

## **APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA INTEGRAL DE DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Antonio José Chica Badel\*

Recibido: Marzo 16 de 2017  
Aprobado: Mayo 21 de 2017

### **RESUMEN**

En esta oportunidad examinaremos brevemente la institución de los daños punitivos en el Derecho del Trabajo. Para ello, haremos una aproximación a la legislación laboral de los Estados Unidos, en la que, a diferencia de la experiencia latinoamericana, esa figura jurídica sí está expresamente consagrada y tiene plenos efectos en la actualidad, aunque condicionada seriamente por la jurisprudencia. Lo anterior motiva a averiguar si una teoría de daños punitivos resulta incompatible con las constituciones de los países latinoamericanos, o si, por el contrario, podría ser una alternativa válida frente a la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los trabajadores.

**Palabras clave:** Daños punitivos, derecho del trabajo, responsabilidad del empleador, derechos fundamentales de los trabajadores.

### **APPROACH TO AN INTEGRAL THEORY OF PUNITIVE DAMAGES IN LATIN AMERICAN LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW**

### **ABSTRACT**

This article examines the institution of punitive damages in labor law. To do this, we will approach the United States labour law, in which,

\* Abogado. Especialista en Derecho Procesal, y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales. Máster en Derechos Fundamentales y Tutela Judicial Efectiva. Candidato a doctor en Derecho del Trabajo de la Universidad de Buenos Aires. Juez Laboral del Circuito de Cartagena y docente universitario. E-mail: antoniochicab@gmail.com

unlike the Latin American experience, this legal figure is expressly consecrated in the legislation and has full effect today, although severely conditioned by jurisprudence. This circumstance motivates us to investigate if a theory of punitive damages is incompatible with the constitutions of Latin American countries or otherwise, it could be a valid alternative to the systematic violation of the fundamental rights of workers.

**Key words:** Punitive damages, labour law, employer responsibility, fundamental rights of the workers

## **APROXIMAÇÃO A UMA TEORIA DE DANOS PUNITIVOS NO DIREITO LATINOAMERICANO DO TRABALHO E DA SEGURANÇA SOCIAL**

### **RESUMO**

Nesta vez vamos examinar brevemente a instituição dos danos punitivos no direito do trabalho. Para fazer isso, vamos fazer uma abordagem à legislação laboral dos Estados Unidos, que, ao contrário da experiência latino-americana, esse conceito legal está expressamente consagrado e tem pleno efeito na atualidade, embora severamente influenciado pela jurisprudência. Isso motiva a descobrir se uma teoria de danos punitivos é incompatível com as constituições dos países latino-americanos, ou, pelo contrário, poderia ser uma alternativa válida perante a vulneração sistemática dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

**Palavras-chave:** Danos punitivos, direito do trabalho, responsabilidade do empregador, direitos fundamentais dos trabalhadores.

### **1. INTRODUCCIÓN**

Aun cuando la teoría de los “*punitive damages*” tiene su origen en el sistema anglosajón, y ha sido allí donde ha encontrado su más amplio desarrollo, ello no significa necesariamente que no pueda ser aplicada en países de tradición jurídica continental, claro está, a riesgo de que su recepción derive en un instituto distinto. España, Alemania e Italia son algunos ejemplos que han dejado ver la posibilidad de aplicar la teoría de los daños punitivos en causas civiles, puesto que han permitido fijar las indemnizaciones en montos superiores al daño sufrido por la víctima, teniendo en cuenta, entre otros factores, el beneficio obtenido por quien haya ocasionado el perjuicio (García, 2003, p.221).

En materia de derechos de los consumidores se conoce el caso de Canadá, donde la ley autoriza al consumidor a reclamar “daños e intereses ejemplares” cuando el empresario o productor incurra en “graves inconductas” (Guanziroli, 2012); y el caso de Argentina, que en el artículo 52 de la Ley 24.240, modificado por la Ley 26.361, consagró expresamente el daño punitivo en la esfera de protección de los derechos de los consumidores.

Sin embargo, cuando se contrae el objeto de estudio exclusivamente al derecho del trabajo, no parece fácilmente posible encontrar antecedentes claros de aplicación de la teoría en nuestra tradición jurídica. En cambio, volviendo al *common law*, se aprecia en el sistema jurídico norteamericano toda una construcción alrededor de los daños punitivos por discriminación en el empleo, nutrida tanto por la legislación federal como la estatal, así como por la jurisprudencia.

Lo anterior justifica el título del presente trabajo: es una *aproximación*, porque se trata de llevar a cabo un ejercicio exploratorio en torno al instituto de los daños punitivos y su compatibilidad con el derecho del trabajo, partiendo concretamente de la experiencia de Estados Unidos. Lo que se pretende es reflexionar sobre las bases de la que podría ser una teoría integral de los daños punitivos en el derecho del trabajo y de la seguridad social en América Latina.

## **2. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO. EL CASO NORTEAMERICANO**

Estados Unidos ha desarrollado la teoría de los daños punitivos en asuntos específicamente laborales, principalmente en lo relacionado con la discriminación y acoso en el trabajo. Por eso, a falta de regulación expresa en el derecho latinoamericano, sirve de referente importante para ir estableciendo las bases de la teoría.

La *Civil Rights Act* de 1964 (*CRA/64*) dedicó en su título VII la regulación de la protección de los trabajadores contra toda forma de discriminación laboral por razones de raza, color, religión, sexo o nacionalidad de origen, practicada por un empleador, una agencia de empleo, o una organización de trabajadores (*labor organization*). Ese título VII fue modificado por la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 (*EEOA*), siendo esta la norma que actualmente consagra las prácticas consideradas ilegales en materia de discriminación laboral (*unlawful employment practices*).

Según la normatividad referida, se configura una práctica laboral ilegal cuando el empleador se abstiene de contratar a un trabajador, se rehúsa a hacerlo, lo despide, o en todo caso, cuando ejecuta algún acto discriminatorio sobre su remuneración, términos, condiciones o privilegios de empleo, por causa de su raza, color, religión, sexo u origen nacional (Sección 703 de la Civil Rights Act de 1964) (Civil Rights Act, sección 703, 1964).

También incurre en una práctica laboral ilegal el empleador que limite, segregue o clasifique a sus trabajadores o solicitantes de empleo, en cualquier forma que prive o tienda a privarlos de oportunidades de empleo, o afectar adversamente su condición como trabajador, por causa de su raza, color, religión, sexo u origen nacional (Sección 703 de la Civil Rights Act de 1964) (Civil Rights Act, 1964).

Además de los empleadores, la *EEOA* contempla también a otros sujetos de protección contra la discriminación laboral: como ya se enunció, se trata de las agencias de empleo (*employment agency*) y de las organizaciones de trabajadores (*labor organization*).

En cuanto a las primeras, se considera que ejercen prácticas laborales ilegales cuando se abstienen o dejan de suministrar personas para ser empleadas en empresas, por causa de su raza, color, religión, sexo u origen nacional. Y en cuanto a las *labor organization*, se tienen como prácticas laborales ilegales las que consisten en (i) excluir o expulsar de sus miembros a cualquier persona debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional; (ii) limitar, segregar o clasificar a sus miembros o a los interesados en serlo, de manera que los priven, limiten o tiendan a privarlos de oportunidades laborales, o que afecten adversamente su condición como empleados o como solicitantes de empleo, debido a la raza, color, religión, sexo u origen nacional; y (iii) causar o intentar que un empleador ejecute actos de discriminación contra un individuo, violando las disposiciones de la *act* de 1964.

Las reglas de prohibición contra la discriminación laboral, que hasta ahora se acentuaban en los criterios de raza, color, religión, sexo u origen nacional, se extenderían normativamente a otras materias de especial protección después de la *Civil Rights Act* de 1964. En efecto, por medio de la *Equal Pay Act* de 1963 (*EPA*) se consideró ilegal la desigualdad en los salarios de personas que ejecutaran igual trabajo en el mismo lugar, lo que podría leerse como una adecuación del ordenamiento jurídico de Estados Unidos a los instrumentos internacionales, específicamente al Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración adoptado por la OIT en

1951, pese a no haber sido ratificado por ese país. De otro lado, la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 (*ADEA*) extendió la protección contra la discriminación laboral a las personas de 40 años de edad en adelante. Por su parte, la *Rehabilitation Act* de 1973 incluyó en el campo de aplicación de estos derechos a las personas en situación de discapacidad (*individuals with disabilities*), y la *Pregnancy Discrimination Act* de 1978 entendió como discriminación laboral por razones de sexo, toda práctica laboral ilegal que se manifieste *por causa* del embarazo, el parto, o las condiciones médicas relacionadas con el embarazo o el parto, o *estén basadas* en esas circunstancias propias de la mujer.

En 1990 entró a regir la *Americans with Disabilities Act (ADA)*, y en 1992 la *Rehabilitation Act Amendments*, por medio de las cuales se modificaron algunas definiciones acerca de la identificación de las personas en situación de discapacidad, y el alcance de la protección laboral. Años más tarde, la *Ada Amendments Act* de 2008 se produjo como respuesta a las interpretaciones restrictivas de la Suprema Corte en torno al concepto de discapacidad, con el propósito de garantizar una interpretación más amplia y garantista, quizá a tono con la Convención sobre Derechos de las Personas en situación de Discapacidad aprobada por la ONU en diciembre de 2006, y en vigor desde mayo de 2008, pese a que tampoco fue ratificada por Estados Unidos.

En ese orden cronológico de regulación normativa surge la *Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2008, la cual prohíbe la discriminación laboral que se haga con base en la información genética de las personas. La protección comprende la prohibición de prácticas laborales ilegales por parte de empleadores, agencias de empleos y organizaciones de trabajadores, las cuales, en lo sustancial, vienen a ser similares a las consagradas en la *Civil Rights Act de 1964* y sus modificaciones.

Finalmente, se expide la *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* de 2009, por medio de la cual se hacen algunas modificaciones a varias de las normas precedentes.

De alguna manera, lo que acaba de exponerse es el marco jurídico que regula la protección de las personas frente a la discriminación en el trabajo. Se trata de un catálogo de normas que prohíben toda forma de práctica laboral ilegal, procurando garantizar igualdad de oportunidades en el acceso, conservación y ejercicio del derecho al trabajo.

Pero, ¿qué consecuencias jurídicas se derivan de las prácticas laborales ilegales? ¿A qué se ve sometido el empleador que desconoce la normatividad de protección contra la discriminación laboral?

En la *Civil Rights Act* de 1991 se dispuso que en una acción judicial adelantada con ocasión de una práctica laboral ilegal de discriminación, la parte afectada puede reclamar daños compensatorios y **daños punitivos**. El Congreso justificó la inclusión de los daños punitivos atendiendo a que resultaban necesarios nuevos mecanismos para disuadir el acoso ilegal y la discriminación intencional en el lugar de trabajo. Pero más allá de eso, la incorporación de los daños punitivos en la *Civil Rights Act* de 1991 se registró como la respuesta del legislativo a ocho decisiones de la Suprema Corte (Livingston, 1993, p.54), las cuales, según el Congreso, habían debilitado el alcance y la eficacia de las protecciones federales de derechos civiles.<sup>1</sup> Por lo tanto, el propósito de introducir los daños punitivos era claro: fortalecer y mejorar la protección de las personas en contra de la discriminación laboral intencional, a través de un mecanismo que no solo sirviera para castigar conductas ilegales, sino que al mismo tiempo fuera eficaz para prevenir su reiteración.

De acuerdo con la norma (título I, sección 102), para que proceda una condena de daños punitivos por discriminación en el trabajo, es menester que el demandado (i) haya incurrido en una práctica discriminatoria, y (ii) que haya actuado con *malicia* o con *indiferencia temeraria* de los derechos consagrados en normas federales a favor de la persona agraviada. Al demandante, por su parte, le asiste la carga de probar esos dos elementos para obtener una decisión favorable que le conceda los daños punitivos.

No se trata entonces de cualquier violación de las leyes que prohíben la discriminación en el trabajo, sino, fundamentalmente, de aquella transgresión que ocurre como consecuencia de la conducta realizada por un sujeto que es consciente de la ilegalidad de esa conducta, pero a pesar de ello la ejecuta. Esta formulación, a nuestro juicio, apareja intrínsecamente que la condena por daños punitivos no pueda ser entendida como una regla general, sino que, por el contrario, solo procede en caso de que se encuentre probada la mala fe del demandado, cosa que, por principio, es –o debería ser– excepcional en el comportamiento de los seres humanos, atendiendo el postulado de la buena fe como principio general del Derecho que irradia las relaciones

<sup>1</sup> Civil Rights Act de 1991. Sección 2.2. “the decision of the Supreme Court in *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989) has weakened the scope and effectiveness of Federal civil rights protections...”

jurídicas entre particulares (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194, 2008).

Sin embargo, tampoco se trata de condicionar la eficacia de los daños punitivos de manera exclusiva al “acto extraordinariamente atroz”, ni mucho menos que para que proceda la condena por daños punitivos deba probarse un acto de tal naturaleza, ya que no es ese el requisito exigido por la *act*, cosa que también fue advertida por la Suprema Corte en *Kolstad v. American Dental Ass’n* (1999), decisión en la que esa corporación aclaró que el presupuesto para la imposición de daños punitivos es la prueba de la malicia o indiferencia temeraria, descartando expresamente la teoría del “acto atroz”. En efecto, tal como luego fuera resaltado en *EEOC v. Harbert-Yeargin* (2001), para que un empleador sea responsable por daños punitivos, no se requiere que sepa con certeza que actuó en violación de la ley federal, sino, básicamente, que se involucre en una conducta que lleve consigo un “riesgo percibido” de que sus acciones violan la ley federal.<sup>2</sup>

A pesar de incorporar los daños punitivos como mecanismo de protección de los derechos laborales, la *Civil Rights Act* de 1991 no fue ajena a la preocupación típica que representa la aplicación de esa doctrina dentro de un sistema jurídico: el exceso. En efecto, con el fin de evitar condenas desproporcionadas, se establecieron unos límites de cuantías de acuerdo con el número de trabajadores que tenga o haya tenido el demandado en un período de tiempo determinado, así:

- Para empleadores que en no menos de 20 semanas en el año tengan de 15 a 100 trabajadores, la cuantía máxima de los daños punitivos corresponde a la suma de US\$50.000
- Para empleadores que en no menos de 20 semanas en el año tengan de 101 a 200 trabajadores, la cuantía máxima de los daños punitivos corresponde a la suma de US\$100.000
- Para empleadores que en no menos de 20 semanas en el año tengan de 201 a 500 trabajadores, la cuantía máxima de los daños punitivos corresponde a la suma de US\$200.000
- Para empleadores que en no menos de 20 semanas en el año tengan más de 500 trabajadores, la cuantía máxima de los daños punitivos corresponde a la suma de US\$300.000 (*Civil Rights Act*, sección 102, 1991)

---

2 Sentencia de la Supreme Court: *EEOC v. Harbert-Yeargin*, (2001). Obtenida de [http://www.leagle.com/decision/2001764266F3d498\\_1722/E.E.O.C.%20v.%20HARBERT-YEARGIN,%20INC](http://www.leagle.com/decision/2001764266F3d498_1722/E.E.O.C.%20v.%20HARBERT-YEARGIN,%20INC).

Como ya se dijera, el límite a la cuantificación de los daños punitivos pareciera ser consustancial a la teoría misma. En Estados Unidos, por ejemplo, esa necesidad de restricción ha dado paso a que se conciba toda una reforma legislativa en materia de daños (Greene, 2001, p. 219). Con todo, se ha comprobado que la fijación de un límite económico de los daños punitivos ha hecho que los jurados se sientan frustrados ante la imposibilidad de aplicar una mayor condena frente a casos en los que el demandado ha actuado con mala fe o con indiferencia temeraria de los derechos de las personas; de hecho, ha habido casos en los que, ante esa limitación, tienden a ver en los daños compensatorios la fórmula propicia para castigar la conducta del demandado y disuadirlo a que no vuelva a incurrir en ella, confundiendo así las dos clases de daños ya mencionadas (Greene, 2001, p. 228).

Quizá teniendo en cuenta lo expuesto, la *Civil Rights Act* de 1991 consagró una regla especial en materia de límites para la imposición de daños punitivos por discriminación laboral, al establecer que si alguna de las partes solicita un juicio por jurado, éste no estará sujeto a las referidas limitaciones consagradas en la ley, constatándose así la tendencia del legislador norteamericano de robustecer el sistema de protección de los derechos laborales, a partir de la posibilidad de conceder daños punitivos.

El amplio y favorable desarrollo normativo de los daños punitivos frente a prácticas laborales ilegales, contrasta con el desfavorable acompañamiento que ha tenido por parte de los tribunales de justicia. En concreto, en la mencionada sentencia *Kolstad v. American Dental Ass'n* (1999), la Suprema Corte minimizó el alcance de esta figura en el derecho del trabajo, al concluir que los empleadores no son responsables por los daños punitivos causados por decisiones discriminatorias de sus directivos, cuando esas decisiones son contrarias a los esfuerzos que de buena fe ha realizado el empleador para cumplir con las normas federales de protección laboral.

En esa oportunidad, la Corte entendió que no podía aplicarse la regla de la *Restatement of Agency* según la cual es posible imponer daños punitivos contra un principal o agenciado por los actos del agente, si este fue empleado en una función directiva o administrativa y sus actos se produjeron en el ámbito del empleo. Y, para la Corte, no había lugar a ese entendimiento por dos razones: (i) porque generaría una tensión con el principio según el cual es impropio condenar por daños punitivos a quien solo sería indirectamente responsable; y (ii) porque desalentaría la implementación de programas contra la discriminación laboral a los



empleadores que hayan mostrado esfuerzos por cumplir con las leyes federales de protección (sentencia *Kolstad v. American Dental Ass'n*, 1999).

De acuerdo con Banks, se puede afirmar que la sentencia reduce significativamente la eficacia de la sanción civil de la manera como fue concebida por la *Civil Rights Act* de 1991, por tres razones concretas: primero, porque la sentencia entiende que la responsabilidad del empleador por los actos de sus administradores o directivos es indirecta, cuando en puridad de verdad se trata de una genuina responsabilidad directa. Exigir que el acto de discriminación provenga exclusivamente de una persona natural, o de todas las personas naturales que le dieron vida a la empresa, sociedad u organización, equivaldría a desconocer abiertamente la existencia de las personas jurídicas como sujetos de derecho y obligaciones, y al mismo tiempo, blindar a las grandes corporaciones de la responsabilidad por los daños cometidos con ocasión de su actividad mercantil.

En segundo lugar, la decisión de la Corte invierte la interpretación original por la cual fueron establecidos los daños punitivos en la *Civil Rights Act* de 1991. Como se ha dicho, la idea de incorporar ese tipo especial de sanción a los casos de discriminación laboral tenía el propósito de fortalecer la protección de los trabajadores o aspirantes a un empleo, y disuadir a los empleadores – principalmente- de cometer prácticas laborales ilegales. Dicho en otros términos, la expectativa del legislador norteamericano era que, con los daños punitivos, los empleadores se vieran obligados a dejar las prácticas discriminatorias, y al mismo tiempo, a adecuar políticas y programas de antidiscriminación. Con todo, la lógica empleada por la Corte en *Kolstad v. American Dental Ass'n* fue totalmente a la inversa, porque entendió que precisamente serían las condenas por daños punitivos las que podían desanimar a los empleadores de implementar programas contra la discriminación en el empleo (Banks, 1999, 367).

Un tercer aspecto tiene que ver con la condición que la sentencia agrega para que proceda la condena por daños punitivos, la cual consiste en que el empleador haya realizado *esfuerzos de buena fe* para cumplir con las normas federales de protección contra la discriminación laboral, concretamente el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Si bien la Suprema Corte considera que no hay lugar a conceder daños punitivos cuando el empleador haya realizado esos actos de buena fe, lo cierto es que en la sentencia no se ofrece un parámetro claro o una definición concreta de lo que se debe entender por *esfuerzos de buena fe*. Esa situación genera indeterminación en las demandas de protección contra prácticas laborales

ilegales, pues un empleador podría alegar que en su empresa existe un diseño de políticas antidiscriminatorias, o mostrar que se han realizado algunas capacitaciones a los empleados y directivos de la empresa en ese sentido, con el propósito de eximirse de la condena por daños punitivos.

Consideramos que, en el ámbito del derecho del trabajo, la garantía de igualdad manifestada en la prohibición de discriminar no puede quedar sujeta a meras buenas intenciones, o “esfuerzos de buena fe”. De ahí que resulte más razonable comprender, de acuerdo con Banks (1999), que lo que pretendía la *Civil Rights Act* de 1991 al instaurar los daños punitivos no era solamente exhortar a los empleadores a cumplir con las normas de protección contra la discriminación laboral consagradas en el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, sino también castigar a los que no cumplieran esas normas, a título de sanción ejemplar para evitar que se siguieran cometiendo ese tipo de conductas (Banks, 1999, p. 367).

Luego, aunque la Corte no desarrollara el concepto de *esfuerzos de buena fe*, estimamos que sí podría plantearse una interpretación que concilie la finalidad del instituto de los daños punitivos con la condición agregada por la jurisprudencia, entendiendo como *esfuerzos de buena fe* aquellos actos realizados por el empleador, basados en las disposiciones normativas vigentes, que efectivamente sirvan para proteger a las personas contra la discriminación laboral, de tal manera que no pueda acusarse al empleador de haber sido *temerariamente indiferente* frente a esas disposiciones normativas. De esta manera, se optimiza la aplicación de los daños punitivos de la forma como fueron concebidos por la *act* de 1991, y se configura una razonable y seria causal eximente de responsabilidad, basada precisamente en el concepto propio de *punitive damages* consagrado en la ley.

### **3. HACIA UNA TEORÍA DE DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO**

La experiencia de Estados Unidos muestra que desde 1991 los daños punitivos hacen parte de los mecanismos de protección de las personas frente a prácticas de discriminación laboral. El estudio de esa figura jurídica en el derecho norteamericano ha permitido detectar sus principales virtudes, como también ha expuesto los temores que se ciernen en torno a ella.

Las características propias de los *punitive damages* en el *common law*, en principio, no parecen chocar con los principios que integran el derecho latinoamericano. Por el contrario, bien podría decirse que el

escenario jurídico que ofrecen los países de América Latina facilita una teoría de daños punitivos en el derecho laboral, atendiendo la especial protección que tiene el trabajo tanto en las constituciones nacionales, como en los instrumentos internacionales y supranacionales de declaraciones de derechos.

Por ejemplo en Colombia, el trabajo es considerado un valor fundante de la democracia y del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-009/93, T-121/93, y T-286 de 2011, entre otras), luego de haber sido consagrado como tal en el mismo preámbulo de la Constitución Nacional de 1991 y en el artículo 1º superior, más allá de la regulación especial que luego es desarrollada en los artículos 25 y 53 de la misma.

Algo similar ocurre en Venezuela, donde también figura el trabajo como una de las prioridades consagradas en el preámbulo de la Constitución de 1999, y a la vez como uno de los procesos fundamentales para alcanzar los fines esenciales del Estado. También en Bolivia, el Estado se funda en el trabajo, disponiéndolo así el preámbulo de la Constitución Política del Estado de 2009 y en su artículo 46; y en Brasil, a pesar de no estar expresamente señalado en el preámbulo, sí se considera al trabajo como uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, con arreglo al artículo 1 de la Constitución de 1988, desarrollado en los siguientes artículos 6 y 7.

Por su parte, las Constituciones nacionales de Argentina (art. 14 bis), Ecuador (art. 33), Perú (arts. 1 y 22), Uruguay (art. 53), Chile (art. 19), y Paraguay (art. 86), consagran expresamente el derecho al trabajo como objeto de protección por parte de los Estados, pese a no incorporarlo en sus preámbulos.

En el plano internacional, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho al trabajo, como también lo hace el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en su artículo 6, por citar solo estos ejemplos importantes.

En el panorama normativo que ofrecen las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales en vigor en los Estados latinoamericanos, el trabajo ocupa un lugar especial, y por lo tanto, debe ser objeto de una especial y efectiva protección. En ese contexto, la aplicación de los daños punitivos en el derecho del trabajo, antes de encontrar limitaciones desde una perspectiva constitucional, resultaría estimulada precisamente por la necesidad de garantizar una eficaz protección de ese valor y principio superior.

De hecho, un intento de incorporación de los daños punitivos en el derecho del trabajo se verificó en Argentina, en el caso “*Acuña, Carlos A. y otros vs. YPF S.A. s. Ordinario. Casación*” del 17 de mayo de 2010. En esa oportunidad, el Superior Tribunal de Río Negro conoció de una demanda en la que se acusaba al empleador de haber incurrido en una práctica discriminatoria al presionar a sus contratistas para que no vincularan laboralmente a los empleados que hubieren presentado demandas en su contra, lo que comúnmente se conoce como “lista negra”. Aun cuando el Tribunal concluyó que la aplicación de ese instituto sancionatorio resultaba improcedente en la legislación de argentina, lo importante de esa decisión fue que hubo controversia al interior del Tribunal, debido a que se planteó por parte de uno de los jueces, la defensa de la tesis de los daños punitivos, en vista de que la conducta atribuible al empleador “amerita una sanción ejemplificadora, a efectos de que en el futuro no vuelva a reiterarla, como así también para que otras empresas eviten incurrir en conductas similares” (Tribunal de Río Negro, Argentina, 2010). Según el juez Soderó Nievas, debe contemplarse el daño punitivo así:

Cuando el hecho además de grave, injusto, reprochable; también conmueve el sistema de derecho y el sentimiento de justicia. Con lo cual, en cuanto al alcance del mismo, hay que decir que su aplicación no debe recaer en cualquier circunstancia, ya que los incumplimientos pueden ser numerosos y deberse a infinitas razones, sino solamente cuando el autor sabía con certeza que podría causar un daño y no sólo que no evitó, sino que especuló con dicha actitud; es decir el autor del daño en el caso sub examine ha actuado, con desidia y sin importarle la afectación que producía en los derechos de los actores (Superior Tribunal de Justicia de la provincia, Sentencia de Casación, 23340/08-STJ, 2010).

El Tribunal terminó negando la procedencia de los daños punitivos en el derecho del trabajo, aduciendo que no existe una norma nacional que los contemple, como tampoco una supranacional que llene ese vacío, pese a que admitió que:

Tampoco se duda de la necesidad de implementación de la sanción ejemplificadora, para que sirva de herramienta útil y eficaz a quienes nos compete la resolución de los conflictos jurisdiccionales -sobre todo en aquellos casos en que la tradicional reparación del perjuicio se muestra francamente insuficiente-; lo único que realmente no se comparte con el votante en primer orden, es la implementación de este instituto en la etapa judicial

ante la inexistencia de una norma que lo reglamente (STJ, Sentencia de Casación, 23340/08, 2010).

Los argumentos expuestos en la sentencia muestran que no resulta disparatada la idea de implementar los daños punitivos en el derecho laboral latinoamericano, y que los fundamentos constitucionales de justicia social y de protección al trabajo pueden considerarse como herramientas válidas para la construcción de una teoría en tal sentido.

De hecho, esas mismas bases constitucionales podrían permitir una visión de los daños punitivos más amplia que la que brinda el sistema jurídico norteamericano, extendiéndola por lo menos a dos escenarios presentes en suelo latinoamericano:

- (i) En efecto, las actuales formas de organización del trabajo basadas en los nuevos modelos económicos han debilitado el derecho del trabajo, debido a que poco a poco se ha ido abandonando el concepto clásico de contrato de trabajo caracterizado por una subordinación fuerte de un empleador hacia un trabajador. A su turno, se ha impuesto la descentralización productiva como una forma de organización de los procesos empresariales de producción de bienes y prestación de servicios, siguiendo a Cruz (2000):

En virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (p.251).

Estas nuevas formas de organización del trabajo que priorizan la utilidad económica de las empresas, podrían afectar significativamente los derechos de los trabajadores y de las asociaciones sindicales, debido a la consecuente indeterminación de los tradicionales conceptos de *trabajador* y *empleador*, y a la atomización del clásico *lugar de trabajo*.<sup>3</sup> Es allí donde podría instalarse también la teoría de los daños punitivos con el fin de brindar mayor protección a los derechos laborales cuando quiera que estos se vean amenazados por los intereses económicos de las grandes empresas.

---

3 Sobre los efectos de la descentralización productiva, ver Maddaloni, Osvaldo, Tercerización, nuevas formas y modernos enfrentamientos, obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinternacionales/osvaldo-a-maddaloni-ubatercerizacion-nuevas-formas-y-modernos-enfrentamientos.pdf>

Es que, siguiendo al profesor Óscar Ermida, desde una perspectiva técnico jurídica la externalización que no está realmente fundada de manera objetiva en el proceso productivo viola el fundamento ético de la relación de trabajo, puesto que mediante ese fenómeno la empresa continúa siendo el titular exclusivo de las utilidades de la actividad económica, pero en cuanto a los riesgos, se los traslada al trabajador, siendo que el presupuesto de la ajenidad consiste fundamentalmente en que si bien el trabajador no es dueño de lo que hace o produce, ni mucho menos de las utilidades de la empresa, tampoco tiene por qué asumir los riesgos de la misma (Ermida y Colotuzzo, 2009).

En ese orden de ideas, cuando la empresa decide externalizar los procesos productivos, u organizarse en función exclusivamente de desconocer los derechos de los trabajadores, podría ser objeto de una sanción civil ejemplar con la que se procure desalentar ese tipo de conductas.

(ii) El segundo de los escenarios a los que podría extenderse la aplicación de los *punitive damages* es el de la responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo y enfermedades laborales. No en pocas ocasiones, las grandes multinacionales son conscientes del riesgo que para la salud e integridad física de los trabajadores implican las actividades propias de su objeto social. Frente a ello, cuando las legislaciones nacionales establecen cuantías bajas de indemnización por daños causados a los trabajadores, las grandes empresas no encuentran razones para dejar de ejecutar sus actividades nocivas, al no ver afectados sus beneficios económicos de manera importante.

En la industria textil, por ejemplo, las grandes marcas no elaboran sus productos en Europa ni en Estados Unidos. Es en Bangladesh, China, India, Vietnam y otros países orientales en donde se instalan los centros de producción que abrigan los casos más aberrantes de explotación laboral, a través de la subcontratación o la prolongación de una cadena de suministros. Resultó muy conocido el trágico accidente del Rana Plaza, un edificio en Daca, la capital de Bangladesh, en el que murieron más de 1.100 personas, principalmente trabajadores de fábricas de ropa que operaban en ese edificio, de las marcas más reconocidas a nivel mundial. Lo interesante de esto es que las grandes corporaciones dueñas de esas marcas no asumen ninguna responsabilidad, y en principio no podrían ser conminadas a ello, puesto que, técnicamente, las empleadoras de esos trabajadores víctimas del accidente eran las empresas “autónomas” cuya base está en estos países del tercer mundo, y no las empresas transnacionales (Ross y Morgan, 2015).

En ese contexto, los daños punitivos constituirían una alternativa importante de protección frente a las empresas que realicen conductas laborales dañinas, aun habiendo percibido el riesgo de que sus acciones violan la ley, y en esencia, los derechos fundamentales de los trabajadores. Al mismo tiempo tendrían el efecto de disuadir a las grandes potencias económicas de continuar llevando a cabo esas prácticas laborales nocivas, o cuando menos, de empujarlas hacia la regulación de las mismas.

En todo caso, no puede olvidarse que, aunque se trata de escenarios reales, las posibilidades de aplicación de un tipo de sanción como los daños punitivos en esos contextos no dejan de ser, por ahora, una simple posibilidad teórica que debe ser desarrollada con el propósito de verificar su viabilidad.

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Una teoría integral de daños punitivos en el derecho del trabajo no sería extraña en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. La experiencia de Estados Unidos indica que puede ser utilizada como un mecanismo efectivo contra prácticas laborales ilegales de discriminación, a pesar de las restricciones que ha sufrido en sede jurisprudencial. En Latinoamérica, el panorama constitucional facilita la aplicación de esa teoría, ya no de manera exclusiva contra la discriminación laboral, sino también en otros escenarios problemáticos en donde las pretensiones desahoradas del capital puedan generar perjuicios para los trabajadores por parte de empleadores conscientes del carácter dañino de sus conductas.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Banks, A. (1999). Civil Rights Act of 1991 - Employer Liability for Punitive Damages in Title VII Claims. *Harvard Law review*, 113:200, 367.

Rojas, C., & Vera, N. (Agosto de 2013). ABMS (Automatic BLAST for Massive Sequencing). En H. Castillo (Presidencia), 2° Congreso Colombiano de Biología Computacional y Bioinformática CCBCOL. Congreso llevado a cabo en Manizales, Colombia.

Cruz, J. (1999). El outsourcing como sistema de organización de la actividad empresarial. En X Congreso Nacional de Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social sobre Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Ministerio de Trabajo. p. 251; citado en

Maddaloni, O. (S.F). Tercerización, nuevas formas y modernos enfrentamientos. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinternacionales/osvaldo-a-maddaloni-ubatercerizacion-nuevas-formas-y-modernos-enfrentamientos.pdf>

García, L., y Herrera, M. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, (nvol)

Greene, E., Coon, D., & Bornstein, B. (2001). The Effects of Limiting Punitive Damages. *Law and Human Behavior*, 2 (3), 219.

Guanziroli, J. (2012). Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino. *Medio Ambiente y Derecho*, (23). Recuperado de <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

Livingston, D. (1993). The civil rights act of 1991 and EEOC enforcement. *Stetson Law Review*, (23), 54-55. Recuperado de <http://www.stetson.edu/law/lawreview/media/the-civilrights-act-of-1991-and-eec-enforcement.pdf>

Ross, M. (productor) y Morgan, A. (director). (2015). *The true cost* (documental). Francia

Sentencia de la Supreme Court: EEOC v. Harbert-Yeargin, (2001).  
O b t e n i d a d e  
[http://www.leagle.com/decision/2001764266F3d498\\_1722/E.E.O.C.%20v.%20HARBERT-YEARGIN,%20INC](http://www.leagle.com/decision/2001764266F3d498_1722/E.E.O.C.%20v.%20HARBERT-YEARGIN,%20INC)

Sentencia de la Supreme Court: Kolstad v. American Dental Ass'n (1999). Obtenida de <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-208.ZS.html>

Sentencia del Tribunal de Río Negro, Argentina (2010). Obtenida de [http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=21608&txt\\_nro\\_expediente=&txt\\_caratula=acu%F1a&cbo\\_desde\\_dia=1&cbo\\_desde\\_mes=1&cbo\\_desde\\_anio=2010&cbo\\_hasta\\_dia=22&cbo\\_hasta\\_m](http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=21608&txt_nro_expediente=&txt_caratula=acu%F1a&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=2010&cbo_hasta_dia=22&cbo_hasta_m)