

ALGO SOBRE EL DERECHO SOCIAL CON PERSPECTIVA HISTORICA

Fugaz recuento histórico y algo más. – Segunda Parte.

Luis Palmeiro

El recuento histórico suele ser tedioso y más cuando unx escogió una carrera que se basa en realidades y situaciones prácticas que se ejercen en el presente.

Compartirán que todas las materias comienzan por “la parte histórica”, como estudiante (hace xxxx y pico de años), ese inicio nos resultaba una transición mental entre el receso, recién concluido, y el inicio “posta” de la materia.

Sin embargo, sostenemos que en Derecho Social y particularmente en Derecho Laboral, aquel recorrido histórico forma parte central de lo que nos sucede en la actualidad. Uds. dirán: “todxs lxs docentes dicen lo mismo respecto de sus materias!!!”. Les aseguro que en esta materia nuestra historia nos constituye. No hay jornada limitada sin trabajadores y trabajadoras conquistando ese derecho a fuerza de protestas, persecuciones y muertes. No hay un salario de convenio sin que muchxs trabajadores y trabajadoras de modo colectivo hayan arrancado a los gobiernos de turno, en el mundo, junto a las organizaciones sindicales y en algunas pocas ocasiones contra ellas, la necesidad de consagrar legalmente un salario convencional digno. Ninguna de esas batallas sociales fue posible sin costos en vidas humanas.

Por lo que pensar el derecho social sin recorrido histórico, es abandonar a su suerte el esquema normativo, como si naciera de una “gracia” otorgada por los poderes de gobierno y fácticos, sólo por reconocer las necesidades de los trabajadores y trabajadoras.

Este curso debe comenzar por romper un mito del Derecho, que surge de experiencia empírica afianzada a lo largo de algunos años. Es falso, o para mejor decir, no es completamente cierto, que las normas (leyes, decretos, resoluciones, etc), surgen del debate parlamentario y transitan el proceso de formación de leyes que establece la Constitución Nacional y que nos enseñaron en la secundaria. Ese mecanismo es sólo un proceso formal y si me apuran, hasta la necesaria ficción que representan la totalidad de los partidos políticos con presencia en el Congreso. Las leyes son siempre producto de la correlación de fuerzas en disputa en la sociedad. En la prevalencia de algunos intereses sobre otros. En esa correlación de fuerzas sociales impera a veces el dominio de los sectores de poder y otras veces impera el respeto por las mayorías y en ese punto se deciden las leyes que nos regulan.

Pensemos muy fugazmente, nuestra propia Constitución Nacional. Hagámoslo con recorrido fácil, reprochable a la vista de cualquier profesor de derecho constitucional o de historia: 1. Constitución 1953/60. 2.- Reforma de la

Constitución en 1949. 3. 1957: Abrogación de la Constitución de 1949. Reforma de la Constitución 1994.

En 1853, tras la batalla de Caseros quienes pensaban un país que contuviera a más amplios sectores de la sociedad, fueron derrotados, por lo que se impuso una Constitución de carácter liberar, inspirada en la Constitución de los EEUU. En 1860 se anexa Buenos Aires, luego de la batalla de Pavón, otro retroceso para los sectores cercanos a las necesidades populares de nuestras provincias, a partir de la defección de Urquiza. En 1949 con el advenimiento en 1945/46 de un gobierno de clara representación de sectores populares, se sanciona una reforma constitucional con marcada influencia de protección de los derechos sociales y de “presencia Estatal en las políticas públicas” (dejemos este concepto guardado en la memoria). En 1957 se convoca a una nueva convención constituyente, pero en un contexto totalmente distinto, el Gobierno de Perón es derrocado violentamente en 1955, y la dictadura militar de entonces convoca a una reforma constitución prohibiendo la participación de candidatxs que respondían al Movimiento Peronista y abrogaron la Constitución sancionada en 1949, reimpusieron la Constitución de 1853/60 e incorporaron el artículo 14 bis (subrayen y remarquen este artículo sobre el que volveremos muchas veces). En 1994 con un gobierno adherido al denominado Consenso de Washintong, doctrina del modelo noeliberal en lo económico, se convoca a una nueva reforma constitucional y los dos partidos mayoritarios en ese entonces formulan una reforma mediante lo que se dio en llamar “nucleo de coincidencias básicas” o Pacto de Olivos, cuya finalidad principal fue permitir la reelección presidencial a cambio de muy importantes avances en otras materias, incluida la incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos (vuelan a tener presente ese aspecto sobre el que volveremos durante casi todo el curso)

Este recorte, que puede recibir críticas razonables de profesores de constitucionalistas, nos sirve para verificar, que hasta la propia Constitución del Estado es producto de la correlación de fuerzas imperantes en un determinado momento histórico y social.

Pongamos otro ejemplo más actual y de fácil comprensión: La Ley de Legalización del Aborto, se trata de un debate instalado durante años, décadas diría en algunos casos, por mujeres y militantes feministas y al que fueron adhiriendo cientos de miles de personas, el Gobierno instaló el tema con poca convicción política y el proyecto fracaso en el Senado, pero los reclamos y el intenso debate no se detuvo. El actual Gobierno lo llevará como propuesta propia al Congreso, difícil pronosticar si lo hubiera hecho, si el debate no siguiera muy intensamente en las calles y en las discusiones sociales cotidianas. La correlación de fuerzas sociales determinará que ese proyecto sea ley y tal vez el debate continúe, afortunadamente excede a los poderes públicos y al propio proceso de formación de leyes que nos enseñaron en el secundario.

Cualquier ejemplo de leyes sustantivas nos puede dar similar resultado. El derecho social no es, desde luego, la excepción. Muy por el contrario, el derecho social representa los debates públicos, las resistencias, las conquistas, las derrotas y las victorias, las luchas callejeras y las reivindicaciones colectivas, agregadas a las víctimas, que nos permiten instalar nuevos derechos y mejoras de los sectores del trabajo.

Quienes abrazamos el derecho social desde esta Cátedra lo hacemos con toda la convicción, no podemos resultar ajenos a esas luchas. Vale aquí una nueva definición que derribará un mito sobre la objetividad de los científicos sociales o simples docentes como en este caso, **NO SOMOS NEUTRALES**. Podemos ser imparciales si nos toca ocupar cargos jurisdiccionales que ameriten ser imparciales, pero no seremos neutrales a la hora de establecer quien resulta el sujeto de especial protección en esta materia.

Esta falta de neutralidad no es producto sólo de posicionamientos ideológicos o políticos, que desde luego los tenemos, es producto sin dudas de distinguir que, como señalamos al final de la Primera Parte de este capítulo Histórico, que en esta vínculo jurídico existe una parte que no se encuentra en igualdad negocial con el otro.

Si como habíamos analizado, durante siglos se priorizó al poseedor, al que tiene poder para “tener”, al dueño, al propietario y como consecuencia del ejercicio pleno de la libertad y la igualdad, todos formalizaban sus contratos respetando esa premisa jurídica y el valor de la autonomía de la voluntad de las partes. La vinculación laboral también se desarrollaba en estas amplias orillas.

El dueño del capital, de la tierra, de la hacienda, de la producción, en su libre ejercicio de la autonomía de la voluntad establecía las condiciones en que se prestaba el trabajo. El trabajador y la trabajadora, sólo aceptaba esas condiciones, que se formalizaban en el criterio de igualdad y libertad.

Ahora bien, este trabajador, aquella trabajadora, sometidos a condiciones laborales inhumanas, jornadas de trabajo extenuantes, salarios miserables, con menores ejecutando las mismas tareas que los adultos, porque lo importante era y de muchos modos sigue siendo, producir, podemos decir que se encuentra en condiciones de igualdad? Acuerda ese trabajo en el mismo ideal de libertad?

Es hora ya de decir, que definitivamente **NO**. Jamás hay igualdad negocial, acuerdo, contrato, vínculo entre quien resulta poseedor de los bienes de producción o servicios y el/la que trabaja para la concretar esa producción.

Desde las vinculaciones de trabajo más antiguas hasta nuestros días, el que resulta propietario, quien resulta dueño de los medios de producción y de la propia producción, no se puede medir en similares condiciones para quien sólo tiene su fuerza de trabajo. Quien trabaja lo hace para otro quien recibe el

producido de ese trabajo. Quien se inserta en una actividad productiva ajena aporta su fuerza laboral y lo hace en las condiciones y bajo la “dependencia” (también volveremos sobre este concepto) de la dueña del capital y la producción.

Si alguien posee el capital, la tierra, la hacienda, la fábrica, el/la que trabaja para él, puede igualar sus condiciones en el acuerdo? Hay razonablemente, condiciones de igualdad? Podemos decir que ese trabajador o trabajadora es igual que quien es propietario?

No podemos reconocer condiciones de igualdad y similares libertades para decidir, por lo que no parece lógico que estas partes puedan establecer un acuerdo que les resulte equivalente o justo para ambos.

Si dejamos a ambos librados a sus “decisiones”, hay uno que impondrá sus propias condiciones y sus propios intereses y otros que las aceptará sin otra opción o alternativa, que el de vivenciar el propio hambre y el de su familia.

Por esta razón, pareciera que no podemos utilizar el mismo criterio de autonomía de la voluntad para quienes no son iguales. **LA DESIGUALDAD ES LA RAZON DE SER DEL DERECHO SOCIAL.**

En ese reconocimiento que una de las partes no negocia, no acuerda, no pacta en igualdad de condiciones que el titular de medios de producción, que el dueño o el propietario, es donde se afina la razón de ser el derecho social y laboral en particular. Allí donde opera la desigualdad, allí interviene el Derecho.

Pero el Derecho, las normas que regulan, las leyes, los decretos, las resoluciones, no son producto que derivan de cesiones espontáneas. Ya dijimos que se trata de producto de la correlación de fuerzas y ahora agregamos otro protagonista central en la decisión para donde se inclinará la decisión normativa. El Estado.

El Estado, interviene, forma parte del proceso de integración de las decisiones normativas, orienta el tránsito de esa decisión legal. Congrega el complejo esquema que se desarrolla en la producción de la correlación de fuerzas que serán el empuje de las normas jurídicas.

El Estado siempre interviene. O lo hace a favor de los poderosos o lo hace para contemplar a los débiles. El Estado en sus decisiones no es ajeno a los procesos de sostener las desigualdades o limitarlas, intentando un equilibrio. No hay, según la concepción de la Cátedra y de sus maestrxs Fernández Madrid y Amanda Caubet, Estado ausente, siempre hay Estado presente, favorece a unos o a otros y los Gobiernos que conducen el Estado también establecen esas prioridades.

Decía el artículo 17 de la redacción originaria de Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (actual 17 bis) **“Las desigualdades que creara esta ley a favor de una**

de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.”

La fantástica redacción de la Ley sancionada en 1974, derogada en 1976 y recuperada en 2010, reconoce las desigualdades reales, las entiende, las considera y decide establecer un contenido para compensarlas. Cuando el artículo 17 bis sostiene que la ley se propone crear desigualdades a favor de una de las partes, lo hace con el pleno conocimiento que hay otras desigualdades, sociales, propias del vínculo jurídico, que requieren una intervención equilibradora.

No son desigualdades naturales, son sociales y hacemos hincapié en eso, esas desigualdades fueron creadas por la sociedad que asigna desde el comienzo de los tiempos un privilegio al quien posee, al propietario, esa asignación de poder puede ser favorecido, ampliado y robustecido por las políticas que el Estado adopte o pueden intentar ser equilibradas, compensadas.

El Estado es protagonista primordial en los procesos sociales, políticos, económicos, culturales, del trabajo, la educación y desde luego la salud.

El Estado toma decisiones y vincula sus decisiones a favor de las mayorías populares o en su contra. Si regula a favor de los trabajadores y las trabajadoras lo hace para equilibrar las desigualdades reales, si no regula, regula indirectamente a favor de los que socialmente son más poderosos y allí los débiles no forman parte del paisaje.

Nuestra convicción ética y desde luego también jurídica (ya también abordaremos el tema desde allí), es entender que frente a las desigualdades el Estado debe intervenir a favor del desfavorecido.

La importancia de la intervención estatal es sin dudas una convicción ética, dejar librado a los desamparados a la libre decisión de quien ejerce el poder, quien ostenta la propiedad, del dueño, importa someter a los más débiles a una apuesta despareja y desproporcionada en su fuerza.

Pensar una sociedad más justa, sin dudas requiere de una presencia permanente del Estado para estar allí donde no hay condiciones de igualdad.

Volvamos unos minutos al Virus que nos agobia, sólo con el objeto de trazar una línea en tiempo real, toda vez que, como señalamos en la Primera Parte, es un ejemplo actual y simultáneos de modo de actuar.

Hace unos días el Primer Ministro del Reino Unido se manifestó respecto de cómo encarar el mismo padecimiento mundial. Volvamos al mismo medio de comunicación que en su editorial no privilegia la presencia estatal.

<https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/14/coronavirus-reino-unido-se-diferencia-del-mundo-sacrifica-a-los-mas-vulnerables-y-privilegia-la-economia/>

La sola lectura del título nos impacta, como es posible que se defina tan duramente “sacrificar” a los más vulnerables y “privilegiar” la economía? Quien define que haya alguien que se “salve” y otros a los que haya que “sacrificar”?

La decisión brutal de sacrificar y privilegiar en tiempos límites de una pandemia, es posible trasladarlas a otras acciones de gobierno?

Desde el comienzo de la dramática aparición de este virus, se sostuvo que los indicios médicos más relevantes señalaban a las personas mayores de 60/65 años como el grupo de riesgo más complicado. Aunque esta certeza ha entrado en crisis desde hace algunos días, se sigue manifestando que los viejos son quienes pueden ser los casos más graves. Resultan los mayores una población más vulnerable.

El más vulnerable OPTA? Y el Estado?

Sabrán disculpar Uds una digresión, que estimo atinada. En Argentina no es la primera vez que aparece una enfermedad con el grado de virulencia como el COVID 19, pondré dos ejemplos, y sugiero escucha de la siguiente columna de un Profesor de Historia, Sergio Wischnensky, en Radio Cítrica programa Siempre es Hoy.

<https://ar.radiocut.fm/audiocut/presencia-del-estado-ante-crisis-epidemicas-columna-del-profe-wischnevsky/>

Ejemplo 1:

En 1871 durante la Presidencia de Domingo F. Sarmiento se desata en Buenos Aires, la denominada Fiebre Amarilla, muere el 8 % de la población de la Ciudad. Todas las investigaciones determinan que el inicio de la gran epidemia estuvo por el contagio de las tropas que participaron en la Guerra de la Triple Alianza (recomiendo enfáticamente interiorizarse sobre esa Guerra y sus intereses), en su gran mayoría negros y mulatos. Por ese entonces las orillas del Riachuelo, que comenzaba a sufrir la contaminación de los saladeros (mataderos), era la residencia de las clases más acomodadas pero también asiento del gobierno. Esa enfermedad trajo un enorme éxodo hacia la zona norte de Buenos Aires, Recoleta y Barrio Norte, quedando sólo en las zonas más afectadas los pobladores más vulnerables. El Gobierno determina la prohibición de circulación y salida de toda la zona sur de la Ciudad, que hoy conocemos como San Telmo. Se militariza la zona y confina a la muerte a los habitantes que no pudieron migrar. Muere gran parte de nuestra población negra. No fue solamente la asamblea del año 13 que terminó con los negros en nuestro país.

Ejemplo 2:

En 1956 se desata una epidemia en Argentina denominada Poliomiélitis o Parálisis Infantil porque producía enormes deterioros físicos en sus extremidades a partir un virus que ataca el sistema nervioso de los niños. Afectó a 6.500 personas. La Dictadura iniciada en 1955 a partir del golpe militar eliminó el Ministerio de Salud y dejó abandonada dos grandes obras de infraestructura sanitaria el tristemente conocido como “Albergue Warnes” que 1951 el Gobierno de Perón comenzó a construir el Hospital de Niños más importante de Latinoamérica. La otra obra fue el mal denominado “elefante blanco” ubicado en la actual “ciudad oculta”. (recomiendo lecturas sobre el tema). El gobierno militar de Aramburu no adoptó ninguna medida pública y las vacunas sólo se conocieron a partir del 1957, lo que si hubo una campaña masiva desarrollada por los propios habitantes, pintar los troncos de árboles con cal blanca y cubrir a los niños con bolsas de alcanfor (preguntar a padres madres tíos y/o abuelos). Entre 1946 y 1954 se construyeron 234 Hospitales Públicos.

Se puede hacer de otro modo?

Se puede proteger a la población más vulnerable?

El Estado debería tener otro objetivo?

Hay una decisión ética del Estado de abandonar o proteger a los más vulnerables?

En el siguiente capítulo retomamos un poco más sobre nuestra historia del Derecho Laboral