno de sete anos para sua aposentadoria; que atualmente possui estabilidade como membro suplente da CIPA; que continua ouvindo de colegas piadas e gracejos quando vai pegar os tíquetes ou crachás, no [REDACTED]; que sente uma “frieza” por parte dos colegas do [REDACTED]; que está realizando tratamento fisioterápico; que não foi convidada para reunião que houve no [REDACTED], no mês de [REDACTED] deste ano; que apresenta neste ato cópias de atestados médicos; que participa do grupo Ação Solidária dos Portadores

de LER/DORT do Sindicato dos Bancários, realizado nas terça-feiras às 16 horas; que nos seus contra-cheques consta a frase “afastados [REDACTED] comercial, conforme comprova documento anexo.” (C. L. G.)

“afastou-se pela primeira vez, em 15.12.2000, embora a CAT tenha sido emitida em 20.12.2000 pelo banco, após submeter-se a exame por médico conhecido pelo médico do trabalho do banco [REDACTED], muito embora tivesse já apresentado quatro laudos no mesmo sentido, bem como ressonância magnética dos dois punhos e dois ombros; que desde então está afastada do banco; que tem conhecimento de um grupo que ficava segregado, que ficava no terceiro andar da matriz; que sabe que os demais colegas falam “olha lá os vagabundos do banco!”; que ao que sabe eles não recebem serviço; que sempre trabalhou no banco, entrando em 04.09.1974, tendo apenas trabalhado no banco; que falta 21 meses para sua aposentadoria; que atualmente o banco vive em clima de guerra; que desde 1997 as pessoas ficavam inseguras quanto ao seu emprego; que os empregados sentiam-se “um lixo”; que em dezembro de 2000 chegou a ser despedida, mas ao chegar ao médico do banco, no dia 19.12.2000, para fazer exame demissional, entregou seus exames; que este encaminhou então ao quinto médico que confirmou os outros quatro laudos anteriores, após o que o banco emitiu a CAT em 20.12.2000; que somente recebeu o salário referente a dezembro de 2000 em janeiro de 2001 após fazer denúncia na DRT; que não foi na reunião do [REDACTED] [REDACTED], mesmo tendo recebido telegrama; que recebeu um telefonema da [REDACTED] com uma “proposta maravilhosa”, de indenização normal, mais os tíquetes, estabilidade, fundo de garantia; que a depoente teria que pedir alta do INSS; que pelas contas da [REDACTED] receberia R\$ 145 mil; que disse que ia pensar; que no dia 29.11.2002 a [REDACTED] retornou a ligação, ao que a depoente respondeu que ainda estava pensando, muito embora não tenha interesse na proposta.” (C. S. N.)

“trabalha no banco desde janeiro de 1987; que exercia a função de caixa; que seu primeiro afastamento por LER/DORT registrado em 1996; que os dois primeiros afastamentos tiveram a CAT emitidas pelo banco, sendo que o depoente não teve problemas para o médico do banco, [REDACTED], reconhecer o acidente; que o segundo afastamento foi em 1997, com a CAT também emitida pelo [REDACTED]; que quando teve alta em 31.10.2002 do INSS e entrou com recurso, pois tinha outros laudos dizendo o contrário; que procurou o atual médico do banco, [REDACTED], que o deixou numa situação constrangedora, ao dizer que a decisão da previdência era soberana, mas não o aceitou no banco, pois estava usando tipóia e tinha perícia de recurso no INSS; que de setembro de 2002 a 31.10.2002 não recebia, pois a previdência lhe deu alta e o banco não aceitou; que teve sua invalidez reconhecida pelos dois

peritos que o examinaram no recurso; que atualmente está aposentado por invalidez; que ajuizou ação na justiça postulando a reintegração; que sentiu-se “violentado” com a conduta do banco; que o ASO do seu exame de retorno ficou inconcluso, pois apontava a doença ocupacional mas o deixou sem trabalho e sem novo encaminhamento ao INSS; que quando de seu retorno trabalhava no mesmo local de antes, exercendo a mesma função de caixa, sem nenhuma restrição, fato que chamou atenção até do [REDACTED]; que o [REDACTED] afirmou ao depoente que já tinha avisado ao banco que “o equipamento do banco ia arrebentar os caixas”; que ouviu de colegas que aqueles que retornavam de benefício previdenciário por LER/DORT eram colocados em uma sala sem trabalho, em local separado; que chegou a ouvir dos próprios colegas que estavam nesta sala que eles se sentiam “inúteis” pois não lhes davam serviço; que ouviam piadas da terceirizada; que sentiam-se constrangidos com isso; que sentiu-se humilhado e desrespeitado pelo [REDACTED] em relação a sua situação de portador de LER/DORT, tendo inclusive havido desrespeito por parte destes mesmos senhores em relação aos laudos que apresentava e aos médicos que os firmavam; que não sente segurança em deixar com o [REDACTED] documentos que sejam enviados para o recursos humanos de São Paulo; que teve inclusive que procurar o PROCON para obter cópias de alguns documentos que lhe diziam respeito no banco; que durante dois anos e meio precisou tomar ansiolíticos e antidepressivos, devido ao comportamento do banco; que também no INSS sofreu deboches e desrespeito com o depoente e com os profissionais que assinavam os laudos que apresentava; que chegou até mesmo a pensar em fazer ocorrência policial contra os médicos peritos do INSS.” (D. A.)

“trabalha no banco desde 03/06/1975; que trabalhou sempre como digitadora; que o seu afastamento por LER/DORT ocorreu por volta de 1998; que atualmente está afastada em benefício previdenciário por depressão desde 02/2000; que possui ação postulando o reconhecimento do seu atual benefício como auxílio doença acidentário; que no seu afastamento por LER/DORT o Banco emitiu a CAT; que na época o médico do trabalho do Banco era o [REDACTED]; que quando retornou do benefício acidentário foi colocada para trabalhar como recepcionista no décimo andar, na direção geral, que nesse período não lhe davam muitas tarefas, razão pela qual começou a ficar tensa no trabalho; na mesma ocasião outra colega, [REDACTED], que também estava retornando de benefício previdenciário decorrente de LER/DORT, foi colocada na recepção junto com a depoente; que a sua colega [REDACTED] também não tinha muitas atividades nesta época; que em 1998 foi colocada a trabalhar no porão, ocasião em que “conheceu a humilhação”; que no porão as condições de trabalho eram péssimas, o local era bastante sujo, tinha um chefe que

derrubava as pastas e a fazia colocar tudo de volta no lugar, tinha que subir em escadas altas, muitas vezes sem o mínimo de condições de se equilibrar; que para realizar a digitação colocava os pés em cima de uma caixa; que no período em que trabalhou no porão este estava em reformas; que nesse período a depoente e seus colegas, também lotados no porão, sentiam-se “como se fossem de firma terceirizada”, pois não tinham a mínima atenção do banco, sentiam-se isolados, eram considerados” ratos do porão” e os outros funcionários, dos outros andares, não podiam dirigir a palavra a depoente e seus colegas; que o banco sempre discriminou as pessoas voltavam de licença em razão de LER/DORT; que todas as pessoas que trabalhavam no porão haviam retornado de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e somente a depoente tinha a época estabilidade diversa decorrente de tempo de serviço; que o seu chefe a época, [REDACTED], este ficava no décimo andar do prédio; que foi o próprio chefe, [REDACTED], que os chamou de ratos do porão; que testemunhou em ação de colega [REDACTED], tendo relatado as condições de trabalho das pessoas que retornavam de LER/DORT no porão do Banco; que nesse mesmo período no porão havia um funcionário com problema de coluna; que ouviu dizer que o Presidente do Banco teria referido que preferia pagar multas da DRT a retirar o pessoal do porão; que o trabalho no porão foi flagrado pela DRT; que, no mês de janeiro do ano de 2000, foi colocada a trabalhar na direção geral, tendo ficado naquele local por dois dias sem qualquer trabalho, sentada numa mesa redonda, ocasião em que chorou muito em casa; que após foi transferida para a matriz, época em que foi constatada a sua depressão; que chegou a trabalhar no 3º da [REDACTED], que também havia retornado de benefício previdenciário decorrente de LER/DORT; que em novembro deste ano recebeu uma ligação do [REDACTED], indagando se a depoente havia tomado conhecimento da proposta que o banco estava oferecendo para os seus funcionários, ocasião em que informou não ter interesse na proposta. Neste ato ainda, a depoente apresenta cópias de diversos documentos, atestados e fotos referentes a sua situação no banco e a sua saúde, salientando que os documentos ora apresentados não precisam ser guardados em sigilo.” (M. L. A.)

“trabalha no banco desde 03.12.1982; que seu primeiro por LER/DORT afastamento ffo em 27.09.1997; que retornou, mas precisou afastar-se novamente, não retornando mais; que no momento não está trabalhando; que o banco emitiu as duas CATs; que chegou a trabalhar no Grupo de LER/DORT, no quarto andar do prédio da rua Sete de Setembro; que o local estava em reforma na época; que estavam trabalhando no meio do pó, sem poder ao menos respirar; que neste local precisavam arquivar, separar documentos, levantar caixas, atividades estas não recomendadas para a situação da depoente; que permaneceu neste local

do seu retorno até o afastamento; que sentia-se isolada, não tendo contato com os outros colegas, exceto os que trabalhavam com a depoente, que também tinham retornado de benefício previdenciário; que foi chamada para a reunião do [REDACTED]; que recebeu um telegrama; que na reunião foi feita uma proposta que quem tivesse ação na justiça desistisse, bem como pedir alta do INSS; que a depoente não aceitou; que os valores pagos eram de aproximadamente 48 mil; que após a reunião feral, iam realizar uma individual, a qual a depoente não participou; que mesmo não participando da reunião individual, ligaram para a depoente afirmando que a proposta era a mesma, que a depoente necessitava retirar ação ajuizada, bem como ir ao INSS pedir alta, deixando claro que o banco “não tinha nada a ver com isso”, que a responsabilidade era apenas da depoente.” (M. T. S.)

“trabalha no Banco desde 14/11/1988; que o seu primeiro afastamento por LER/DORT ocorreu há aproximadamente sete anos; que todas as vezes que precisou se afastar por LER/DORT foi o Banco que emitiu as CATs., pelos doutores [REDACTED]; que o seu primeiro afastamento foi de 40 dias, tendo pedido alta no INSS porque ganhava muito pouco a título de benefício previdenciário; neste período o Banco não discriminava os portadores de LER/DORT; que aproximadamente uns quatro anos depois precisou se afastar novamente e quando do seu retorno foi discriminada, tendo sido colocada num grupo em separado somente de pessoas que retornaram de benefício decorrente LER/DORT; que, participando desse grupo, eram-lhe conferidas as seguintes tarefas: contar cheques colocando-os em prateleira com saco plástico; que na época o chefe aparecia de vez em quando; que ficavam abandonados no local, ficando apenas o pessoal lesado; que ficou apenas por um período de um mês e meio tendo após sido novamente afastada; que recebeu um telegrama para participar de uma reunião no [REDACTED], neste ano, por volta do mês de setembro; que houve uma reunião geral onde foi comunicado aos presentes que a reunião era destinada aos empregados afastados; nesta reunião foi oferecido o pagamento de dois anos de tickets, dois anos de salários e um ano de Unimed, em troca disso os trabalhadores deveriam abrir mão de sua estabilidade; que os valores apresentados individualmente à depoente eram praticamente os mesmos que teria direito sem aderir à proposta; que sentiu-se discriminada ao ser colocada no grupo de pessoas que retornaram de benefício decorrente LER/DORT; que o local em que trabalhava com o referido grupo tinha péssimas instalações, “eram péssimas condições de trabalho”; que estava acostumada a trabalhar em local com melhores condições de trabalho, com instalações mais modernas e ambiente mais agradável; que o que tinha o grupo em comum era a LER/DORT, pois as pessoas integrantes eram de diversos cargos: motorista, chefe de departamento, digitador, etc.; que esse grupo ficava no 1º andar

da matriz; que se sentia mal de trabalhar em tal local, que o ambiente era horrível, que tinha muita poeira, não tinha ar condicionado; na mesma época os demais empregados trabalhavam em locais melhores com ar condicionado; que o pessoal desse grupo era conhecido pelos demais colegas como “os excluídos”. (E. E. M. S.)

“está recebendo auxílio acidentário por LER/DORT, razão pela qual está afastada do banco; que trabalha no banco desde 1998; que sofre de LER/DORT desde 1990 ou 1991, primeira vez em que engessou seu braço; que está afastada desde maio de 1999, por LER/DORT, sendo as CATs emitidas pelo banco; que não tem conhecimento de colegas que tenham ido trabalhar no “porão” do banco; que tem conhecimentos que os colegas do [REDACTED], portadores de LER/DORT que retornaram do benefício, estão sem fazer nada em sua jornada de trabalho, em “ócio completo”; que em maio de 2002 chegou a ficar uma semana no local, pois o INSS pediu a depoente para fazer um estágio para verificar sua situação; que nesta semana percebeu o tratamento dado aos colegas; que no local não tinha nada, nem chefe, nem telefone, nem computador, só cadeira e mesa; que não estavam sendo reabilitados, somente sofrendo humilhação; que a depoente sentiu-se humilhada; que foi chamada em reunião no [REDACTED] em Porto Alegre; que foi uma reunião coletiva, onde foi proposto um acordo de ambas as partes, oferecendo benefícios para a pessoa sair do banco; que os chamados eram pessoas com estabilidade; que após explanação foram chamados individualmente; que falou com o [REDACTED]; que este lhe disse que precisava retirar o processo movido contra o banco, se o tivesse, e pedir auta [sic] do INSS, dizendo para o perito médico que estava bem, para poder realizar o “acordo bilateral”; que não lhe foi dado nada por escrito; que a depoente informou ao [REDACTED] que os valores informados para o acordo era muito baixo, que anteriormente já tinha lhe sido oferecido mais que o dobro no antigo “PDI”, Plano de Demissão Incentivado” (V. E. N. S.)

“que trabalha no banco desde 1983; que o banco foi seu único emprego; que entrou como contínuo, passou a escriturário finalmente caixa; que seu primeiro e único afastamento foi em maio 2001; que a CAT foi emitida pelo banco; que encaminhou os laudos de seus médicos para o médico do banco, que o encaminhou para fazer outro exame, pago pelo banco; que antes de fazer o exame foi ao sindicato, que afirmou que o depoente podia fazer o exame; que este exame acusou problemas, e o médico do banco emitiu a CAT; que de 09 setembro a 09 de outubro de 2002 está fazendo treinamento no setor de cadastro; que neste período recebeu visita da supervisora do INSS; que após o treinamento foi marcada entrevista com a supervisora do INSS; que o depoente disse que sentiu dificuldade no treinamento, pois no banco trabalha-se muito com o micro; que o depoente sentiu dor; que dia 11.12.2002 tem marcada

nova entrevista no INSS; que no período do treinamento não sentiu-se discriminado; que está lotado na agência centenária; **que sabe que colegas sofrem discriminação; que seu colega Júlio, caixa na agência [REDACTED], teve várias passagens pelo INSS, e disse que trabalhou na “salinha do terror” (terceiro andar da agência [REDACTED]); que existem colegas no terceiro andar da [REDACTED] sem ter o que fazer, em condições precárias; que somente esporadicamente mandam serviço para eles, principalmente para arquivar; que o [REDACTED] referiu que sentia-se inútil neste local; que soube que o banco estaria “esvaziando” o terceiro andar porque levou uma multa; que o banco trata os funcionários que se afastam como “funcionários problema”; que participou de reunião no [REDACTED]; que na reunião foi feita proposta pelo banco, um plano de demissão voluntária, PDI; que chamaram cada participante individualmente explicitando valores que cada um teria direito; que só foram chamadas pessoas portadoras de LER/DORT para a reunião; que o depoente não aceitou a proposta.** (V. A. R.).

“entrou no banco em 19.08.1988 e saiu em 17.04.2001; que exercia a função de escriturária, passando depois para caixa; que é portadora de LER/DORT; **que compareceu em uma reunião em que foram chamados todos portadores de LER/DORT, onde foi oferecido um bônus para que pedissem demissão; que foram praticamente forçados a pedir demissão, pois a chance de ficar no banco era bem pouca; que a reunião foi feita em um departamento do próprio banco; que nesta reunião foram expostos os valores que cada um receberia, que a estabilidade foi comprada; que à época estava afastada do banco, com CAT emitida pelo sindicato, e, embora continuasse com a doença e os sintomas, solicitou alta no INSS para pedir demissão; que atualmente está em benefício previdenciário pelo mesmo problema; que foi demitida em 2001, e foi demitida, ocasião em que apresentou ao [REDACTED] os exames que mostravam sua condição de portadora de LER; que o [REDACTED] não aceitou os exames; que então a depoente foi ao sindicato, que a orientou a procurar um médico; que então realizou outros exames e então o sindicato preencheu a CAT; que, como era indiferente assinar o exame demissional ou não, a depoente assinou, entrou com atestado de 15 dias, realizou os exames, entrou no INSS e conseguiu reverter sua demissão; que em relação aos funcionários que voltavam de benefício previdenciário, ao que sabe estes empregados eram alocados em setores diferentes do que antes trabalhavam; que estes empregados eram vistos de maneira diferente, como doentes; que em alguns casos eram colocados em lugares onde não podiam fazer nada; que realmente havia a discriminação; que ao que sabe, quem não saiu naquela época e atualmente está no banco, não trabalha no setor de origem, e não são vistos como bons funcionários, “não é mais aquele pro banco”.** (I. R. R.)

*“que foi despedida do banco em 2000; que ajuizou processo contra o banco; que começou a trabalhar no banco em 12.09.1988, na função de caixa; que não teve afastamento por LER/DORT, mas em 1997 foi constatada a doença e ficou sete dias com atestado; que, quando saiu em 20.06.2000 atestou para o médico que estava com a doença, através de laudos médicos em abril/2000; **que o médico, [REDACTED], não considerou os exames da depoente, e sua rescisão foi feita em juízo trinta dias depois; que foi orientada pelo sindicato para que não assinasse sua demissão; que, nesta época, o sindicato emitiu CAT, e o INSS não reconheceu como doença ocupacional, o que é objeto de ação judicial, ainda em tramitação; que a ação contra o banco está suspensa, aguardando o resultado da ação contra a previdência; que o número de sua ação contra a previdência é [REDACTED]; que teve colegas com LER/DORT e que estes eram considerados “um estorvo”; que o banco não esperava mais nada destas pessoas; que estes colegas faziam apenas o que a doença permitia.”*** (N. R. S.)

*“que foi demitida do banco em 26.04.2000; que ingressou em 04.02.1982; que exercia função de caixa; que, enquanto trabalhava, apesar de ter problemas, não quis se afastar, devido a quantidade de serviço e à pressão do banco; que foi despedida sob alegação de “demissão em massa”, quando da compra do [REDACTED]; que, quando foi ao médico para assinar o atestado demissional, achou que o médico iria pedir exames que comprovassem sua doença, mas o médico não lhe pediu nada, dizendo-lhe que era a depoente que deveria portar exames que comprovassem sua doença; **que ficou abalada pelo comportamento do médico, que não deu atenção para seu exame; que então procurou o sindicato, e então conseguiu a emissão de sua CAT; que o INSS reconheceu sua doença como doença do trabalho;** que entrou com reclamatória trabalhista contra o banco, pedindo sua reintegração; que saiu em abril/2000, e lhe chamaram em junho ou julho do mesmo ano para que, junto com outros empregados que saíram no início de 2000, assinasse um “PDV”; que, como foi despedida, não quis assinar; que foi orientada por seu advogado a assinar, o que foi contra a si mesma; **que, ao que sabe, os colegas que precisavam afastar-se por LER/DORT sofriam dificuldades; que na agência da depoente os empregados evitavam se afastar por doença do trabalho; que afastamentos para fazer fisioterapia não eram bem vistos; que não tem conhecimento da situação atual dos colegas que permaneceram.”** (R. D. R.)*

“que começou a trabalhar no banco em 1983 e saiu em maio de 2001; que foi demitida do banco; que nos últimos meses de trabalho no banco era assistente de gerencia, tendo a nomenclatura mudado ao longo dos tempos; que nunca foi promovida a gerente de negócios, muito embora a placa na sua mesa constasse “gerente de negócios”; que no seu lugar entrou

uma estagiária; que esta estagiária teve incentivo de colegas no seu trabalho; que a depoente em seu trabalho tinha metas a atingir, tendo, inclusive que percorrer bairros que não ofereciam muita segurança em busca de novos clientes; que **havia muita pressão para que fossem atingidas as metas**; que quando foi fazer o exame demissional, comentou com o médico do trabalho do banco que sentia dormência nos punhos e este solicitou eletroneuromiografia, onde ficou constatada a existência de LER; que diante deste diagnóstico o médico do banco emitiu a CAT; que seu afastamento se deu entre maio 2001 e outubro/novembro 2002; **que a depoente recebeu uma correspondência do banco chamando para fazer acordo; que a empresa contratada pelo banco para apresentar a proposta de acordo disse que esta seria a última proposta de acordo, tendo dado no máximo dois dias à depoente para pensar; que o acordo previa a obrigação, por parte da depoente, de pedir alta do INSS; que a depoente aceitou o acordo, tendo pedido alta do INSS; que a depoente foi admitida para trabalhar em [REDACTED], quando ainda era o [REDACTED], tendo, em janeiro de 1993 iniciado o trabalho em Porto Alegre; que a depoente recebeu as parcelas rescisórias antes da homologação da rescisão; que a homologação de sua rescisão foi feita pelo sindicato de [REDACTED], um prédio do banco na [REDACTED]; que esta prédio possui grande parte de suas salas desocupadas; que participaram da homologação o [REDACTED] dos Recursos Humanos, e mais duas pessoas do Sindicato dos Bancários [REDACTED], um deles o Presidente do Sindicato; que o Sindicato dos Bancários de Porto Alegre não tinha conhecimento do acordo; que ainda sente dores em decorrência da LER; que antes de 2001 já sentia dores, com bastante intensidade na gravidez, mas não havia se afastado do trabalho; que nas agência da [REDACTED] havia empregados que eram portadores de LER/DORT; que os empregados em benefício previdenciário portadores de LER/DORT da agência [REDACTED] não tinham acesso a determinados documentos que os empregados que estavam trabalhando tinham, eles só podiam circular pelos lugares onde também circulavam os clientes; que, quando os empregados em benefício previdenciário portadores de LER/DORT voltavam ao trabalho, eram colocados em serviços mais “banais”, como por exemplo, auto-atendimento, orientação de clientes; que não sabe se isto era exigência do INSS ou do próprio banco”. (S. C. M. M. S.)**

“que entrou no banco em 1987; que afastou-se por LER/DORT em 2001, estando em benefício previdenciário desde aquele momento; **que a CAT foi emitida pelo sindicato; que o afastamento foi caracterizado como doença comum, embora a depoente possua tendinite no ombro direito, antebraço e punho; que a depoente, quando do seu afastamento, apresentou laudo médico descrevendo a doença antes referida, mas o médico do banco, [REDACTED], não**

aceitou tal documento para fins de emissão de CAT; que a depoente era caixa no banco; que no último exame periódico realizado pela depoente, antes de seu afastamento, já constava que a depoente possuía tendinite; **que ouviu de ex-colegas que retornavam de benefício previdenciário por LER/DORT que, quando do retornou, “não voltavam para suas funções anteriores, tendo que cortar papéis, arquivar documentos, ou mesmo não faziam nada pois não tinham função definida, isto não deixava de ser uma punição”**; que de um ano para cá, perdeu contato com algumas pessoas, não sabendo se esta situação persiste”. (L. H. D. R.)

“que trabalhava no banco desde 1986, na área de informática; que entrou em benefício em 1998, ou 1999; que saiu do banco em outubro de 2000; **que saiu do banco porque quem possui problemas de saúde sofre pressão para pedir demissão**; que foi demitido em março de 1991, ajuizou ação de reintegração e retornou em setembro 1991; **que, como pressão, foi colocado em desvio de função, passou a carregar peso, teve sua tarefa alterada**; que, com a incorporação do banco [REDACTED] pelo grupo, a área de informática pois desativada; **que o depoente não podia ser demitido devido a seu processo de reintegração; que passou a ser pressionado para pedir demissão; que atualmente encontra-se em gozo de auxílio-doença; que possui LER/DORT, o que ocasionou afastamentos.**” (R. A.)

“que está afastada em benefício previdenciário com CAT emitida pelo banco, desde junho de 2003; que **é o seu terceiro afastamento** e todas as CATs foram emitidas pelo banco; que, atualmente, no seu contracheque consta como estando lotada na agência [REDACTED] [REDACTED]; que busca seu contracheque [REDACTED] [REDACTED]; que a sua gerente está trabalhando na [REDACTED] [REDACTED]; **que os colegas que estão retornando de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e cujos setores de origem não existem mais estão sendo lotados na [REDACTED], mas não lhe são passadas quaisquer atividades**; **que os empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT precisam cumprir horário; que os demais empregados lotados neste mesmo local estão trabalhando normalmente; que os empregados que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e que estão lotados no [REDACTED] não tem computador, com exceção de uma colega que está subordinada a outra gerência, sendo que os demais empregados possuem-no em suas mesas; que a maioria dos colegas que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e que estão lotados no [REDACTED] [REDACTED] estão se tratando com psiquiatras em razão do descaso do banco com sua situação**; que há outros setores do banco com muito serviço, como, por exemplo, o setor

*jurídico, que poderiam receber mais empregados, inclusive com LER/DORT; que a depoente trabalhou no [REDACTED] por um ano e oito meses; que a depoente e os demais colegas que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT, neste período, receberam tarefas de diversos setores, inclusive do setor de [REDACTED]; que, nesse período, a depoente contava os documentos, fazia fechamentos, colocavam documentos em caixas e o carregamento desses documentos era feito por empregados de empresas terceirizadas; **que essas atividades encerraram em seguida, tendo ficado a depoente e os demais colegas que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT, o restante do tempo sem tarefas; que carregaram caixas com documentos na [REDACTED], sob a coordenação da [REDACTED], da Contabilidade; que não tem conhecimento de que teria havido, em abril de 2004, semana relativa a prevenção de acidente do trabalho na administração central do banco; que no mês de abril, inclusive, foi votar na eleição da CIPA realizada no [REDACTED].**” (C. L. G.)*

*“que está aposentada desde fevereiro/2003; que, por participar do Grupo de Ação Solidária do Sindicato dos Bancários, tem conhecimento da situação atual dos empregados do [REDACTED], e ainda por contato que mantém com seus ex-colegas; **que ao que sabe o [REDACTED] continua não emitindo CAT, e a empresa descaracterizando o problema da LER; que o pessoal do [REDACTED] continua sem atividades;** que, conforme contato com a irmã seu colega [REDACTED], que está afastado por doença comum há dois anos, este está preocupado com medo de ser despedido; que a empresa dá serviço normal para ele; que o [REDACTED] está na Agência [REDACTED]; que como esta agência vai fechar, a depoente acredita que ele será transferido para a agência do [REDACTED]; que a [REDACTED] não está mais em Porto Alegre, estando atualmente em Brasília; que atualmente o grupo está independente; que duas psicólogas participam do grupo”.* (C. S.)

*“que é empregada do Banco [REDACTED], estando em licença há três anos; que a sua função era de auxiliar administrativa; que entrou no banco em 1983; que, antes disso, havia trabalhado por cinco anos no Banco [REDACTED]; que antes de se afastar, trabalhava na auditoria, fazendo pesquisa e cuidando do pessoal daquele setor; que é portadora de hepatite C e, em decorrência da doença, entrou em licença tendo em vista suas condições de saúde; que a depoente apresenta documento emitido pelo INSS no qual consta a sugestão de benefício de aposentadoria por invalidez à depoente, dependendo a mesma de análise e homologação superior do INSS; **que tem conhecimento de “histórias fantásticas” sobre empregados do banco que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e que, inclusive, ficaram em depressão em decorrência de tais fatos; que tem***

conhecimento de que aqueles empregados que voltavam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT foram instalados em um “salão” onde ficavam “parados” embora tivessem que cumprir horário; que conhece bem pelo menos duas empregadas que foram lotadas no referido “salão”, tendo, ambas, sofrido depressão em decorrência desta situação; que, também, os aposentados que possuem “caixinha” sofrem discriminação do banco, pois este não lhe concede aumentos nas mesmas épocas dos demais empregados e tampouco os tiquetes de cestas; que o banco somente concede os tiquetes de cestas para os aposentados do banco que possuem decisão judicial neste sentido; que o banco tem procurado comprar a “caixinha” dos aposentados que a possuem; que a “caixinha” constitui complementação de aposentadoria paga pelo banco, para a qual houve prévia contribuição por parte de empregados; que foi chamada duas vezes pelo banco para fazer acordo; que, na primeira vez, ocorrida há aproximadamente dois anos, compareceu ao local indicado - o [REDACTED] [REDACTED] -, ocasião em que foi fornecido coquetel de chegada e após almoço, e oferecido à depoente um valor aproximado de R\$ 55.000,00 entre outros benefícios; que lhe foi sugerido que pedisse a sua médica que encaminhasse documento ao INSS solicitando a sua alta; que a depoente, na ocasião, disse que não tinha interesse no acordo pois estava afastada por necessidade de saúde; que, naquela ocasião, a auditora que conversou com a depoente tentou convence-la a fazer o acordo; que, no final do ano passado, ou início deste ano, recebeu nova carta do banco oferecendo novo acordo, carta esta que a depoente acredita ter rasgado.” (L. U. S.)

“que é empregado do Banco [REDACTED]; que entrou no banco em 1976; que atuou em várias atividades; que em 1999 começou a sentir os efeitos da LER/DORT; que em 1982 começou a trabalhar com microcomputador; que, na época, trabalhava no departamento de controle, na montagem de planilhas, sempre através de microcomputadores; que se afastou em 1999, por um período de 6 meses em decorrência de LER/DORT; que o encaminhamento foi feito pelo banco, com a emissão de CAT; que, quando do seu retorno, após o afastamento de 1999, não sofreu qualquer discriminação, tendo voltado a trabalhar normalmente; que, neste período, o banco era da [REDACTED]; que os problemas de discriminação em relação ao pessoal que retorna de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT começaram a ocorrer com o [REDACTED]; que, em 2001, teve novo afastamento por LER/DORT; que ficou em benefício previdenciário por aproximadamente dois anos; que assim que o [REDACTED] assumiu o [REDACTED] começou a propor acordo aos empregados acometidos de LER/DORT; que o depoente, na época, tinha interesse em fazer acordo com o banco, tendo, inclusive, solicitado ao seu médico particular que encaminhasse

atestado para que obtivesse alta junto ao INSS; que a alta previdenciária era uma das condições impostas pelo banco para a celebração do acordo com o depoente; que, na ocasião, o perito do INSS não aceitou o atestado de alta assinado por seu médico particular, tendo ficado mais um período em benefício previdenciário, o que o fez perder o prazo para celebrar acordo com o banco; que retornou ao trabalho em 2003, tendo assumido na área de controle de contratos e garantias; que as tarefas a serem executadas pelo depoente englobam o levantamento de caixas, carregamento de pilhas de papel, arquivamento de papéis, montagem de formulários, atividades essas que prejudicam os trabalhadores, principalmente aqueles que já possuem LER/DORT, pois agravam a sua situação; que o depoente assumiu, em março de 2004, as tarefas de uma outra colega que realizava este tipo de atividade (levantamento de caixas, carregamento de pilhas de papel, arquivamento de papéis) e que ela se afastou por agravamento da lesão (LER/DORT); que ainda ocorrem situações de discriminação do banco em relação aos empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT; que os demais colegas que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT não possuem microcomputador em suas mesas; que é fácil de saber quem tem LER/DORT, basta ver quem não tem computador na mesa; que o depoente não possui senha para efetuar ligações telefônicas para fora do banco e tampouco para acessar os boletins e informações diárias do banco; que outro colega que retornou de benefício previdenciário também não possui senhas ; que os demais empregados que não possuem LER/DORT, possuem senhas de acesso a computador e a telefone; que a discriminação em relação aos que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT é grande; que alguns daqueles empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT não recebem atividades para realizar no horário de trabalho; que isso ocorre com outros colegas que trabalham no seu andar; que o depoente trabalha no [REDACTED]; que o colega [REDACTED] e a [REDACTED], a qual atualmente substitui, estão atualmente afastados em benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e o [REDACTED] não emitiu a CAT; que, durante o seu segundo afastamento, foi chamado pelo banco para fazer acordo; que, como não compareceu à reunião [REDACTED], a empresa contratada pelo banco para a realização do acordo entrou em contato com o depoente; que o depoente disse não ter interesse na realização do referido acordo; que tem conhecimento de que o banco mantivera empregados que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT no [REDACTED] sem o repasse de qualquer atividade, mas apenas cumprimento de horário; que o depoente já

conversou com o [REDACTED] solicitando que ele lhe liberasse a utilização de computador, pelo menos uma hora por dia, para olhar o correio eletrônico, informações diárias e boletim do banco, ao que o [REDACTED] respondeu que em razão da sua lesão não poderia utilizar computador.” (R. M.)

“que é empregado do [REDACTED] desde 1987; que já teve várias funções no banco, tendo trabalhado, inicialmente, como operador de offset, na gráfica do banco [REDACTED], depois trabalhou na microfilmagem (laboratório, inspeção, revisão); que, após, afastou-se em decorrência de mandato sindical, por duas vezes; que, no seu retorno, foi enviado para a “sibéria”, setor localizado no [REDACTED] onde carregava caixas, com os colegas que retornavam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT ; que neste local estavam aqueles que retornavam de benefício, dirigentes sindicais, enfim, as “personas não gratas” do banco; que, depois, foram lotados no [REDACTED] - “sibéria II”, realizando os mesmos trabalhos e nas mesmas condições; que, atualmente, está no [REDACTED]; que os empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT são realocados em agências ou [REDACTED]; que a situação no [REDACTED] está péssima; que tem colegas afastados por LER/DORT com situação precária e os que estão dentro do banco sentem-se excluídos, não se sentem úteis, alguns estão fazendo tratamento psicológico ou psiquiátrico; que estão sem atividade; que sentem-se marginalizados dentro do banco; que o depoente está passando por um período muito difícil em termos psicológicos, que está sem atividade nenhuma dentro do banco; que não pode acessar o sistema do banco e as notícias do sindicato; que, embora tenha computador na sua mesa, não possui senha; que, como membro do sindicato, ouviu falar do médico da empresa, [REDACTED], e teve contato com este na época em que trabalhou no prédio matriz; que a manifestação da LER/DORT se deu quando estava na microfilmagem tendo se agravado ao longo do tempo; que o médico qualificou-o como portador de doença comum, embora tivesse apresentado atestados e exames comprovando a doença; que o médico entende que a LER/DORT não havia sido adquirida no trabalho do banco; que essa política é seguida também para outros colegas; que retornou ao trabalho no início deste ano; que o seu chefe imediato é o [REDACTED]; que, neste ato, apresenta exames e laudos realizados, demonstrando ser portador de bursite e tendinite; que não postulou na justiça o reconhecimento de seu afastamento como acidente do trabalho; que nunca foi chamado para acordo, até porque não iria aceitar, mas que tem conhecimento de que o banco já chamou diversos empregados e também dirigentes sindicais; que tem conhecimento de que houve no prédio a realização da SIPAT, este ano; que a

participação foi pouca; que sabe que a liberação dos empregados se deu para o café da manhã promovido em decorrência da SIPAT e para vacinação para os empregados; que a divulgação foi muito fraca; que acredita ser de meia dúzia o número de empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT; que recebem trabalho; que aqueles empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e que foram lotados em agência estão trabalhando; que no ano passado, em dois meses **foi transferido três vezes de local de trabalho para que não se candidatasse à eleição da CIPA;** que no período em que esteve lotado na agência [REDACTED], trabalhou com computador, tendo sentido dores.” (V. A. D.)

“que está afastado de suas atividades desde agosto/2002; que esta foi a primeira vez que se afastou por LER/DORT; que o depoente entrou no banco em 01.01.1975, na função de auxiliar de escritório, passando por diversas atividades; que quando ainda trabalhava, viu vários colegas que retornaram do benefício reclamarem do médico; que estes recebiam alta do INSS, retornavam ao trabalho e logo deviam afastar-se novamente; **que a reclamação principal era a não-emissão da CAT; que no caso do depoente não foi o banco que emitiu a CAT, apesar de todos os exames apresentados pelo depoente;** que o depoente está afastado por doença comum; que não tem conhecimento da situação atual dos colegas que retornam do benefício; **que, quando ainda estava trabalhando, viu que em uma sala os que retornavam eram “discriminados”, trabalhando em arquivos de documentos; que o depoente trabalhou um certo tempo com “os afastados”;** que acredita que todos os que trabalhavam naquele local eram vítimas de discriminação; que o depoente trabalhou com este grupo por aproximadamente cinco anos, até seu afastamento; **que chegou a trabalhar no terceiro andar da agência centenária; que, em certos dias, não tinham tarefas para fazer, mas cumpriam horário;** que na época eram passadas tarefas para o grupo; que neste período houve planos de demissão, sendo que o depoente, já afastado, foi chamado para uma **reunião no [REDACTED] [REDACTED], onde lhe foi passada a proposta do banco para que o depoente pedisse demissão; que lhe foi passado que o depoente teria que pedir alta do INSS, retornar ao trabalho para então pedir seu afastamento; que, quando se afastou, chegou a fazer tratamento psiquiátrico com o [REDACTED], tal seu estado depressivo; que a depressão se deveu ao tratamento constrangedor do banco.**” (F. M. A.)

“que está desligado do banco há quase dois anos; **que fez acordo em dinheiro com o banco para sair, pois não tinha condições de continuar trabalhando no banco;** que entrou no banco em maio de 1988; **que a homologação da rescisão do depoente foi feita pelo sindicato dos bancários de outra cidade, acreditando ser [REDACTED];** que não chegou a viajar

para tal cidade, pois o representante do sindicato homologava as rescisões em uma sala no banco; que nesta sala estavam presentes o depoente, ████████ do Recursos Humanos, e um senhor que dizia ser deste sindicato; que trabalhou sempre em Porto Alegre; que é paciente de LER/DORT, chegando a ficar afastado quase dois anos, voltando a trabalhar mais um mês; que foi difícil localizar novo lugar para que o depoente trabalhasse, pois, apesar de haver a ████████████████████, local onde eram encaminhados os que retornavam do benefício, chamado “Carandiru”, o depoente pediu para seu ex-chefe para ir a outro lugar; que conseguiu colocação no setor da contabilidade, no prédio ████████; que neste período, ouvia do ████████ do Recursos Humanos que era “apadrinhado”; que trabalhava muito próximo ao ████████, cerca de um metro de distância; que houve inclusive uma discussão muito grande entre o ████████ e seu chefe, pois o ████████ não queria que o depoente ficasse neste setor; que não podia usar o computador, nem o telefone, “porque poderia dar problema de LER de novo”; que o depoente sempre executou tarefas complexas no banco, pois seu cargo era de analista, mas, após seu retorno, lhe deram tarefas de procurar documentos, procurar nomes em listagens; que acredita que o ████████ não o queria na contabilidade por já ter um local específico para os que retornavam com LER; que ao que sabe a única área que possui pessoas com problemas de LER é a do seu ex-chefe; que compareceu a reunião do ████████, onde fizeram uma explanação, mas nada foi efetivado neste local; que um mês após seu retorno ao trabalho foi proposto o acordo; que era muito difícil trabalhar nestas condições; que o depoente afastou-se com CAT emitida pelo banco; que o desligamento do depoente ocorreu no período da garantia de emprego por acidente do trabalho, pois fazia apenas um mês que havia retornado ao trabalho; que o banco comprou sua estabilidade; que até o presente momento não se arrepende do acordo feito pois o mês que esteve trabalhando após o retorno do benefício “foi horrível”; que é melhor estar fora do que trabalhar naquelas condições.” (V. M.)

“(...) que não trabalha mais no banco, há aproximadamente dois anos; que estava em gozo da estabilidade ao realizar o acordo com o banco; que não era portador de LER/DORT; que não chegou a vivenciar a situação ocorrida com os portadores de LER/DORT, nem presenciou nenhuma situação de discriminação com estes trabalhadores, pelo menos no setor de controladoria, onde trabalhava; que sua rescisão não foi homologada pelo sindicato dos bancários de Porto Alegre, pois este era contra o acordo; que atualmente trabalha na lavoura; que esta homologação foi feita através do sindicato de ████████████████████; que sempre trabalhou em Porto Alegre; que não chegou a ir à cidade, o representante sindical é que veio a Porto Alegre; que a homologação foi realizada em uma sala do banco; que estavam

presentes o depoente, duas pessoas do sindicato e uma pessoa do departamento pessoal do banco.” (R. G. B.)

“que é portador de LER/DORT; que trabalhou na gráfica do banco (chefe do setor de encadernação, cortador de papel, encadernações), tendo entrado em 1976; que saiu em 1993 e foi reintegrado em 1997; que, em 2002, fez uma cirurgia no punho esquerdo e ficou dois anos afastado; que, em 31 de julho deste ano, voltou a trabalhar - lotado no [REDACTED] [REDACTED], mas recebeu uma mesa, de nº 122, apenas esta semana; que não há nada sobre sua mesa; que lhe é passado alguma coisa para fazer, mas muito pouco, recebe trabalhos como conferência de pastas, envelopes para colocar o CEP; que nas agências os empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT são muito discriminados; que o seu chefe é o [REDACTED]; que trabalhou no [REDACTED] [REDACTED], acompanhando os colegas que retornavam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT; que antes trabalhou no [REDACTED], onde era o núcleo; que também trabalho na matriz; que o motivo de sua reintegração foi uma circular normativa que previa estabilidade; que ainda não recebeu um computador ou um telefone; que há algumas comunicações internas que são feitas através de impressos; que há colegas que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT que estão parados nas mesas sem trabalho; que o pessoal que não tem LER/DORT faz serviço bancário normal; que, quando retornou, o depoente ouviu piadinhas do gerente da agência onde foi lotado; que no 2º andar estão lotados tanto os empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT como aqueles empregados que não tem lesão; que ao retornar ao trabalho, este ano, chegou a ser lotado na [REDACTED], mas não ficou porque era muito discriminado, inclusive um gerente teria lhe dito “que é molezinha não fazer nada”; que declara ser desgastante voltar ao serviço “como se estivesse procurando emprego”, “como se estivesse iniciando” sente-se “meio ruim”; que é difícil; que o seu último afastamento, ocorrido em 2002, não teve emissão de CAT pelo banco, muito embora o depoente tenha apresentado exames demonstrando que é portador Síndrome do Túnel de Carpo; que, na gráfica, fazia trabalhos repetitivos; que alguns colegas evitam voltar para o banco porque não há lugar para eles; que o depoente pretende reverter o entendimento do banco que não reconhece a sua doença como doença ocupacional; que foi chamado pelo banco duas vezes para fazer acordo, sendo que a última vez ocorreu há aproximadamente 6 meses; que o depoente não se interessou em fazer acordo para sair do banco; que o depoente apresenta laudos e atestados comprovando a sua doença, cujas cópias não precisam ficar sob sigilo.” (L. C. R.)

“que não mais trabalha no [REDACTED]; (...) que saiu do banco devido ao tratamento que este dá a seus empregados; que chegou a fazer tratamento psicológico; que saiu do banco há aproximadamente três anos; que, como o setor em que trabalhava iria ser terceirizado, havia o interesse do banco para que os empregados deste setor pedissem demissão; que o banco fazia pressão sobre estes empregados; que o banco por aproximadamente dois anos fez tortura psicológica para que pedissem demissão.; que faziam reuniões semanais tentando convencer os empregados para que pedissem demissão; que, como trabalhavam no setor de digitação, nenhum outro setor do grupo queria absorve-los, visto que muitos já estavam doentes de LER; que, como a empregada não poderia ser demitida devido a seu problema no braço, a pressão sobre ela foi maior; que foi tirada da digitação para trabalhar num crédito imobiliário, em um porão imundo, que tinha de bicho morto a banheiro estragado, com documentos que não eram mexidos a muito tempo; que, depois do porão, continuou trabalhando no crédito imobiliário, carregando caixas de processos, já tendo problema no braço; que neste período ficou hipertensa e adquiriu alergia tópica; que a chefia colocava colega contra colega, dizendo que o banco teria que demitir funcionários porque não poderiam demitir quem tem LER; que era uma situação terrível “muito pior do que se pode imaginar”; que toda semana um colega era mandado embora; que muitas destas pessoas continuam fazendo o mesmo serviço, através de empresas terceirizadas; que, ao que sabe, atualmente os empregados que retornam de benefício previdenciário ficam sem fazer nada, não lhe passam tarefas; que chegou a ser afastada por LER/DORT; que presenciou certa vez que o médico do banco foi orientado pelo banco para que não mais emitisse CAT, e por isto, este pediu demissão; que o outro médico do banco, [REDACTED], lhe xingou, gritou com a depoente, em ocasião em que foi consultá-lo; que o [REDACTED], aos berros, disse que a depoente não tinha nada, não lhe deu CAT; que procurou o sindicato, que emitiu sua CAT; que, mesmo levando a CAT ao banco, o banco mandava cartas a depoente como se esta tivesse abandonado o emprego; que o banco agia como se não tivesse conhecimento da CAT emitida pelo sindicato; que inclusive o INSS a tratou mal; que sentia-se como se não tivesse a quem recorrer; que todos os dias o pessoal do Recursos Humanos ligava para casa da depoente para que esta fizesse o acordo; que passou a piorar física e psicologicamente; que, devido a pressão, preferiu fazer o acordo; que ainda estava em benefício previdenciário, pediu alta para fazer o acordo e teve que assinar um documento que abrisse mão da sua estabilidade; que agora, é uma espécie de “guerra fria”; que o banco ignora os empregados portadores de LER/DORT; que ao que sabe, estes ficam parados sem fazer nada.” (N. S. S.)

“que ainda trabalha no [REDACTED]; (...) que entrou no banco em 07.05.1980; que **chegou a afastar-se 3 ou 4 vezes por LER**; que trabalha na função de servente; que possui problemas nos dois ombros, cotovelo e em um joelho; que nestes afastamentos a CAT foi emitida pelo banco, com exceção do último, emitido há quase quatro anos; que retornou ao trabalho em março deste ano; **que nas primeiras três semanas não lhe passaram tarefa nenhuma, chegando a depoente a sentir-se entediada**; que depois lhe deram alguns afazeres: de manhã, revisar os banheiros e copas, e abastecer de papel; que depois volta para sua mesa, onde fica sentada e abre os envelopes, distribuindo documentos para os colegas; que depois separa os documentos e separa-os em caixas que vão para São Paulo; que trabalha no setor de arrecadação, no segundo andar do [REDACTED], auxiliando um rapaz; que seu chefe se chama [REDACTED], que é “uma pessoa muito humana, muito tem me auxiliado, me ajudado”; que nas primeiras três semanas sentiu desconforto ao trabalhar no banco, mas agora sente-se bem; **que quando estava afastada, recebeu várias ligações do banco para que a depoente saísse do emprego; que quem ligava era de São Paulo; que não aceitou o acordo porque teria que pedir alta, dizer que estava bem, mas na verdade não estava; que sua maior queixa é contra o médico do banco, que não quis lhe dar a CAT, [REDACTED]; que este lhe humilhou muito, nem quis lhe atender, como se tivesse uma doença contagiosa; que a secretária do médico “lhe atacou” no corredor; que neste dia saiu tão desorientada que chegou a ser roubada; que sua CAT foi emitida pelo sindicato; que o INSS após realizar perícia em inspeção no banco, reconheceu seu afastamento como doença ocupacional**; que “não suei a camiseta, dei o sangue pelo banco” para ser tratada desta forma, esperava um tratamento melhor pela dedicação, pelo tempo que trabalhou sem nunca ter faltado, tendo mesmo trabalhado doente; **que, das pessoas que trabalham no segundo andar, pessoas que retornam de benefício previdenciário por LER/DORT algumas não estão recebendo atividades para ser realizada, ficam paradas, pelo menos no período em que trabalha no local, das 07h às 13h15.**” (M. I. C. C.)

“que trabalhou no banco entre 14/03/1962 a 04/10/1990 ; que atualmente está aposentado; que o banco, antes da privatização, cumpria as decisões transitadas em julgado; que após a privatização, passou a adotar medidas protelatórias para evitar o pagamento das condenações judiciais; **que o banco assim como discrimina os trabalhadores da ativa, o faz com os aposentados, com o agravante de que está lidando com pessoas idosas**; que há três “caixinhas” de complementação de aposentadoria [REDACTED]; que essas caixinhas complementam essas aposentadorias; que os trabalhadores na ativa contribuíram para essas caixinhas; que o banco não está cumprindo os estatutos dessas

caixinhas e o edital de privatização; que [REDACTED]; que apresenta documentos corroborando o seu depoimento, inclusive relação de 88 aposentados do banco, com “caixinha”, que faleceram e suas ações ainda estão em curso; que o banco fez proposta para comprar a “caixinha” dos aposentados, “oferecendo valores irrisórios, aviltantes”; que o depoente prestou dois depoimentos na Assembléia Legislativa, sobre os fatos ora relatados, e também no MPF perante o Dr Deroci; que foram feitas denúncias perante o escritório da OIT no Rio de Janeiro e perante a embaixada [REDACTED], sobre as práticas do banco, e agora os aposentados do [REDACTED] também estão sofrendo os mesmos tratamentos pelo banco [REDACTED]; **que, com relação aos empregados que voltam de benefício previdenciário, tem conhecimento que estes sofrem discriminação, queixas do médico do banco, e, quando retornam, são deslocados para outros postos, e até os deixam sem fazer nada; que, atualmente, há mais afastamentos por depressão do que por LER, devido à pressão que o banco exerce sobre seus funcionários; que há aproximadamente 3.200 afastadas do grupo econômico do banco por motivo de doença; que o banco não quer saber mais da pessoa que retorna de benefício previdenciário; que aos trabalhadores que retornam de benefício previdenciário o banco oferece proposta de desligamento; que os trabalhadores da ativa queixam-se muito do excesso de jornada de trabalho, pois têm horário para entrar, mas não têm horário para sair; que é grande o número de empregados comissionados, pois desta forma não precisa o empregado bater cartão; que os empregados fazem cursos em finais de semana; que sofrem pressão para atingir metas; que sabe destes fatos por conversas com atuais empregados, que são seus amigos; que o depoente possui oito ações judiciais contra o banco, todas em tramitação” (E. M.)**

“que atualmente encontra-se afastado desde novembro de 2002; que tem contato com os colegas que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT, através dos encontros do GAS - Grupo de Ação Solidária portadores de LER/DORT; que evita entrar no banco; **que alguns colegas que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT não possuem cadeiras para sentar; que a discriminação continua muito grande;** que o depoente, em reunião com peritos do INSS, [REDACTED], estes referiram que os trabalhadores acometidos de LER/DORT podem desenvolver alguma atividade desde que não seja tarefa muito pesada ou repetitiva; **que no [REDACTED], ainda há uns quatro ou cinco que estão em um “canto” sem tarefas; que alguns colegas foram lotados em agências; que da turma de colegas que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT e que estavam no [REDACTED], apenas dois estão com serviço: [REDACTED], na parte jurídica, e**

██████████, em uma agência; que os empregados que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT não aguentam; que, no ██████████ ██████████, houve duas reuniões, uma coletiva e uma outra com marcação de hora individual, em ambas o banco apresentou proposta de acordo para alguns empregados a fim de que efetuassem seu desligamento, no caso do depoente, foi sugerido que pedisse alta do INSS para a realização do acordo proposto; que os colegas que retornam de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT que estão lotados ██████████ ██████████ ficam muito pressionados, com tensão muito grande, pois ficam sem fazer nada enquanto outros colegas estão sobrecarregados de serviço; que ██████████ é o representante de recursos humanos no Rio Grande do Sul; que a colega ██████████, acima referida, tinha bastante serviço e, inclusive, trouxeram colegas de São Paulo para auxiliar no setor.” (P. H. V.)

ANEXO III

TESTIMONIOS DE LOS MÉDICOS DEL BANCO

“Pelo (...) foi dito que não há mais empregados do banco trabalhando no [REDACTED]; que este local funciona como uma estação de passagem para os empregados que retornaram de benefício previdenciário em decorrência de LER/DORT; que atualmente esses empregados estão trabalhando [REDACTED], onde funciona a administração central do banco, realizando serviços de recepção, manuseio de documentos, atendimento de telefone, arquivamento, etc., atividades estas compatíveis com a sua limitação, inclusive os gestores são orientados a não disponibilizar computador a esses empregados uma vez que não há um divisor claro sobre a sua utilização por eles; que [REDACTED] esses empregados também realizavam atividades compatíveis com as suas limitações, inclusive as caixas acima de 2 quilos eram movimentadas por terceirizadas; quando do retorno do benefício previdenciário são emitidos atestados de saúde ocupacional especificando as limitações, são realizados exames de monitoramento em período inferior ao dos demais empregados, são feitos contatos com os gestores e há orientação aos gestores para que fiscalizem as atividades desses empregados e a estes para que comuniquem qualquer problema ao setor de medicina do trabalho; que o banco atualmente está apenas gerenciando o passivo relativo a empregados portadores de LER/DORT; que não há novos casos; que há uma divergência entre o sindicato e o banco acerca dos requisitos para a emissão de CATs: para o sindicato basta a comprovação da doença, através de atestado médico, para o banco é necessária a doença incapacitante e o nexa causal; o atestado médico serve apenas como subsídio para eventual emissão de CAT; que o banco observa na emissão de CATs as orientações do Ministério do Trabalho e Emprego e o Conselho Federal de Medicina (resolução 1488); que quem tem a decisão soberana sobre o assunto é o INSS.”

“Pelo (...) foi dito que trabalhou no banco Santander por um período de 10 anos, até 1999; que alguns CATs (doença ocupacional), no ano em que saiu do banco, foram encaminhados pelo Recursos Humanos; que o empregado ia ao setor médico com exames e atestados médicos com informação da doença de que eram portadores, o que era examinado pelo depoente para fins de verificar a relação da descrição contida no laudo do médico assistente com o tipo de atividade que a pessoal desenvolvia; que em havendo nexa causal era

feito o encaminhamento ao recursos humanos que encaminhava parte da CAT relativa à empresa, após o que eram encaminhados ao INSS; que, no período em que iniciou a estabilidade prevista para trabalhadores acometidos por acidente do trabalho, o banco começou a reter os encaminhamentos, o que era feito pelo recursos humanos; que o encaminhamento por parte do serviço médico era feito da mesma forma; que no período em que era o [REDACTED] eram feitas várias orientações e atividades de prevenção de LER/DORT; após a troca para [REDACTED] essas orientações foram reduzidas; que o depoente prestou declarações acerca da emissão de CATs perante o Ministério Público Federal; que não houve orientação do banco quanto à postura do serviço médico em relação às doenças ocupacionais, apenas a retenção por parte dos recursos humanos quanto a emissão de CATs; que não são concedidas cópias das solicitações, aos empregados, de emissão de CAT feitas pelo serviço médico ao setor de recursos humanos; que, na época em que saiu do banco, alguns empregados que tiveram suas CATs retidas estavam se movimentando inclusive com auxílio do sindicato; que, após a saída do depoente, o banco contratou a [REDACTED] que ficou pouco tempo; que, no período em que o depoente trabalhou no banco, ao que se lembra, não havia grupo segregado de empregados com LER/DORT; que o banco tinha dificuldade de realocar esses empregados, pois a maioria das atividades exigiam algum grau de digitação.”

ANEXO IV

TEXTO ORIGINAL DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

Preamble

The General Conference of the International Labour Organization,
Having been convened at Geneva by the Governing Body of the International Labour Office, and having met in its 108th (Centenary) Session on 10 June 2019, and

Recalling that the Declaration of Philadelphia affirms that all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity, and

Reaffirming the relevance of the fundamental Conventions of the International Labour Organization, and

Recalling other relevant international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and

Recognizing the right of everyone to a world of work free from violence and harassment, including gender-based violence and harassment, and

Recognizing that violence and harassment in the world of work can constitute a human rights violation or abuse, and that violence and harassment is a threat to equal opportunities, is unacceptable and incompatible with decent work, and

Recognizing the importance of a work culture based on mutual respect and dignity of the human being to prevent violence and harassment, and

Recalling that Members have an important responsibility to promote a general environment of zero tolerance to violence and harassment in order to facilitate the prevention of such behaviours and practices, and that all actors in the world of work must refrain from, prevent and address violence and harassment, and

Acknowledging that violence and harassment in the world of work affects a person's psychological, physical and sexual health, dignity, and family and social environment, and

Recognizing that violence and harassment also affects the quality of public and private services, and may prevent persons, particularly women, from accessing, and remaining and advancing in the labour market, and

Noting that violence and harassment is incompatible with the promotion of sustainable enterprises and impacts negatively on the organization of work, workplace relations, worker engagement, enterprise reputation, and productivity, and

Acknowledging that gender-based violence and harassment disproportionately affects women and girls, and recognizing that an inclusive, integrated and gender-responsive approach, which tackles underlying causes and risk factors, including gender stereotypes, multiple and intersecting forms of discrimination, and unequal gender-based power relations, is essential to ending violence and harassment in the world of work, and

Noting that domestic violence can affect employment, productivity and health and safety, and that governments, employers' and workers' organizations and labour market institutions can help, as part of other measures, to recognize, respond to and address the impacts of domestic violence, and

Having decided upon the adoption of certain proposals concerning violence and harassment in the world of work, which is the fifth item on the agenda of the session, and

Having determined that these proposals shall take the form of an international Convention,

Adopts this twenty-first day of June of the year two thousand and nineteen the following Convention, which may be cited as the Violence and Harassment Convention, 2019:

I. DEFINITIONS

Article 1

1. For the purpose of this Convention:

(a) the term "violence and harassment" in the world of work refers to a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment;

(b) the term “gender-based violence and harassment” means violence and harassment directed at persons because of their sex or gender, or affecting persons of a particular sex or gender disproportionately, and includes sexual harassment.

2. Without prejudice to subparagraphs (a) and (b) of paragraph 1 of this Article, definitions in national laws and regulations may provide for a single concept or separate concepts.

II. SCOPE

Article 2

1. This Convention protects workers and other persons in the world of work, including employees as defined by national law and practice, as well as persons working irrespective of their contractual status, persons in training, including interns and apprentices, workers whose employment has been terminated, volunteers, jobseekers and job applicants, and individuals exercising the authority, duties or responsibilities of an employer.

2. This Convention applies to all sectors, whether private or public, both in the formal and informal economy, and whether in urban or rural areas.

Article 3

This Convention applies to violence and harassment in the world of work occurring in the course of, linked with or arising out of work:

- (a) in the workplace, including public and private spaces where they are a place of work;
- (b) in places where the worker is paid, takes a rest break or a meal, or uses sanitary, washing and changing facilities;
- (c) during work-related trips, travel, training, events or social activities;
- (d) through work-related communications, including those enabled by information and communication technologies;
- (e) in employer-provided accommodation; and
- (f) when commuting to and from work.

III. CORE PRINCIPLES

Article 4

1. Each Member which ratifies this Convention shall respect, promote and realize the right of everyone to a world of work free from violence and harassment.

2. Each Member shall adopt, in accordance with national law and circumstances and in consultation with representative employers' and workers' organizations, an inclusive, integrated and gender-responsive approach for the prevention and elimination of violence and harassment in the world of work. Such an approach should take into account violence and harassment involving third parties, where applicable, and includes:

- (a) prohibiting in law violence and harassment;
- (b) ensuring that relevant policies address violence and harassment;
- (c) adopting a comprehensive strategy in order to implement measures to prevent and combat violence and harassment;
- (d) establishing or strengthening enforcement and monitoring mechanisms;
- (e) ensuring access to remedies and support for victims;
- (f) providing for sanctions;
- (g) developing tools, guidance, education and training, and raising awareness, in accessible formats as appropriate; and
- (h) ensuring effective means of inspection and investigation of cases of violence and harassment, including through labour inspectorates or other competent bodies.

3. In adopting and implementing the approach referred to in paragraph 2 of this Article, each Member shall recognize the different and complementary roles and functions of governments, and employers and workers and their respective organizations, taking into account the varying nature and extent of their respective responsibilities.

Article 5

With a view to preventing and eliminating violence and harassment in the world of work, each Member shall respect, promote and realize the fundamental principles and rights at work, namely freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining, the elimination of all forms of forced or compulsory labour, the effective abolition of child labour and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation, as well as promote decent work.

Article 6

Each Member shall adopt laws, regulations and policies ensuring the right to equality and non-discrimination in employment and occupation, including for women workers, as well

as for workers and other persons belonging to one or more vulnerable groups or groups in situations of vulnerability that are disproportionately affected by violence and harassment in the world of work.

IV. PROTECTION AND PREVENTION

Article 7

Without prejudice to and consistent with Article 1, each Member shall adopt laws and regulations to define and prohibit violence and harassment in the world of work, including gender-based violence and harassment.

Article 8

Each Member shall take appropriate measures to prevent violence and harassment in the world of work, including:

- (a) recognizing the important role of public authorities in the case of informal economy workers;
- (b) identifying, in consultation with the employers' and workers' organizations concerned and through other means, the sectors or occupations and work arrangements in which workers and other persons concerned are more exposed to violence and harassment; and
- (c) taking measures to effectively protect such persons.

Article 9

Each Member shall adopt laws and regulations requiring employers to take appropriate steps commensurate with their degree of control to prevent violence and harassment in the world of work, including gender-based violence and harassment, and in particular, so far as is reasonably practicable, to:

- (a) adopt and implement, in consultation with workers and their representatives, a workplace policy on violence and harassment;
- (b) take into account violence and harassment and associated psychosocial risks in the management of occupational safety and health;
- (c) identify hazards and assess the risks of violence and harassment, with the participation of workers and their representatives, and take measures to prevent and control them; and

(d) provide to workers and other persons concerned information and training, in accessible formats as appropriate, on the identified hazards and risks of violence and harassment and the associated prevention and protection measures, including on the rights and responsibilities of workers and other persons concerned in relation to the policy referred to in subparagraph (a) of this Article.

V. ENFORCEMENT AND REMEDIES

Article 10

Each Member shall take appropriate measures to:

(a) monitor and enforce national laws and regulations regarding violence and harassment in the world of work;

(b) ensure easy access to appropriate and effective remedies and safe, fair and effective reporting and dispute resolution mechanisms and procedures in cases of violence and harassment in the world of work, such as:

(i) complaint and investigation procedures, as well as, where appropriate, dispute resolution mechanisms at the workplace level;

(ii) dispute resolution mechanisms external to the workplace;

(iii) courts or tribunals;

(iv) protection against victimization of or retaliation against complainants, victims, witnesses and whistle-blowers; and

(v) legal, social, medical and administrative support measures for complainants and victims;

(c) protect the privacy of those individuals involved and confidentiality, to the extent possible and as appropriate, and ensure that requirements for privacy and confidentiality are not misused;

(d) provide for sanctions, where appropriate, in cases of violence and harassment in the world of work;

(e) provide that victims of gender-based violence and harassment in the world of work have effective access to gender-responsive, safe and effective complaint and dispute resolution mechanisms, support, services and remedies;

(f) recognize the effects of domestic violence and, so far as is reasonably practicable, mitigate its impact in the world of work;

(g) ensure that workers have the right to remove themselves from a work situation which they have reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to life, health or safety due to violence and harassment, without suffering retaliation or other undue consequences, and the duty to inform management; and

(h) ensure that labour inspectorates and other relevant authorities, as appropriate, are empowered to deal with violence and harassment in the world of work, including by issuing orders requiring measures with immediate executory force, and orders to stop work in cases of an imminent danger to life, health or safety, subject to any right of appeal to a judicial or administrative authority which may be provided by law.

VI. GUIDANCE, TRAINING AND AWARENESS-RAISING

Article 11

Each Member, in consultation with representative employers' and workers' organizations, shall seek to ensure that:

(a) violence and harassment in the world of work is addressed in relevant national policies, such as those concerning occupational safety and health, equality and non-discrimination, and migration;

(b) employers and workers and their organizations, and relevant authorities, are provided with guidance, resources, training or other tools, in accessible formats as appropriate, on violence and harassment in the world of work, including on gender-based violence and harassment; and

(c) initiatives, including awareness-raising campaigns, are undertaken.

VII. METHODS OF APPLICATION

Article 12

The provisions of this Convention shall be applied by means of national laws and regulations, as well as through collective agreements or other measures consistent with national practice, including by extending or adapting existing occupational safety and health measures to cover violence and harassment and developing specific measures where necessary.

VIII. FINAL PROVISIONS

Article 13

The formal ratifications of this Convention shall be communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration.

Article 14

1. This Convention shall be binding only upon those Members of the International Labour Organization whose ratifications have been registered with the Director-General of the International Labour Office.

2. It shall come into force twelve months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General.

3. Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which its ratification is registered.

Article 15

1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.

2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention within the first year of each new period of ten years under the terms provided for in this Article.

Article 16

1. The Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organization of the registration of all ratifications and denunciations that have been communicated by the Members of the Organization.

2. When notifying the Members of the Organization of the registration of the second ratification that has been communicated, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organization to the date upon which the Convention will come into force.

Article 17

The Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations for registration in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations full particulars of all ratifications and denunciations that have been registered in accordance with the provisions of the preceding Articles.

Article 18

At such times as it may consider necessary, the Governing Body of the International Labour Office shall present to the General Conference a report on the working of this Convention and shall examine the desirability of placing on the agenda of the Conference the question of its revision in whole or in part.

Article 19

1. Should the Conference adopt a new Convention revising this Convention, then, unless the new Convention otherwise provides:

(a) the ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 15 above, if and when the new revising Convention shall have come into force;

(b) as from the date when the new revising Convention comes into force, this Convention shall cease to be open to ratification by the Members.

2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention.

Article 20

The English and French versions of the text of this Convention are equally authoritative.