

Publicación: Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires

Fecha: 27-02-2015 Cita: IJ-LXXVI-728

Un caso discriminación inversa

Comentario al fallo *Belotto, Rosa E. c/Asociación Bancaria (S.E.B) s/Despido*

Héctor Horacio Karpiuk

Acuérdate del día sábado para santificarlo.

Seis días trabajarás y harás tu obra,

Más el día séptimo es día sábado, consagrado al señor, tu Dios; no hagas obra alguna tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu sierva, ni tu bestia, ni tu extranjero que habita dentro de tus puertas[1]

I. Introducción [arriba] -

La prevención hacia el extraño y desconocido -potencialmente hostil- es un fenómeno universal en todas las culturas humanas y en todos los grupos sociales generados por ellas (desde los más básicos, la familia, la tribu o el vecindario, hasta los más complejos como la Nación, la agrupación política estatal o la comunidad religiosa e ideológica). Así pueden tenerse conductas xenófobas o agresivas motivadas por temor a lo extraño y va a ser nuestra historia y no la naturaleza humana lo que habrá de motivarlas.

Memoro que Kaufman[2] -citando al filósofo A. J. Ayer- señala que la intolerancia religiosa probablemente ha causado mayor daño que todas las otras formas de intolerancia a lo largo de la historia, lo que se transformó luego con el devenir de los tiempos en lo contrario, esto es la tolerancia religiosa convertida en uno de los principios más importantes de la democracia constitucional.

Sin embargo, el mismo autor nos alerta respecto a que debería sorprendernos que hubiese desaparecido por completo luego de ser sostenida durante tantos siglos y con tanto fanatismo, pues lo que ocurre es que en realidad la misma sigue vigente, mas se ha vuelto políticamente incorrecta.

Por ende, resulta mucho más difícil de detectar, pero sus manifestaciones siguen existiendo de una manera más aviesa y solapada, y pareciera que algo de esto fue lo que sobrevoló de alguna manera en la voluntad de los intervinientes en los extremos fácticos que desembocaron en la decisión de la trabajadora de considerarse en situación de despido indirecto (arts. 242 y 246 LCT) y que, a la postre, motivaron el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, de fecha 08/12/2.014, en autos “Belotto, Rosa E. c/ Asociación Bancaria (S.E.B) s despido que acompaña el presente comentario.

II. El caso [arriba] -

A grandes rasgos podemos señalar que se trató de una empleada de un hotel de propiedad de una asociación sindical que se consideró en situación de despido indirecto (arts. 242 y 246 LCT ya cit.).

La trabajadora se desempeñaba en jornadas que, como es propio del tipo de actividad, requería que el establecimiento hotelero prestara servicio todos los días de la semana, incluidos los sábados. Por pertenecer al culto adventista solicitó no trabajar ese día de la semana y que todos los francos se le asignaran (por ser turnos rotativos) en el mismo. Ofreció en reciprocidad trabajar más horas y menos francos. La empleadora se negó a acceder a tal solicitud, el sábado la trabajadora no concurrió, la principal la sancionó y tal situación se reiteró en el tiempo hasta que la trabajadora puso fin a la relación en los términos de los artículos 242 y 246 LCT.

III. ¿El viernes, el sábado o el domingo? [arriba] -

A lo largo de todas las escrituras sagradas, sea en la Torá o en el Nuevo Testamento[3], se señala únicamente al sábado como día de descanso, esto es, el día santo que se ha creado para el descanso y la adoración. Memoremos que en el Viejo Testamento se indica que Dios creó todas las cosas y descansó el día séptimo[4]; también que mandó que se apartara un día de la semana como día de reposo para que las personas se acuerden de Él[5].

Lo mismo puede leerse en El Libro de Mormón, Otro testamento de Jesucristo [6], también sagrado para los que adhieren a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos Días, por ejemplo cuando se señala que los nefitas (los hijos de Nefi -hijo de Lehi- gran profeta historiador y líder de su pueblo, el primero de los profetas que enumera tal libro), pueblo del cual descienden los feligreses que la integran, santificaban el día de reposo[7] o que se les mandó que observaran el día de reposo y lo santificaran[8] y que ofrecieran sacramentos en el día santo[9].

Tanto en la Torá, en el Nuevo Testamento o en el El Libro de Mormón, Otro testamento de Jesucristo, el único día en el que hay para reposar y santificar a Dios es el sábado, el Shabbath. Ningún otro día propusieron o respetaron ni Jesús, el Cristo, ni los apóstoles[10] como de reposo u oración que no fuera el sábado.

Fueron los padres de la iglesia, a mediados del siglo III de nuestra era[11] y la tradición de la Iglesia Católica quienes empezaron a hablar del “día del Señor”, es decir, aquél en el que el Mesías resucitó de entre los muertos -o sea el día siguiente al sábado[12]- como día de guardar. Hasta que el 7 de marzo del 321, Constantino dispuso que ese fuera el día de descanso[13].

En cambio, en el Corán, el Libro Sagrado que Dios dictó al Profeta Mohamed -¡Que Dios le dé su gracia y su paz!- en la “Sura del viernes” (Al-Yumua), leemos “¡Vosotros que creéis! Cuando se llame a la oración del Viernes, acudid con prontitud al recuerdo de Allah y dejad toda compraventa; esos es lo mejor para vosotros si sabéis”[14].

Esta enumeración la he efectuado a guisa de ejemplo para poner de relevancia la dificultad que la cuestión puede presentar en una sociedad que se considera democrática, pluralista y multicultural, aunque todavía conserva estos resabios mentales respecto a algunas cuestiones que el tiempo ha ido modificando.

No debemos perder de vista que, más allá de la imagen que todavía podemos guardar en nuestra mente de una sociedad que históricamente tuvo, por las corrientes migratorias que la formaron, una fuerte hegemonía religiosa, lo cierto es que a partir de la mitad del siglo pasado con la diversidad y el crecimiento de movimientos religiosos nuestra sociedad se fue transformando en un mosaico de heterogeneidad religiosa, por lo que menester resulta rever algunos de los moldes jurídicos con los cuales fuimos formados en nuestra juventud, marcados por una fuerte impronta de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que ya a esta altura de los tiempos se va diluyendo.

Sabido es que las Leyes N° 24.571 y N° 24.757 establecen días no laborables para los creyentes judíos o islámicos en sus principales fiestas religiosas, y así nadie se sorprende que algún creyente falte para lomm Kipur o que algún creyente respete el ayuno en el mes del Ramadán, pero a la mayoría de la población todavía le causa asombro, alguna suspicacia y en algunos casos hasta miedo, que -como parte de la liturgia de religiones admitidas y registradas por el Estado-, se sacrifiquen una paloma, un pollo o una oveja, como parte importante de la ceremonia religiosa que se celebra, al estilo de los que celebraba periódicamente el pueblo de Israel con motivos religiosos[15].

En cambio, a las mismas personas les resulta natural y hasta ajeno que todos los días mueren miles de animales -de forma si se quiere hasta más cruel que aquella que dichos ritos prevén para que la ofrenda sea aceptada por la divinidad a la que se le ofrece- y lo tomamos como lo más normal del mundo porque a la mayoría de nosotros nos sigue gustando una buena parrillada, un pollo al horno con papas, un chivito asado o alguna delicia culinaria que utiliza como materia prima algunos de los animales que siguen naciendo y siendo criados en las ubérrimas pampas de nuestra patria.

IV. La discriminación [arriba] -

Arese[16] resalta la enunciación del concepto de igualdad de trato y no discriminación ostenta una casi infinita cantidad de fuentes filosóficas y positivas. Así por ejemplo señala que El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas remarca, según el párrafo primero del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como obligación de cada Estado Parte la de respetar y garantizar “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. También agrega que la Observación N° 20 del CDESC de la ONU (2.009) define a la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto” y que la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2.013 incluye un capítulo de definiciones y, en su artículo 1º, indica que “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes” y a la intolerancia como “el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos e condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos” (art. 1º inc. 5º).

V. La discriminación inversa [arriba] -

Vives[17] señala que cada religión tiene su propio cuerpo normativo de obligada observancia para sus fieles, lo que tiene directa influencia sobre la posición de estos en el tráfico jurídico y que cuando estas normas religiosas, que establecen reglas por ejemplo respecto a cómo vestirse, qué comer o beber, cuales días dedicar al trabajo y cuales al reposo y al culto entran en contradicción con las obligaciones jurídicas que pesan sobre estos mismos creyentes, se genera una fricción, especialmente cuando las practicas religiosas cuestionan normas y convenciones socialmente aceptadas por la mayoría.

Puede darse en estos casos una discriminación indirecta o inintencionada, más sutil, lo que dificulta su detección y enfrentarla con respuestas correctas. Se da cuando la aplicación de una medida que en principio luce neutra, pero que desfavorece injustificadamente a un grupo determinado, como, por ejemplo señala el autor los que se denominan en el mundo anglosajón los sabbatarian cases.

VI. Conclusiones [arriba] -

En nuestra opinión la solución dada al caso luce correcta toda vez que se trató de un caso de objeción de conciencia que fue valorada de la manera que algunos denominan balancing test , esto es el enfrentamiento entre dos intereses individuales, el del empleador y el del trabajador y se superó el ámbito del derecho privado y observar un enfoque meramente contractualista para pasar a valorar la cuestión desde el enfoque de los derechos humanos de las partes, sobre todo teniendo en cuenta la voluntad de la trabajadora y el ofrecimiento que hizo de trabajar en otros días y con menos días francos, lo que puso en evidencia su buena voluntad (arts. 62 y 63 LCT) , frente a la cerrada negativa de la empleadora de modificar su posición o tratar de arribar a otro tipo de solución que no fuera la pura y simple sumisión de la dependiente a sus designios.

-
- [1] Ex. 20, 8-10, La Biblia, Editorial Sgal,
- [2] Kaufman, Ariel Gustavo, Dignus Inter pares, Abeledo Perrót, Buenos Aires, 2.010
- [3] Ver la cita de Éx. 20:8-11 que encabeza el presente comentario, también Ex. 16,22-30 ó Mar. 2:2-28 ó Lucas 13:10-14 en La Santa Biblia, Ediciones Paulinas, editada con aprobación de la Conferencia Episcopal Española (11 de febrero de 1.988), España, 1.989.
- [4] Gen, 2-3
- [5] Éx. 20:8-11..
- [6] Publicado por La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos Días, Salt Lake Citi; Utah, E.U.A., Traducción de The Book of Mormon Spanish, E.E.U.U., 2.011.
- [7] Jarom 1:5
- [8] Mos. 18:23
- [9] DyC 59: 9-13.
- [10] Ver, por ejemplo, Hechos, 13: 14-15.
- [11] Ver canon 29 del Concilio de Laodicea.
- [12] Juan, 20:1
- [13] Codex Justinianus, libro 3, tit. 3.
- [14] Aleya 9, El Noble Corán y su tradición comentario en lengua española, impreso bajo la supervisión de la Agencia de Impresiones, Investigación científica y Publicaciones del Ministerio de Asuntos Islámicos, Awqaf, Da'wa e Irshad, Riyadh, Reino de Arabia Saudita.
- [15] En este aspecto, tanto el libro de Números como el Levítico guardan las instrucciones que le dio Yahwé Dios a Moisés para que celebraran su culto.
- [16] Arese, César, Derechos Humanos Laborales, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2.014.
- [17] Vives, Juan Martín, "La 'acomodación razonable' de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al Derecho Argentino.", LL: Supl. Const. 2.012, junio, 28/06/2.012, La Ley 2.012-D, 828