



Universidad
Nacional
de Córdoba



FACULTAD DE
DERECHO



Secretaría
de Extensión
Universitaria



OBSERVATORIO
DERECHOS
HUMANOS

DERECHOS HUMANOS LABORALES Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Director

Mauricio César Arese

Autores

Jimena Anglade, Florencia Attwood, Maite Cisneros, María Luz Cuadrado, Martina María Rimoldi, Facundo Moreyra, Martín Nicolás, Juan Ignacio Rodríguez, Ignacio Ceballos, Lourdes Cortez, Rocío Díaz Castagno, Enzo Lechman, Candela Peinado, Pedro Peralta, Florencia Sebastiani, Camila Soratti, Victoria Sosa, Julieta Teloni, Florencia Torres, Francisca Unsain y Mariana Wolff.

Coordinadores

Noelia Pedrino, David Medina, Calixto Angulo, Leticia Celli, Jaquelina Cabutto, Pablo Ferreira, Pedro Patricio Yanzi Aspell, Natalia Gonzalez Boarini, Juan Caminos, Carolina Vera Ocampo y Consuelo Ferreyra.

Trabajos de investigación de Cursantes 2020

Cátedra de Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo
con cine como recurso didáctico

Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Córdoba

DERECHOS HUMANOS LABORALES Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO



FACULTAD DE
DERECHO

Arese, Mauricio César, Director; Anglade, Jimena, et al, autores; Pedrino, Noelia, et al, coordinación; Moreyra, Facundo y Cuadrado María Luz, colaboradores.

Derechos Humanos Laborales y Derecho Internacional del Trabajo, edición digital, Materia de Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020.

Es libre la reproducción de los trabajos editados, con expresión detallada de su fuente bibliográfica.

Palabras clave:

Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo

INDICE

Presentación	8
Desigualdades sociales y naturales	10
¿Puede el trabajo decente paliar la desigualdad que genera la globalización?, por María Luz Cuadrado	10
Argentina ¿Un país laboralmente inclusivo?, por Florencia Torres	30
¿Cómo opera la discriminación hacia los trabajadores con responsabilidades familiares? ¿Qué medidas se implementan para su solución?, por Francisca Unsain	44
Pandemia Covid-19, sus efectos en el Derechos Laboral	57
¿Se puede rescindir el contrato de trabajo en la crisis generada por el Covid-19?, por Martina María Rimoldi	57
Coronavirus, licencias por fuerza mayor y su vinculación con ciertos principios del derecho internacional del trabajo, por Rocío Díaz Castagno	70
¿Es el teletrabajo la forma más adecuada de combatir la pandemia?, por Enzo Lechman	90
El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, por Florencia Belén Sebastiani	102
Impactos tecnológicos	117
Las nuevas herramientas de comunicación en el mundo del trabajo y la tutela del derecho a la intimidad, por Facundo Matías Moreyra	117
Teletrabajo y derecho a la intimidad, por Juan Ignacio Rodríguez	136
Los testeos genéticos, por Lourdes Victoria Cortez.....	149
El auge de las redes sociales, por Julieta Sol Teloni	163
Trabajo de las mujeres	175
Trabajo doméstico no remunerado, por Florencia Attwood	175
¿Existe actualmente en Argentina una tendencia a equiparar la brecha en la participación laboral femenina?, por Javier Ignacio Ceballos	186
Discriminación laboral de la mujer, por Pedro Peralta	197
Protección de las mujeres en la normativa internacional. Supuestos de mobbing desde una perspectiva de género, por Camila Soratti	202
El rol de la mujer trabajadora en el contexto de la industrialización, por María Victoria Sosa	223
Autonomía sexual y derechos laborales	234
Prostituyendo los Derechos Humanos, por Jimena Lucía Anglade	234
Diversidad Sexual y Derechos Humanos, por Maite Cisneros	258

¿Cómo es la realidad de las personas trans en el mundo del trabajo?, por Nicolás Emilio Martín	277
Trabajo sexual forzado y prostitución, por Candela Peinado.....	310
¿Es necesario contar con una ley especial que regule la ocupación laboral de las personas transexual?, por Mariana Wolff	326

Presentación

El presente libro reúne una muestra de lo producido en la Materia Opcional Derechos Humanos Laborales, Derecho Internacional del Trabajo con el Cine como Recurso Didáctico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, cohorte 2020 (Res. HCD 625/19) dirigida por el Prof. Dr. Mauricio César Arese.

El dictado de la materia tuvo como particularidad que todos los recursos didácticos se compendiaron, desarrollaron, presentaron y evaluaron en forma digital a través del Aula Virtual con el apoyo de Facebook, Whatsapp y correos electrónicos. Además, se utilizó la plataforma Zoom para el dictado de clases, reuniones de trabajo, defensa de las investigaciones y transmisión de los adelantos del material fílmico. Originalmente, la planificación se diseñó mediante un desarrollo virtual y clases presenciales. Sin embargo, al disponerse la suspensión de clases como consecuencia de la pandemia de corona virus, en tan solo una semana, las clases se reconducieron hacia la Plataforma Zoom.

Asimismo, todo el desarrollo de la materia se realizó durante el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio, desde los hogares de alumnos y docentes.

Las clases fueron dictadas por parte de cuerpo docente y de adscriptos de la Facultad de Derecho de la UNC, a los que se sumaron profesores invitados de la Universidad de Buenos Aires. El listado de profesores dictantes fue el siguiente: Mauricio César Arese, María Estela Piña, Jorge Sappia, Silvia Díaz, Carlos Toselli, Eva Torres de Pascual, Paula Frescotti, Valeria Mimessi, Christian Sommer, Carolina Fathala, David Duarte y Carlos Álcazar, estos dos últimos de la UBA.

También se realizaron actividades abiertas en el marco del dictado de la materia con la organización de la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho y con la coordinación del equipo docente de la cátedra DHL-DIT. El seminario digital “Derechos Humanos Laborales y OIT frente a la Pandemia. Visión Universitaria” del 19 de mayo de 2020 estuvo a cargo de Mario Ackerman, Universidad de Buenos Aires; Mauricio César Arese, Universidad Nacional de Córdoba y Humberto Villasmil Prieto, Organización Internacional del Trabajo. La Cátedra Abierta “Visiones Universitaria del Derecho del Trabajo Actual” del 21 de mayo de 2020 contó con la participación de los profesores Jose Daniel Machado, Universidad Nacional del Litoral; Juan Raso, Universidad de la República, Uruguay; Wilfredo Sanguineti Raymond, Universidad de Salamanca, España.

Fueron dos reuniones dictadas a través de las plataformas digitales de Zoom y Hangouts, en las que asistieron un promedio de 170 personas de nueve países y en las que se desarrollaron temas relativos a la materia y a la visión universitaria sobre el Derecho del Trabajo en tiempo de la pandemia de coronavirus. Se agradece al secretario y al subsecretario de Graduados, Maximiliano Raijman y Juan Díaz, respectivamente, por el apoyo e impecable organización.

Asimismo, expusieron temas, efectuaron el ordenamiento y búsqueda de materiales, jurisprudencia, coordinación de clases, tutoriales de alumnos y otras tareas de equipo docente, los siguientes adscriptos y colaboradores: Noelia Pedrino y David Medina (coordinadores), Calixto Angulo, Noelia Pedrino, Leticia Celli, Jaquelina Cabutto, Pablo Ferreira, Pedro Patricio Yanzi Aspell, Natalia Gonzalez Boarini, Juan Caminos, Carolina Vera Ocampo y Consuelo Ferreyra.

El cursado se complementó con la proyección de cuatro filmes y dos

documentales relativos a la materia, cuyos trailers se adelantaban en la clase anterior a su comentario. Se analizaron y criticaron los filmes “Los Compañeros” dirigida por Mario Monicelli; “Tiempo Modernos”, Charles Chaplin; Norma Rae, Martin Ritt; Dany Blake, Ken Loach y los documentales Historias de Género. Violencia Laboral. Una perspectiva de género, Canal Encuentro-Ministerio de Desarrollo Social y “Cinturón Industrial”, producido por César Arese.

Los cursantes debieron desarrollar un trabajo de investigación personal orientados y asistidos por el equipo de adscriptos tutores. Para esta tarea mantuvieron comunicación permanente a través de redes sociales y correos electrónicos. Una vez concluido el proceso de elaboración y evaluación de las investigaciones, todos los cursantes hicieron defensas individuales mediante disertaciones en sucesivas reuniones a través de la plataforma Zoom.

En el Aula Virtual se encuentra compendiada una gran cantidad de material-fuente para el cursado. Se trata de libros, documentos, jurisprudencia, normas, estudios, clases, etc. A esos archivos, se agregan las grabaciones de las clases programadas, el seminario internacional abierto y las defensas orales de los cursantes, como así también los textos de los trabajos monográficos del curso 2020 y dos cursos anteriores.

En virtud de la calidad, variedad, actualidad, interés y profundidad de las investigaciones y como culminación del curso, se resolvió la edición digital de los trabajos de investigación del cursado 2020 que aquí presentamos. Los ensayos comprenden temas de Derechos Humanos Laborales y Derecho Internacional del Trabajo y son producto de un esfuerzo colectivo. En primer lugar de los cursantes, pero también del equipo docente que asistió y acompañó a los cursantes en los aspectos metodológicos, búsqueda y análisis de fuentes, organización y redacción de los trabajos monográficos. En la presente edición colaboraron los alumnos, Facundo Moreyra y María Luz Cuadrado.

Son los autores de los trabajos que aquí publicamos: Jimena Anglade, Florencia Attwood, Maite Cisneros, María Luz Cuadrado, Martina María Rimoldi, Facundo Moreyra, Martín Nicolás, Juan Ignacio Rodríguez, Ignacio Ceballos, Lourdes Cortez, Rocío Díaz Castagno, Enzo Lechman, Candela Peinado, Pedro Peralta, Florencia Sebastiani, Camila Soratti, Victoria Sosa, Julieta Teloni, Florencia Torres, Francisca Unsain y Mariana Wolff.

Para decidir la presente edición, el equipo docente estimó que resultaba un material demasiado valioso para que sea archivado sin ser conocido por la comunidad académica y profesional; sin dudas se trata de una oportunidad de abrir las puertas del aula al mundo. Por lo demás, se pensó que es necesario mostrar a la sociedad que sostiene a la Universidad, su producción académica en tiempos de aislamiento obligatorio debido a la pandemia del corona virus. Es de acotar que el desarrollo de esta materia se realiza de modo vocacional y como carga voluntaria por parte del equipo de profesores y adscriptos.

Este trabajo cuenta con el apoyo de la Secretaría de Extensión de la Universidad Nacional de Córdoba que colaboró en su difusión. Se agradece su interés en la materia abordada en el curso.

Finalmente, se felicita a los cursantes por el nivel alcanzado y no se quiere ocultar el orgullo de haber contribuido a esta producción educativa de alta calidad desde la cuatricentaria Universidad Nacional de Córdoba.

Prof. Dr. Mauricio César Arese
Director

Desigualdades sociales y naturales

¿PUEDE EL TRABAJO DECENTE PALIAR LAS DESIGUALDADES QUE GENERA LA GLOBALIZACIÓN?

María Luz Cuadrado

Resumen

El interrogante surge luego de visualizar el contexto en el que hoy estamos inmersos: un enemigo invisible nos atropella y nos obliga a resguardarnos en nuestros hogares. La comunicación y el contacto, así como la educación y el trabajo, se desenvuelven en un mundo virtual, a través de pantallas.

Esa misma situación es la que me lleva a pensar en aquellas personas que, por cuestiones ajenas a su voluntad, quedan fuera de estas formas de desenvolver nuestra vida diaria, en todos sus aspectos.

Sin embargo, esta particular y específica circunstancia, deja entrever las grandes brechas existentes en nuestra sociedad en el mundo globalizado en el que vivimos.

Es así que me propuse indagar en si el “trabajo decente” como tal, puede paliar, esas desigualdades generadas por ese fenómeno que trasciende fronteras, y de qué manera, entendiéndolo como un derecho que tienen todas las personas por su solo carácter de tales, con alcance internacional.

Introducción

Los tiempos actuales transcurren en un mundo en el que, prácticamente, no existen fronteras entre la diversidad de países del mundo, donde las distancias se acortan (cuando no desaparecen) en virtud de la ciencia y tecnología y sus magníficos y constantes avances. Este proceso de desarrollo permanente, trae innumerables ventajas y beneficios a la totalidad de personas que habitamos este planeta, pero también, y como contracara, permite marcar las cada vez más notorias diferencias entre los integrantes de nuestra sociedad.

Del otro lado de las desigualdades, tenemos la figura del trabajo decente.

Para introducir este trabajo, comenzaré por indagar meras nociones sobre este mundo globalizado, para luego marcar sus efectos negativos, particularmente las desigualdades que genera en la sociedad. Seguidamente, desarrollaré lo relativo al trabajo decente como derecho humano fundamental, para, finalmente establecer una relación entre todos los temas y lograr responder al interrogante inicial.

1. La globalización

Para conceptualizar el fenómeno complejo de la globalización, pueden citarse distintas definiciones: “La globalización es un fenómeno complejo en el

que intervienen estructuras de distinto carácter, consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de modelos sociales y culturales”.¹

En estas breves líneas, el autor se refiere de manera pertinente a la globalización al hacer alusión a la “libre circulación”, intentando demostrar lo difuminadas que se encuentran las fronteras trazadas a lo largo de la historia entre los diferentes pises. Sin embargo, ese libre andar también ocurre con las personas y la tecnología, por lo que la hallo incompleta.

“La globalización constituye un sistema de redes en las cuales se organizan el comercio, las inversiones de las corporaciones transnacionales, las corrientes financieras, el movimiento de personas y la circulación de información que vincula a las diversas civilizaciones. Es, asimismo, el espacio del ejercicio del poder dentro del cual las potencias dominantes establecen, en cada período histórico, las reglas del juego que articulan el sistema global. Uno de los principales mecanismos de la dominación radica en la construcción de teorías y visiones que son presentadas como criterios de validez universal pero que, en realidad, son funcionales a los intereses de los países centrales. Las redes de la globalización abarcan actividades que transponen las fronteras nacionales”.²

Aquí no solo se la menciona como un sistema de redes con sus beneficios, sino que se añade la parte crítica o controvertida del proceso, es decir, la dominación que ejercen las potencias por sobre los pises periféricos en cuanto a los modos de pensar y patrones culturales.

“La globalización supone un conjunto de relaciones sociales que se generan en un tiempo y espacio determinado (nunca en abstracto). De allí que, en la medida en que éstas cambian, cambia también la globalización. Estrictamente hablando no existe una globalización, sino “globalizaciones”. Si las globalizaciones son conjuntos de relaciones sociales es probable que impliquen conflictos y, por ende, ganadores y perdedores. A menudo, el discurso de la globalización es la historia de los ganadores tal como ellos mismos la relatan. No hay una auténtica globalidad. Lo que llamamos “globalización” es siempre la exitosa globalización de un “localismo” globalizado”.³

En este caso, se pone énfasis en el aspecto dinámico de la globalización, entendida como conjunto de relaciones y, como tal, sujeta a mutaciones permanentes, por estar integradas por personas. También se hace referencia a la parte negativa del proceso como generador de ganadores y perdedores, en la que los primeros tergiversan el relato sobre este fenómeno contando su propia experiencia, y, por ende, olvidando los sectores en que no se vive del mismo

1 Carrascosa González, Javier, “Globalización y Derecho Internacional Privado”, Liberlibro.com, (2002), citado en Dreyzin de Klor, Adriana, “El derecho internacional privado actual”, Tomo I, primera edición, Zavallía, (2015), p. 21.

2 Ferrer, Aldo, “Globalización, desarrollo y densidad nacional”. Publicado en: *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización*, (2007).

3 Sousa Santos, Boaventura, “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El calidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Vol. I, Cap. III, Bogotá, p. 153 y ss., citado en Manzo, Alejandro, “Reforma judicial en américa latina. Globalización y desigualdad social: Acceso a la Justicia”.

modo.

Como puede verse, no existe un concepto único y universalmente aceptado sobre la globalización, sino que, en general, se trata de un proceso de interconexión entre los países en el ámbito económico, financiero, laboral, cultural, jurídico, religioso, social y tecnológico. Los diferentes ámbitos de nuestras vidas están alcanzados por este fenómeno. Implica un abandono de la localización de la vida para dar paso a una unicidad, donde se desdibujan los límites y fronteras trazados históricamente.

Así, puede notarse en materia jurídica, avanzándose hacia la convergencia de los diferentes ordenamientos jurídicos en procesos de codificación universal tales como tratados o convenciones que sientan principios generales aplicables en todos los países signatarios (v.gr. tutela judicial efectiva) y que se imponen sobre las normas de carácter interno. Lo mismo sucede con respecto a los Derechos Humanos, que son instrumentados por las organizaciones internacionales y operativas en cada uno de los países, reduciendo la soberanía de los Estados en materia legislativa.

Sucede también el fenómeno del multiculturalismo dada la facilidad del intercambio cultural otorgada por la libertad de circulación de las personas, que permite un acercamiento que no distingue de idiomas, edades, razas o nacionalidades. Se facilita el turismo, siendo cada vez más simple viajar ya que se puede obtener toda la información relativa a los medios, lugares para visitar o alojarse, incluso para comer, con solo hacer un par de clics.

La comunicación elimina cualquier barrera, en virtud del surgimiento de las TICS (tecnologías de la información y comunicación) que permiten el contacto instantáneo de las personas sin distinguir en qué lugar del mundo se sitúan. Nacen nuevos instrumentos, como el internet, las conexiones globales, la telefonía celular, que canalizan las necesidades de las personas. Es decir, todos los ámbitos de la vida de una persona se desarrollan, o al menos se vinculan, con estos nuevos medios de comunicación, incluso el trabajo y el estudio.

Asimismo, también se manifiesta en la ciencia y tecnología, siendo la globalización la encargada de romper las fronteras sobre la meta a alcanzar en estas áreas. Se unen constantemente las fuerzas y conocimientos de los distintos países para lograr los mejores resultados posibles con el aporte de todos ellos. Esa cooperación es clave para las invenciones y desarrollos y sus progresos.

En el ámbito económico, existe una interdependencia entre los países debido a las transacciones internacionales en aumento constante, dadas las facilidades de comunicación entre extremos del mundo. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en la existencia de empresas multinacionales con sedes en diferentes países. Esto mismo se extiende al trabajo, permitiendo que una persona en Argentina, preste servicios para una empresa situada en Uruguay.

Son globales también los pensamientos, patrones o paradigmas que gobiernan la sociedad. Por ejemplo, la deconstrucción y el movimiento feminista se despliegan a lo largo el mundo compartiendo ideales de lucha.

Aparecen, en este escenario, nuevos actores que se constituyen como internacionales y llegan a cada uno de los lugares del mundo, como por ejemplo las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, entre otros. Es latente también la idea de una gobernanza global, entendida como aquella comunicación directa entre los gobiernos de los Estados para sincronizar sus políticas y estrategias, promoviendo la extra territorialización de las problemáticas locales de un país, para buscar soluciones coherentes y coordinadas, en armonía con las adoptadas por el resto de los países.

Otra expresa manifestación de la globalización se da en las políticas que adoptan los gobiernos de los distintos países, tanto en materia económica, como social, laboral, de seguridad, etc. Los Estados importan medidas tomadas por países extranjeros sin siquiera revisarlas, ni considerar las diferencias que separan a uno del otro. Sin ir más lejos, puede verse reflejado en aquellas adoptadas con la llegada del covid-19 a cada rincón del planeta.

1.1 Efectos de la globalización

1.1. a) Ventajas

Este gigante derribador de fronteras, tiene innumerables efectos positivos. Entre ellos, y solo por destacar algunos, pues excede el ámbito de este trabajo, puede mencionarse que ofrece oportunidades como la ampliación de los mercados de bienes o servicios (a los que cualquier persona puede acceder con solo presionar un botón), unificación de los mercados financieros, se favorece el intercambio cultural (cada país puede mostrar con facilidad su gastronomía, literatura, arte), se facilita de gran manera la comunicación a cualquier parte del mundo, el desarrollo de la ciencia y tecnología, la llegada de medicamentos a todos los sectores, etc.

1.1. b) Desventajas

Entre los efectos adversos, pueden citarse la pérdida de la localidad o de la identidad nacional, invadida por los métodos, formas, pensamientos, instrumentos y productos exportados de otros países, poniéndose el foco en las culturas ajenas y dejando olvidada la propia. Otra consecuencia desfavorable, y, la más nociva, es la ampliación de la brecha entre ricos y pobres. Esto es, los ricos son cada vez más ricos, y los pobres, cada vez más pobres y, por eso, excluidos. En cuanto al mercado de trabajo, se encuentra en constantes cambios y readaptaciones dado que, la revolución tecnológica y digital hace cada vez más innecesario el trabajo manual del ser humano, generando pérdida de empleo y obligando a los Estados a adoptar nuevas medidas encaminadas a generar empleos.

1.1.b.1) La desigualdad

“La mundialización dispar trae no sólo integración sino además fragmentación, dividiendo a las comunidades, las naciones y las regiones entre

los que están integrados y los que están excluidos”.⁴

La desigualdad es el vestigio más desfavorable que deja este fenómeno. Los beneficios de tener todo al alcance de la mano, no resulta tan maravilloso como aparenta (o se lo vende) pues, no llega a todos los sectores de la sociedad de la misma forma.

En otras palabras, la globalización ofrece oportunidades innumerables, pero se desarrollará mejor en aquellos países que estén más preparados para dejarla entrar. Es por eso que no será recibida por todos los sectores en igual medida.

Al decir de Aldo Ferrer, en el transcurso de los últimos doscientos años, las asimetrías crecientes en el desarrollo económico de los países resultan del ejercicio del poder por las potencias dominantes, pero, en última instancia, dependen de la aptitud de cada sociedad para participar en las transformaciones desencadenadas por el avance de la ciencia y sus aplicaciones tecnológicas.⁵

La sociedad actual no se divide ya en sectores de izquierda y de derecha, según la ideología; o en clases sociales, de acuerdo con el poder adquisitivo, como sucedía en la sociedad industrial. La división actual es en incluidos y excluidos, en base a la información y el conocimiento. La transformación tecnológica constante, trae consigo grandes oportunidades para el progreso humano, pero, al mismo tiempo, provoca altos niveles de pobreza y desocupación de aquellos que carecen de acceso a las mismas.

En este nuevo gran lugar en que nos hallamos todos juntos, los excluidos de siempre por construcciones sociales como la etnia, el género, la raza o la religión, continúan siéndolo. Sin embargo, se suman nuevas categorías de apartados a este proceso de exclusión social, constituidas por aquellos que quedan del otro lado de la mecha del progreso, los avances, la información y el conocimiento científicos y tecnológicos. Ello, seguido de la insuficiencia o falta de políticas sociales por parte de los Estados teniendo a reducirla, producen una polarización cada vez mayor en la distribución de la riqueza, una evolución diferencial de la desigualdad de la renta dentro de los países, y un incremento sustancial de excluidos en el mundo en general.

El Informe de Desarrollo Humano del PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) de 1999, señaló que “(...) pueden haber desaparecido las barreras geográficas para las comunicaciones, pero ha surgido una barrera nueva, una barrera invisible que se asemeja a una telaraña a escala mundial, que abraza a los conectados y excluye silenciosamente - casi imperceptiblemente - a los demás (...)”. Y nada más acertado para explicarlo ya que la era globalizada se divide entre aquellos que pertenecen a este mundo interconectado y los otros que, por motivos que exceden a ellos, quedan fuera.

Estas desigualdades no se manifiestan únicamente en los niveles de ingreso, sino que pueden vislumbrarse en la participación política (acceso a cargos

4 Informe sobre desarrollo humano, 1999. Publicado para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa, España (1999).

5 Ferrer, Aldo, op. Cit., p. 433.

públicos), en capacidad económica (posesión de tierras y capital, en general) y también en el ámbito social (educación, vivienda y empleo). La cohesión social comienza a ser solo una utopía.

Tal vez, si las enormes oportunidades que ofrece la globalización fueran puestas a disposición de todas las personas de este mundo, coadyuvaría a acabar con la pobreza. Sería importante también, que los instrumentos jurídicos ayuden a que la globalización no solo beneficie económicamente a unos pocos.

1.2. La globalización laboral. Desigualdades

Las nuevas tecnologías están transformando el mercado laboral: tanto el tipo de trabajos, como el modo de desarrollarlos.

Esta “revolución tecnológica”, se intensifica a gran intensidad. Y, está claro que produce efectos favorables. Pero, también resulta fácil vislumbrar las consecuencias desfavorables que genera para quienes no pueden acceder a los nuevos métodos. Por lo tanto, los beneficios serían aún más si se ofreciera oportunidad de acceso a todos.

Sin embargo, su avance es más veloz que la adaptabilidad de los trabajadores a las mismas, por lo que halla a muchos de ellos resistentes a los cambios, y sin las cualidades y conocimientos necesarios. Esta última circunstancia, es la que los va excluyendo del mercado de trabajo, debiendo las personas que deseen acceder encontrarse flexibles y, por lo menos, con la mente puesta en capacitarse y adecuarse.

Las nuevas comunicaciones, permiten la creación de un mercado de trabajo global, en el que las empresas multinacionales tienen acceso a personas de todo el mundo. Esa situación significa que, alguien que desee acceder a un puesto de trabajo, debe competir con personas de todo el mundo y no ya únicamente con las de su mismo país.

Este proceso de contracción espacio temporal, obliga a los países a reestructurar su economía de manera constante, lo que significa numerosos índices de pérdida de empleo y el deterioro de las condiciones de trabajo. Esto porque, la presión de la competencia a nivel mundial ha llevado a las empresas a adoptar políticas de flexibilización laboral para reducir costos. Eso les permite dar respuesta a los nuevos avances de la tecnología, pero, desde otro costado, dejan a los trabajadores totalmente desprotegidos.

Las medidas de flexibilización se manifiestan en, por ejemplo, la instalación de sus bases en países donde se otorgan beneficios impositivos y los salarios son bajos; en contrataciones por tiempo parcial (y descartando las contrataciones a tiempo completo); la tercerización de servicios para no establecer relación de dependencia con los trabajadores; la realización de acuerdos entre empleadores y trabajadores sin que exista un real compromiso a largo plazo por parte del empleador; la fusión o absorción de empresas que obligan su reestructuración, lo que produce como consecuencia inevitable la reducción de personal y, luego, el desempleo; entre otras.

En términos del IDH de 2015, una de las principales consecuencias de la globalización desde la perspectiva del trabajo es la externalización de los procesos, que ha descentralizado los servicios empresariales para sacarlos de las sedes. Es decir que las empresas trasladan algunas funciones a países con salarios más bajos o subcontratan algunas actividades no esenciales a empresas situadas en países donde los costos son inferiores.⁶

Si bien estos nuevos modos de desempeño de las compañías generan beneficios para los empleadores, que con menores costos logran satisfacer las necesidades del mercado y de los consumidores, se desprotege a quienes prestan los servicios, es decir a los trabajadores. Con la tercerización o externalización, se eximen los empleadores de pagar los beneficios de la seguridad social, por ejemplo, porque los trabajadores se registran como independientes o responden por ello otras empresas (respectivamente), generándoles grandes inseguridades e inestabilidad.

Todo ello sin perjuicio de que el acceso a la revolución digital no es homogéneo entre las regiones, los géneros, los grupos de edad y las zonas urbanas y rurales.⁷

Los nuevos tiempos hacen necesarios trabajadores que se adapten con facilidad a los constantes cambios, y serán los más idóneos aquellos que posean el conocimiento tecnológico e informático de la época, o, al menos, demuestren interés en adoptarlo. Sin embargo, muchos de los trabajadores carecen de los elementos básicos para dotarse de esas aptitudes. Factores como el analfabetismo, la precaria educación, el género (condición de mujer), raza, etnia, religión, discapacidad, orientación sexual, autoestima (que impide que la persona desarrolle todo su potencial), falta de estimulación, por solo nombrar algunos, hacen que muchas personas queden fuera del mercado de trabajo por carecer de las capacidades que éste requiere.

Sumado a ello, debe tenerse presente que, estas formas de trabajo se tratan de un área en la que, aun, no han aterrizado del todo las regulaciones legales. En ese orden de ideas, los cambios del mercado global de trabajo hacen dificultosa la garantía de protección social a la que aspira la OIT.⁸

Coincido con el informe del Programa Multimedia Institucional EXPLORA⁹ “Construir futuro con el trabajo decente”, el cual hace referencia a que nos hallamos frente a un mundo en transformación, donde se ha producido un debilitamiento del Estado de bienestar y, a la vez, un fortalecimiento de los mercados en su

6 Informe sobre desarrollo humano, “*Trabajo al servicio del desarrollo humano*”, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), (2015), p. 84, en http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf

7 Informe sobre desarrollo humano, “*Trabajo al servicio del desarrollo humano*”, op. Cit., p. 7.

8 Romero, Andrea Carolina, “*El impacto de los cambios demográficos en el mercado mundial de trabajo*”, Revista de Derecho Laboral Actualidad (2016), Tomo II.

9 El Programa Multimedia Institucional EXPLORA es una propuesta de formación docente en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACION en conjunto con el MINISTERIO DE EDUCACION, centrada en la actualización disciplinar, cuyos destinatarios son equipos de escuelas de nivel secundario. Su objetivo es promover en las aulas un ámbito de reflexión que permita a los y las jóvenes dimensionar sus proyectos personales y laborales inscriptos en un contexto histórico que supone importantes desafíos.

rol de ámbito regulador de las relaciones sociales. Por otro lado, los cambios tecnológicos se han acelerado colaborando así para que el trabajo y el empleo sean hoy bienes muy escasos. En la mayoría de los países de la región, los gobiernos han intentado paliar los efectos de la reestructuración productiva con políticas compensatorias, como, por ejemplo, los subsidios canalizados por medio de diversos planes sociales en nuestro país. Entre los cambios sociales derivados de esta situación, se han vivido, y siguen viviéndose, grandes procesos de exclusión social y de precarización de las relaciones laborales, con un crecimiento significativo del desempleo y un desmantelamiento de los sistemas de protección social. La globalización y la “profecía del fin del trabajo” han desarticulado la idea de una sociedad salarial, en la cual precisamente el trabajo asalariado tiene un carácter central en las relaciones comunitarias. (ver artículo completo en http://www.trabajo.gov.ar/downloads/domestico/Serie_Explora_2012_LIBRO.pdf).

Las nuevas condiciones aportadas por la globalización han generado otros escenarios: trabajadores empobrecidos que se localizan en la economía informal; presencia masiva de la mujer en los mercados de trabajo que ha generado problemas de segregación laboral y desigualdades en materia de ingresos y condiciones de trabajo, dado que ocupan gran parte en la economía informal¹⁰. A ello se suma la explotación infantil, en aquellos casos en que los niños se ven obligados a trabajar para contribuir con los ingresos de su familia

La flexibilización laboral provoca desocupación y pobreza. El proceso de exclusión social que ello genera y la insuficiencia o falta de políticas sociales adecuadas ha conducido a la inserción laboral de los excluidos, dentro de una economía criminal. En otras palabras, en la era de la globalización de las informaciones, gran parte de la población socialmente excluida data de personas que incursionan en actividades delictivas ya que les proporcionan enormes ganancias (narcotráfico, tráfico de armas, de órganos humanos, de tecnología, de inmigrantes ilegales, asesinos a sueldo, contrabando, el lavado de dinero, etc.). Esto es lo que Castell llama “integración perversa”.¹¹

2. Trabajo decente

2.1 Concepto

El trabajo decente significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. (Ver más en <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>).

Se trata de un concepto muy amplio y abarcativo que, lejos de encontrarse

10 Díaz Aloy, Viridiana, “El surgimiento del concepto de trabajo decente en la organización internacional del trabajo”, Revista de Derecho Laboral Actualidad (2008), Tomo II.

11 Castells, M. “La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura, Alianza” -Editorial Madrid, citado por Donini Antonio O., en “Globalización y Políticas Sociales en el Mercosur II” – CIAS- Año XLIX- N 490 – p. 35-41.

agotado, se halla en construcción permanente. Se presentan dificultades para concretar su contenido y alcance. De hecho, algunos autores realizan extensos análisis de lenguaje para intentar delimitarlo y desentrañar el sentido de cada una de las palabras que lo componen. Sin embargo, realizar dicho análisis excedería el objeto de este trabajo.

Trabajo decente, entonces, implica acceder al empleo en condiciones de libertad y de reconocimiento de los derechos básicos del trabajo. Estos derechos garantizan que no haya discriminación ni hostigamiento, que se reciba un ingreso que permita satisfacer las necesidades básicas y responsabilidades tanto económicas, como sociales y familiares, a la vez que se logre un nivel de protección social para el trabajador, la trabajadora y los miembros de su familia. Estos derechos también incluyen el derecho de libertad de expresión y de participación laboral, directa o indirectamente a través de organizaciones representativas elegidas por los trabajadores y trabajadoras.

Se trata, en definitiva, de dirigirse hacia las cuatro metas estratégicas instadas por la Organización Internacional del Trabajo: la promoción de los derechos humanos laborales; creación de empleo; la protección social; y el diálogo social.¹²

En realidad, el concepto que se presentó a fines de la década de los noventa como un hallazgo y a la vez un camino para revertir los impactos negativos de la globalización no era ni más ni menos que la revitalización, en un nuevo marco, de derechos ya reconocidos como fundacionales de la OIT. Derechos que también figuran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948, que en su artículo 23 especifica que: 1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a protección contra el desempleo. 2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo. 3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.¹³

Puede concluirse, entonces, que, en la idea del “trabajo decente” tal como lo propuso la OIT, se encuentran implícitas las medidas que deben tomar los poderes de cada país (es decir, el poder político y las corporaciones) a fines de asegurar que cada persona que habita este planeta pueda acceder a un trabajo que haga a su dignidad como tal, alcanzando plenitud y satisfacción. Teniendo en cuenta que no puede definirse con certeza cuáles serían, específicamente, esas directrices, sería razonable mencionarlas de manera genérica, a saber: adoptar políticas tendientes a reducir el trabajo esclavo, infantil, informal, asegurar condiciones de seguridad y protección para los trabajadores y sus familias, proporcionar salarios que propicien la satisfacción de las necesidades

12 Seco, Ricardo Francisco, “La promoción del trabajo registrado, el derecho al trabajo y el empleo decente”, Revista de Derecho Laboral, tomo II: *trabajo no registrado*, (2014).

13 Explora, “Construir futuro con trabajo decente”, (2012), p. 5. Ver artículo en http://www.trabajo.gob.ar/downloads/domestico/Serie_Explora_2012_LIBRO.pdf

básicas (por lo menos), incentivar la asociación gremial y el diálogo entre todos los sectores (que hacen al el derecho de expresión y de participación), reducción del maltrato físico y psíquico (violencia laboral en cualquiera de sus variantes), asegurar la igualdad de oportunidades, sin discriminación ni distinciones que respondan a criterios arbitrarios (como género, raza, religión, opinión política), y, en general, evitar cualquier práctica que suprima o disminuya la dignidad de la persona humana y que, al mismo tiempo, aseguren el reconocimiento de los derechos humanos básicos, y laborales en especial. Apunta a generar empleo en cantidad, pero, sobre todo, de calidad.

2.2 Recepción

El concepto de trabajo decente aparece formalmente formulado por primera vez en la Memoria del Director General Juan Somavía presentada a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1999.

Además, la Constitución nacional argentina, en sus artículos 14, 14 bis y 16, establece y ampara los mismos derechos enumerados en el penúltimo párrafo del punto anterior (art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948).

A su turno, la ley 25.877¹⁴ dispone en su artículo 7: “El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social promoverá la inclusión del concepto de trabajo decente en las políticas públicas nacionales, provinciales y municipales. A tal fin, ejecutará y promoverá la implementación, articulada con otros organismos nacionales, provinciales y municipales, de acciones dirigidas a sostener y fomentar el empleo, reinsertar laboralmente a los trabajadores desocupados y capacitar y formar profesionalmente a los trabajadores”.

En cuanto al texto referido, Tosto hablaba de promover la concreción de acciones positivas tendientes a infiltrar en la legislación el núcleo de este concepto. Y agregaba que el concepto de trabajo decente, comprende, como mínimo, condiciones de realización, contenidos de despliegue y una esfera de cumplimiento. Las tres deben estar presentes conjuntamente en la prestación del trabajo, para que pueda predicarse como suficiente la calificación de decente. Las condiciones de realización se presentan cuando el trabajo es prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

El contenido del trabajo dado debe ser libre, productivo y seguro, y la esfera de cumplimiento la enmarca el respeto de derechos laborales, ingresos adecuados, protección, diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.¹⁵

Sin embargo, no existe un convenio específico sobre el trabajo decente. Su tratamiento jurídico es escaso, y contiene más una carga política y subjetiva. Sólo existe una declaración de la Conferencia de la

14 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm>

15 Tosto, Gabriel, “Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el Derecho Colectivo de Trabajo”, Nuevo Enfoque Jurídico, (2007), p. 521 citado en Piña, María del Carmen, “Derechos Humanos, Trabajo Decente y Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Laboral 2009-1

OIT de 1998 que se refiere al concepto. En ese caso, el director de la OIT, adujo que la política de trabajo decente desde una perspectiva normativa trata de reunir todas las condiciones previas para garantizar el cumplimiento efectivo de las reglas del trabajo. Afirma, que la propia noción de decencia aporta elementos de solución, ya que evoca la concertación e invita a buscar el apoyo de los interlocutores sociales en la concepción, redacción y puesta en práctica de las leyes relativas al trabajo, llevando implícita la virtud de la solidaridad en el trabajo que tienen las personas, en lugar de procurar dominarse los unos a los otros.¹⁶

Como puede verse, no existe regulación expresa que defina el concepto y explicita las pautas para su concreción en la realidad. Sino que, pese a ser receptado incluso por nuestra legislación, y dado su contenido político y subjetivo, solo se impone el desarrollo de medidas de acción tendientes a darle cumplimiento, sin contemplar cómo eso se llevaría a cabo. Por lo tanto, será cada país, y dentro de él, cada autoridad (de gobierno o de corporaciones) las que dotarán de sentido al trabajo decente, y su cumplimiento deberá ser evaluado teniendo en cuenta cada caso particular, procurando satisfacer las exigencias mínima que se mencionaron con anterioridad.

3. El trabajo decente como medio para neutralizar las desigualdades

El trabajo decente se plantea como alternativa a la ofensiva mundialización y a la recesión que ha provocado a nivel global, lo que profundizó el desempleo y la pobreza ya existentes a gran escala. Asimismo, busca evidenciar lo que ha de ser un trabajo digno, con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales. Situar al trabajo decente en el núcleo de las decisiones de los Estados, puede garantizar una estabilidad económica mundial, con una globalización justa y sostenida¹⁷.

Como vimos, los Estados deben adoptar medidas tendientes a cumplir con los mandatos impuestos por el trabajo decente.

Se mencionaron más arriba las cuatro metas estratégicas propuestas por la OIT. En este acápite desarrollaremos cada una de ellas, encaminadas a reducir las desigualdades.

1) Promoción de los derechos humanos laborales. La Declaración de los Derechos Humanos, a lo largo de su articulado, deja plasmada la obligación de los Estados parte de asegurar la no discriminación por motivos de pensamiento, raza, sexo, religión, género y de eliminar la esclavitud. Específicamente en los arts. 23 a 25, se regulan los derechos relativos al trabajo, asegurando un nivel mínimo de vida y bienestar para el trabajador y su familia, los derechos de libre asociación, la protección de la seguridad social, la jornada de trabajo limitada, las vacaciones pagas, entre otros que hacen a la dignidad de la persona humana como tal.

Por su parte, la Declaración de los Derechos Fundamentales de la OIT

16 Memoria 87' del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, (1999), p. 4

17 Merino Segovia, Amparo, "trabajo decente", publicado en Observatorio de las Multinationales en América Latina (OMAL), <http://omal.info/spip.php?article4840>

(1998) compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en: la libertad de asociación y sindical junto con el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Considera que los Derechos y principios declarados son universales, y por tanto aplicables a todas las personas. Asegura el compromiso de los Estados a través de un seguimiento, debiendo aquellos países que no han ratificado uno o más convenios, presentar una memoria anual que describa el avance de los principios y los motivos que impiden su ratificación. Reconoce también que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, por lo que impulsa la realización de medidas concretas y de distintos tipos que aseguren el respeto, promoción y realización efectiva de los principios como garantía para las personas.

Ahora bien, como se manifestó más arriba, estas medidas en concreto pueden traducirse en, más bien, eliminar las prácticas que alejan a los trabajadores de los derechos y protecciones que hacen a un trabajo digno. Así, puede partirse por adoptar planes de acción tendientes a, por ejemplo, disminuir, prevenir y eliminar el trabajo forzoso. Este, como lo define el informe de EXPLORA¹⁸, ocurre cuando el Estado, empresas o particulares exigen a una persona la realización de un trabajo bajo amenazas o sometimiento, mediante el ejercicio de violencia física, limitación de movimientos o encierro, y sin límites de tiempo.

Otra de las acciones debe dirigirse hacia la abolición del trabajo infantil, que implica garantizar que cada niña o niño tenga la oportunidad de desarrollar plenamente su potencial físico y mental, incentivando y no interfiriendo en su escolaridad, su tiempo de recreación y descanso, protegiendo su salud física y mental y no realizando esfuerzos exacerbados.

En cuanto a la discriminación laboral, comprende tanto a los trabajadores en relación de dependencia como a los cuentapropistas y también a los que están en vísperas de acceder a un empleo. La discriminación, por lo general, tiene como base estereotipos y construcciones culturales cuyos patrones imperaron por mucho tiempo. Sin embargo, las medidas deben ir destinadas a igualar el monto de los salarios, las oportunidades de acceso y ascenso en los puestos de trabajo, permanencia, estabilidad y condiciones dignas de labor para aquellos colectivos que la sufren en virtud de factores como la raza, etnia, religión, edad, y, sobre todo género. A esas formas de discriminación se suma hoy otra que, tal como dijo el Dr. Humberto Villasmil¹⁹ en el seminario digital “Derechos Humanos Laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria”, existe hoy una nueva categoría de desigualdades en el mundo actual, y que es consecuencia de la globalización: la falta de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación que dejan a gran parte de las personas al margen del mundo laboral.

18 Explora, 2012, óp. cit.

19 Abogado. Estudios de especialización en la Universidad Autónoma de México (1981-1982) y de doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid (1990-1993). Profesor de pre y postgrado, en excedencia, en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela (UCAB), y de postgrado en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Ex jefe del Departamento de Derecho Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela. Especialista en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones Laborales- OIT- Conosur.

2) Creación de empleo. Se torna necesaria la creación de mayores oportunidades de empleo para todas las personas. El establecimiento de puestos de trabajo que aseguren equidad en su acceso y en los ingresos, abre las puertas a que cada persona desarrolle su potencial, sintiéndose en plenitud, pudiendo satisfacer sus necesidades materiales y espirituales y mejorando, como consecuencia, su calidad de vida.

El acceso a un empleo productivo y de calidad (con las características enunciadas supra), asegura una vida digna.

Sin embargo, debe recordarse que, en eras de globalización informática, la “creación de empleo” no se agota con la instalación de empresas o incentivos para su asentamiento en nuestro país. Como se sabe, la revolución tecnológica, y particularmente la revolución digital, han generado nuevas formas de trabajo al punto tal que esos nuevos modos de trabajar están convirtiéndose en la regla, siendo la localización casi un elemento o condición inexistente en este tipo de empleos que se desarrollan en el marco de las cadenas de suministro globales, cuya organización es fragmentada e internacionalmente dispersa.²⁰ Por eso, debe asegurarse que, los empleos que se generen, satisfagan los requisitos que impone el mercado laboral actual, y deberán ir de la mano de capacitaciones y actitudes flexibles de los trabajadores hacia las nuevas tecnologías.

Cabe agregar, que estos nuevos puestos de trabajo creados, no solo importan en su cantidad, sino, y principalmente, en su calidad. Esto significa que deben cumplir con los requisitos de ofrecer condiciones dignas de trabajo, un fuerte sistema de protección y de seguridad social, remuneración equitativa, aseguramiento y respeto de los derechos del trabajador, sobre todo en materia de libertad de expresión, asociación y participación, estabilidad en el empleo, y el fomento del dialogo, entre otros que dignifiquen su vida.

Deberán tratarse de reales oportunidades de acceso a una vida digna, pues, de lo contrario, seguirán excluidos.

3) Mecanismos de protección social. El sistema de protección debe ir encaminado a garantizar, en primer lugar, condiciones de trabajo que no afecten la salud del trabajador. Y, en segundo lugar, que todas las personas gocen de los derechos provenientes de la seguridad social y económica. Es decir, debe procurarse la existencia de seguros de desempleo, de asistencia para enfermedades, vejez, invalidez, muerte, salud en general, embarazos y otras contingencias que puedan presentarse.

Estos mecanismos, con el objetivo de la protección social contra los riesgos e incertidumbres que aquejan a las personas, garantizan un trabajo con condiciones de seguridad e inclusión social, que a su vez genera condiciones sociales de equidad y sentimiento de respeto a la dignidad²¹.

4) Promoción del dialogo social. El dialogo social materializa la voz de los trabajadores. A través del mismo, se pone en práctica la negociación entre los diferentes sujetos del escenario, constituyendo el medio para plantear problemas y buscar soluciones, a la vez que abre la posibilidad de participación, asociación gremial y defensa de los derechos y garantías. Pero, a mi criterio lo más

20 Romero, Andrea Carolina, op. Cit.

21 Díaz Aloy, Viridiana, “El surgimiento del concepto de trabajo decente en la organización internacional del trabajo”, óp. cit.

importante, visibiliza a aquellos que tienen su voz acallada. Es decir, se trata de la medida en la que debe hacerse más énfasis para que, quienes son excluidos del sistema, puedan expresar sus necesidades, hacer valer sus derechos, y tener una efectiva igualdad de acceso y oportunidades laborales. Cabe añadir que a través del diálogo, la coordinación y concertación social pueden estructurarse las pautas sobre la calidad y cantidad de empleo.

Al decir de Viridiana Diaz Aloy, es un medio, en cuanto herramienta para alcanzar acuerdos que proporcionen soluciones lo más ajustadas posibles a los problemas concretos; y al mismo tiempo un fin, ya que con el ejercicio de capacidades de diálogo, tolerancia y respeto al otro, va generando mayor cohesión en el entramado social, creando lazos sociales, reforzando la productividad y eficacia al construir ámbitos con un manejo más idóneo de los conflictos.²²

3.1 Medidas en concreto

En el presente título, se desarrollarán algunas, teniendo como eje que, su implementación, deber orientarse a reducir las desigualdades generadas por la globalización de la nueva era.

Puede hablarse, en primer lugar, de aquellas medidas de inspección del trabajo, que comprende los mecanismos de control y las instituciones que los llevan adelante, garantizando el cumplimiento de la legislación laboral. Solo a través de ellos podrá lograrse el anhelo del trabajo decente en el que se sintetizan las aspiraciones que todos tenemos (oportunidades e ingresos, derechos, participación y reconocimiento, estabilidad familiar y desarrollo personal, justicia e igualdad de género), y en el que se reflejan las preocupaciones de los gobiernos, trabajadores y empleadores. Los inspectores examinan cómo se aplican las normas en un determinado lugar de trabajo, y realizan recomendaciones a los empleadores y trabajadores para poder mejorar lo relativo al tiempo de trabajo, salario, condiciones, salud y seguridad; identifican abusos, lagunas y deficiencias y garantizan que la normativa se aplique de manera igualitaria y uniforme a todos los trabajadores. La OIT cuenta con dos convenios, sobre la Inspección del Trabajo: convenio 81 de 1947 (aplicable a la industria y al comercio) y el convenio 129 de 1969 (relativo a la agricultura). Argentina los ha ratificado, en 1955 y 1985, respectivamente.²³

En segundo lugar, puede mencionarse el diálogo. Para que la globalización beneficie a más personas, debe poder vérsela desde los ojos de la gente que la transita con sus afecciones, esperanzas, sueños y frustraciones. Deben poder escucharse y dar importancia a las opiniones y percepciones de las mismas. Esto resulta fundamental a la hora de diagramar las políticas a llevar a cabo por los Estados, y sobre todo para abandonar la arraigada costumbre de importar acciones, instituciones y reglamentaciones foráneas sin, siquiera, escuchar y atender a todos los que habitan un país en especial.

22 Díaz Aloy, Viridiana, óp. cit.

23 Fade, Diego R., “*La inspección del trabajo en el marco de lo dispuesto por la OIT*”, Jurisprudencia Argentina, cita online 0003/401870

Consiste en poder escucharlos para atender, respetar y dar importancia a sus inquietudes, derechos, necesidades, de manera tal que puedan lograr autonomía, independencia, igualdad de oportunidades, acceso y capacitación en el ámbito del trabajo, lo que genera realización personal, contribuyendo a la dignidad que merecen como personas.

El dialogo es la manera de alentar la participación de los trabajadores en sus respectivos lugares de empleo, como también en los diferentes organismos que se formen integrados por la diversidad de sujetos que constituyen este escenario (Estado, empleadores, organizaciones y asociaciones nacionales e internacionales). La intervención de ellos es elemental para visibilizar las lagunas y deficiencias en los sistemas de protección legal y también en lo referido a las condiciones laborales. Deben tener un papel activo, incluyéndoselos en la búsqueda de soluciones que satisfagan mejor sus necesidades.

Para ello, debe incentivarse la creación de organizaciones que representen los intereses públicos, a los pobres y otros grupos desfavorecidos, para garantizar su participación. Estos organismos debieran estar integrados por representantes del Estado, de los empleadores, de los trabajadores y de las asociaciones que luchan por los derechos de estos últimos, en las que el objetivo sea el planteo de inconvenientes y búsqueda de soluciones que propicien igualdad de acceso y oportunidades de trabajo. Estas, deben estar en contacto permanente (y trabajar en conjunto) con las organizaciones internacionales de la materia, para que cada problemática sea global, y el mismo carácter tengan las soluciones. De este modo, el compromiso por asegurar un trabajo decente a las personas, es asumido de manera internacional, integrando el elenco de temáticas a las que se avoca la OIT.

Ello nos lleva a otra de las acciones, que es lograr que el trabajo decente sea un objetivo global. El trabajo es un elemento central en la vida de las personas. No importa donde vivan o lo que hagan, las mujeres y los hombres consideran los puestos de trabajo como la prueba del éxito o el fracaso de la globalización. El trabajo es la fuente de dignidad, estabilidad, paz y credibilidad de los gobiernos y del sistema económico. Dado que la creación de empleo va a la par con el desarrollo empresarial, sustenta las iniciativas privadas y la inversión. Es vital reducir los déficits de trabajo decente para reducir las tensiones que provocan tantas amenazas para la seguridad, así como para hacer frente a desafíos sociales tales como la migración, el desempleo, etc.²⁴

Otra práctica, consiste en la coherencia y coordinación de las acciones económicas y sociales globales. Para ser gráficos, la decisión de otorgar beneficios impositivos a determinado sector empresarial, por ejemplo, debiera ir seguida por la idea de que, la instalación de una nueva industria multinacional, genera gran cantidad de puestos de trabajo para personas de nuestro país, asegurando la igualdad de oportunidades para su acceso. Es decir, que las medidas tendientes a la apertura del mercado, tengan la misma prioridad que aquellas destinadas al pleno empleo y la protección social. Ello, resulta necesario para que los efectos

24 Informe del Director General de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, "Por una globalización justa, el papel de la OIT", Conferencia Internacional del Trabajo, 92º reunión, Ginebra, Suiza (2004)

de la globalización, sean benéficos para todos, y no solo para unos cuantos, y que el crecimiento de los países no solo sea económico sino a nivel de trabajo decente, de manera equilibrada.

Para lograr esos últimos objetivos (crecimiento económico y trabajo decente), debe existir un escenario propicio para el desarrollo de las empresas, lo que contribuye al funcionamiento adecuado de los mercados de trabajo y a la reestructuración de aquellas.

La reestructuración consiste en adaptarse a los nuevos tiempos mediante las innovaciones tecnológicas y la información, propiciando el dialogo y sistemas de protección social.

Aquí el Estado cumple un rol fundamental ya que deben encontrarse en equilibrio la flexibilización de las condiciones de trabajo que implica la reestructuración de las empresas, con la seguridad y estabilidad de los trabajadores en el marco de adaptación de las entidades a los nuevos tiempos y ámbitos globales. El rol del Estado consiste en facilitar el acceso a la tecnología, y a la creación de nuevas empresas que impliquen nuevos puestos de trabajo, acompañado todo ello de la implementación de normativa que proteja a los trabajadores y asegure la igualdad de acceso para todos ellos, eliminando la discriminación, y, sobre todo, asegurar la inserción laboral de aquellos que resultan excluidos por las condiciones mencionadas supra.

En este sentido, es óptima la realización de reuniones periódicas entre los dirigentes responsables de la materia económica y aquellos que tienen a su cargo la elaboración de políticas laborales y de sociedad, para asegurar la coherencia. Sería también oportuno incluir en ellas a representantes de trabajadores y empleadores, brindando sus perspectivas y expectativas, para que las medidas que se adopten, sean basadas en las necesidades reales de las personas²⁵.

Puede hablarse también de aquellas medidas específicas a tomar por el Estado en materia laboral. En primer lugar, debe educarse en trabajo decente, introduciendo en los diferentes niveles educativos las asignaturas que acerquen a las personas la idea de que las posibilidades son iguales para todos, y se les permita soñar y tener expectativas; a la vez que se realicen prácticas de inserción en el mercado de trabajo, demostrando a las personas los innumerables trabajos existentes. En segundo lugar, hacer hincapié en la debida formación práctica, técnica, teórica y profesional, contando con la capacitación que las personas requieren para acceder a los puestos, mayormente lo referido al uso de las TIC. Deben formarse seres flexibles con aptitudes para adaptarse a los cambios constantes que presenta el mundo globalizado, y así ser idóneos para distintos empleos y áreas.

La formación y capacitación deben quedar exentas de cualquier tipo de discriminación cuando de oportunidades se trata y, por el contrario, la máxima de la igualdad debe estar presente en todo momento.

Asimismo, debe contarse con una normativa fuerte en sistemas de seguridad social y protección de la persona trabajadora, que resista a los constantes

25 *“Por una globalización justa: crear oportunidades para todos”*, Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización.

cambios estructurales que deben sufrir las empresas en el contexto actual.

La dimensión social de la globalización debe ser estructurada de manera tal que esté basada en valores universales y en el respeto a los derechos humanos de las personas, que hacen a su dignidad como tal. La estrategia social de los Estados debe estar encaminada a luchar contra la exclusión, propiciando la igualdad y la integración. De esa manera la globalización será justa, en el sentido de que las oportunidades serán tangibles para todos.

La integración y coordinación entre los Estados para la gobernanza global, armonizando las estrategias de los distintos países. De esta manera, las problemáticas de éstos se trasladan al mundo, y se plantean soluciones uniformes para propender a su desarrollo y crecimiento. Es la única forma posible para lograr paliar las desigualdades entre los diversos Estados, aliviando tensiones, facilitando el acceso a los mercados de los países en desarrollo. Luego, la apertura de los mercados generará nuevos puestos de trabajo a los que podrán acceder personas de cualquier parte del mundo.

Conclusión

Puede concluirse que, del proceso de globalización pueden resultar grandes beneficios a raíz de la creciente interconexión entre las personas, y la interdependencia que, entre ellas, las instituciones y los gobiernos se genera, a la vez que los valores de las sociedades se comparten a nivel universal. De ello deriva la idea de que todos pertenecemos a una misma comunidad, eliminando las barreras históricamente creadas por factores como la etnia, la cultura, los ingresos, la raza, la religión, el género, o incluso la misma ubicación geográfica.

Sin embargo, deben aprovecharse las posibilidades que este proceso otorga para organizar una gobernanza global, que permita sacarle el provecho a los efectos benéficos de la globalización, que sea abierta y coordine las decisiones y políticas estratégicas de todos los Estados como si se tratara de un único espacio. Para ello, pueden alentarse los mecanismos de integración entre los diferentes países, para adoptar análogas medidas en todos los ámbitos. De esta manera, podrá beneficiarse a todos y cada uno de los habitantes de este mundo, ya que se avizora un horizonte en donde las oportunidades llegan a cada rincón de las comunidades, evitando así que los maravillosos efectos del fenómeno sean, tan solo, utópicos.

Los diferentes Estados actuando conjuntamente, tienen una enorme fuerza productiva. No obstante, debe ser administrada con diligencia y responsabilidad para dar lugar a gran cantidad de puestos de trabajo, que lograrán la apertura del mercado laboral, con condiciones dignas de labor, capaces de llegar a todos.

Solo de esa manera, podrá lograrse un equilibrio que logre zanjar, en cierta medida, las desigualdades, la pobreza, y la discriminación.

De otro costado, son innumerables también las diferencias y desigualdades que aún existen. Y son una realidad, que se observa todos los días. Esta mundialización de la vida en general, deja entrever la apertura de las brechas que ya existían entre los que más y menos tienen. Con los avances tecnológicos y científicos, y la existencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), las diferencias se profundizan, agregándose una

nueva categoría de desigualdades, y, por tanto, discriminación, para aquellos que ven impedido o, al menos, limitado su acceso a dichas tecnologías, pues sus contextos no son iguales.

Así es como puede verse que, los méritos o virtudes de la globalización pueden desdibujarse hasta el punto de ser contraproducente si no va seguida de políticas estratégicas que permitan repartir sus efectos benéficos en toda la población que habita cada uno de los países.

Los Estados debieran tomar, por lo menos, todas las medidas que mencione más arriba, y puede comenzarse por reducir la brecha informática, asegurando el acceso al internet y las tecnologías.

Sin embargo, considero que, aunque muchas de las medidas son un ítem en las agendas de los gobiernos, solo quedan en palabras. A mi parecer, las personas excluidas del mundo globalizado continúan en ese lugar desventajado porque le resultan útil al sistema y a los gobiernos, convirtiéndose en propuestas electorales destinadas a conseguir un par de votos más en los comicios.

No obstante ello, y respondiendo al interrogante inicial de este trabajo, creo que el trabajo decente es el mecanismo para acortar las distancias entre los que son parte del sistema globalizado, y los que quedan fuera de él. Me permito decirlo, y con convicción, porque, si se pusiera el mismo empeño a las políticas sociales que a las económicas, las oportunidades laborales en condiciones dignas llegarían a todas las personas.

Es erróneo creer que el éxito o fracaso de un gobierno se mide únicamente por el crecimiento (o estancamiento) a nivel económico. Todas y cada una de las acciones emprendidas por los dirigentes respecto de la economía y el ámbito financiero, deben ir seguidas, y en el mismo nivel de importancia, por planes en materia laboral. Me refiero al trabajo que aporta dignidad a las personas humanas, con un sistema de protección fuerte ante las contingencias, con condiciones de labor humanizantes, con salarios suficientes para conquistar las necesidades básicas y de confort de las personas, con sistemas de participación que permitan visibilizar las necesidades y requerimientos de los trabajadores. Esto implica, por otro lado, la disminución del trabajo informal y la discriminación, sobre todo por cosas que las personas no eligen, como la raza, el género, y la condición económica.

Únicamente de esa manera, puede realizarse un corte en aquella cadena que lleva a las personas a repetir la historia de quienes lo preceden, sin elegirlo, por supuesto. Es decir, es un hecho, y una realidad, que no todos crecemos en contextos similares. Por tanto, aquellos que se desarrollan en ámbitos excluidos, por alguno de los factores mencionados, aprenden del ejemplo de sus antecesores, pues es la única realidad que sus ojos ven. Y, por el contrario, ven lejana la posibilidad de encontrarse del otro costado de la mecha.

Con la existencia de un Estado presente, puede hacerse una incisión en esa sucesión de contextos, dignificando la vida de las personas y de quienes, a su vez, los sucedan, haciéndolos parte del fenómeno globalizado que tantos beneficios trae, y que tan beneficioso puede ser, si tan solo todos tienen acceso a un trabajo decente.

Bibliografía

Carrascosa González, Javier, “Globalización y Derecho Internacional Privado”, Liberlibro.com, (2002), citado en Dreyzin de Klor, Adriana, El derecho internacional privado actual, Tomo I, primera edición, Zavalía, (2015).

Castells, M. “La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura, Alianza” -Editorial Madrid, citado por Donini Antonio O., en “Globalización y Políticas Sociales en el Mercosur II” – CIAS- Año XLIX- N 490

Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, “Por una globalización justa: crear oportunidades para todos”, Ginebra, Suiza (2004).

Díaz Aloy, Viridiana, “El surgimiento del concepto de trabajo decente en la organización internacional del trabajo”, Revista de Derecho Laboral Actualidad (2008), Tomo II.

Explora, 2012, “Construir futuro con trabajo decente”. Ver artículo en http://www.trabajo.gov.ar/downloads/domestico/Serie_Explora_2012_LIBRO.pdf

Fade, Diego R., “La inspección del trabajo en el marco de lo dispuesto por la OIT”, Jurisprudencia Argentina, cita online 0003/401870

Ferrer, Aldo, “Globalización, desarrollo y densidad nacional”, citado en Vidal, Gregorio; Guillén R., Arturo, “Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización, Homenaje a Celso Furtado”, (2007). Ver artículo completo en http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/vidal_guillen/25Ferrer.pdf

Infoleg, información legislativa y documental. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm>

Informe del Director General de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, “Por una globalización justa, el papel de la OIT”, Conferencia Internacional del Trabajo, 92º reunión, Ginebra, Suiza (2004).

Memoria 87’ del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, (1999), <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

[Merino Segovia, Amparo](#), “trabajo decente”, publicado en Observatorio de las Multinationales en América Latina (OMAL), <http://omal.info/spip.php?article4840>

Organización Internacional del Trabajo, <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), Informe sobre desarrollo humano, “Trabajo al servicio del desarrollo humano” (2015), en http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), Informe sobre desarrollo humano, 1999, Ediciones Mundi-Prensa, España (1999). http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1999_es_completo_nostats.pdf

Romero, Andrea Carolina, “El impacto de los cambios demográficos en

el mercado mundial de trabajo”, Revista de Derecho Laboral Actualidad (2016), Tomo II.

Seco, Ricardo Francisco, “La promoción del trabajo registrado, el derecho al trabajo y el empleo decente”, Revista de Derecho Laboral, tomo II: trabajo no registrado, (2014).

Sousa Santos, Boaventura, “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, “El calidoscopio de las justicias en Colombia”, Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Vol. I, citado en Manzo, Alejandro, “Reforma judicial en américa latina. Globalización y desigualdad social: Acceso a la Justicia”.

Tosto, Gabriel, “Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el Derecho Colectivo de Trabajo”, Nuevo Enfoque Jurídico, (2007), citado en Piña, Maria del Carmen, “Derechos Humanos, Trabajo Decente y Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Laboral 2009-1.

ARGENTINA, ¿UN PAÍS LABORALMENTE INCLUSIVO?

Por Florencia Torres

Resumen

En el presente trabajo se analizan, en primer lugar, las distintas cosmovisiones históricas de las personas con discapacidad. A partir de allí, y teniendo en cuenta el auge de la visualización de los derechos de las personas con discapacidad, observar las normas y recomendaciones realizadas por los Organismos Internacionales de Derechos Humanos para la integración laboral de las mismas. Una vez identificados los lineamientos básicos se procederá a la comparativa de los mismos con la legislación vigente en nuestro país para determinar su aplicación y eficacia.

Sin perjuicio de que en las últimas décadas ha cambiado el paradigma respecto al trato de las personas con discapacidad y su participación e integración en la sociedad, lo que se ve plasmado en el auge del reconocimiento jurídico de sus derechos, la mayoría de estas personas aún se ven limitados a acceder y ejercitar los derechos humanos más básicos que hacen a nuestro día a día, como lo son la educación, cobertura de salud y el trabajo, entre otros. Derechos que hacen al desarrollo socioeconómico y personal de todo ser humano.

En este sentido es que resulta primordial arbitrar mecanismos legales y prácticos a los fines de lograr el efectivo acceso, de las personas con discapacidad, a los derechos humanos fundamentales.

Los principios de igualdad y no discriminación, que rigen los tratados de derechos humanos, implican también el establecer medidas que favorezcan a determinados grupos de personas, que se encuentran en mayor desventaja, a los fines de equilibrar de la mejor manera posible esas circunstancias y de esa manera proteger y garantizar los derechos de todos.

De esto se deriva que, específicamente en materia laboral, distintos organismos internacionales de derechos humanos han realizado normas, recomendaciones e informes en pos de la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad real de oportunidades para las personas con discapacidad.

El objetivo del presente trabajo es realizar un cotejo entre las normas y decretos que regulan los derechos laborales de nuestro país con el objeto de determinar si estos se ajustan a lo instaurado por los organismos especializados en derechos humanos, en qué medida lo hacen y postular posibles medidas a adoptar que contribuyan a la inserción laboral, y así achicar la brecha de la desigualdad.

El trabajo como derecho fundamental

Haciendo un muy breve resumen podemos decir que a lo largo de la historia el ser humano se ha valido de sus capacidades y conocimientos para satisfacer sus necesidades y las de su grupo familiar. En un primer momento lo hacía mediante la explotación del medio que lo rodeaba, luego, a variar la organización social, el trabajo manual quedó mayoritariamente en cabeza de los

esclavos y los siervos que cumplían con las órdenes de sus dueños y señores a los cuales debían obediencia sin ningún tipo de derecho.

Con la formación y expansión de las ciudades, las necesidades de la ciudad fueron dando paso a los oficios y la consecuente agrupación de los comerciantes en distintas corporaciones a los fines de lograr directrices comunes para el desempeño de los mismos.

Recién con el avance de la Revolución Industrial y la influencia de capitalismo, la economía de oficios, agricultura y ganadería, se fueron transformando en industria y manufactura. Con este cambio, que también importó un gran cambio a nivel demográfico, de organización social y distribución de poder, los trabajadores pasaron a ser obreros, que necesitan un salario para subsistir. De esta manera surge una nueva clase trabajadora que desde el origen ha luchado para conquistar y proteger sus derechos frente a los abusos de los empleadores y las condiciones deplorables de seguridad e higiene de los lugares de trabajo. De la mano de estas luchas es que van surgiendo las primeras legislaciones laborales, tendientes a proteger los derechos laborales, primero desde una visión de igualdad de condiciones entre los trabajadores y empleadores, la cual se va dejando a un lado con el paso del tiempo y cobrando fuerza la noción del trabajador como sujeto subordinado de la relación.

Las primeras regulaciones en materia de relación laboral, las podemos encontrar en el Código Civil de Francia de 1804. Asimismo, podemos observar como a lo largo del siglo los trabajadores continúan uniendo fuerzas en pos del reconocimiento de sus derechos, teniendo como ejemplos claves la Primera y Segunda Asociación Internacional de Trabajadores (1864 y 1889 respectivamente). Allí los trabajadores, agrupados en sindicatos, crean estas instituciones destinadas a las conquistas sociales y laborales de manera unificada, acordando líneas de acción concretas.

A finales del siglo, la problemática de los derechos laborales estaba instaurada en la agenda de los Estados, los cuales comenzaban a celebrar conferencias internacionales para tratar el tema, siendo estas las bases y antecedentes para la conformación de la OIT. Entre las más importantes podemos mencionar la Conferencia Internacional del Trabajo de 1889, la posterior Conferencia de Berlín de 1890 y la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo de 1900 con sus Conferencias Internacionales en Berna en los años 1905 y 1906.²⁶

Pero no es hasta 1919- con el fin de la Primera Guerra Mundial y la firma del tratado de Versalles- que la protección de los derechos laborales pasa a ser un compromiso universal a través de la conformación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un organismo internacional que toma como base las desigualdades y la explotación sufrida por los trabajadores a lo largo de la historia para bregar por condiciones dignas y humanitarias de empleo, creando normas para que las mismas sean cumplidas por todos los Estados parte. Para lograr estos fines, reúne en su organización a representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los Estados con la finalidad de arribar a consensos

26 OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1998). *Las normas internacionales del trabajo, Manual de educación obrera*. Ginebra.

sociales fundamentales.

“Había un verdadero reconocimiento a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento. Había también una comprensión cada vez mayor de la interdependencia económica del mundo y de la necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por mercados.”²⁷”

Como sabemos, el derecho al trabajo, como el resto de los Derechos Humanos, es inherente a todas las personas por el simple hecho de serlo, sin distinción de sexo, religión, nacionalidad, pensamiento político, origen étnico ni clase social, ya que contribuye al desarrollo individual y social del ser humano. Es precisamente por ello que debe garantizarse a toda persona el acceso a un trabajo digno, la posibilidad de elección del mismo de acuerdo a sus preferencias y teniendo en cuenta sus capacidades y procurando condiciones de trabajo adecuadas, con una remuneración digna y sin discriminación alguna. Consideraciones que van mutando conforme al progreso de las concepciones sociales que se van produciendo en los distintos momentos históricos.

Particularmente en Argentina, la protección al derecho al trabajo, se encuentra establecida en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional y en los Tratados con jerarquía constitucional y supra legal incorporados en la reforma de 1994 y en distintas leyes nacionales y provinciales.

La discapacidad y su evolución conceptual

Para establecer las materias de protección jurídica, es muy importante tener en cuenta las concepciones sociales y culturales de cada momento determinado de la historia. Esto es así porque las distintas realidades de cada momento imponen resolver planteamientos que con otra cosmovisión no serían considerados como inconvenientes o sería impensada una solución de esa naturaleza.

Teniendo como ejemplo el tema que nos compete, sería totalmente absurdo e innecesario legislar sobre el acceso al empleo de personas con discapacidad si en ese momento histórico se considerase a las mismas como incapaces, imposibilitados de realizar por sí mismos trabajo alguno.

Es por ello que resulta primordial analizar la evolución de los enfoques sociales y el concepto de discapacidad para comprender como el cambio de esos paradigmas inciden en la legislación y por consecuente en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Si bien existen múltiples clasificaciones respecto a los modelos o paradigmas con los que se ha percibido a las personas con discapacidad, la mayoría de los autores suelen coincidir en tres modelos muy marcados que sirven para patentizar cómo ha evolucionado la concepción de la discapacidad en torno a su origen y posibilidad de tratamiento. Estos modelos son: de prescindencia,

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (S.f). *Historia de la OIT*. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

rehabilitador y social.

Modelo de Prescindencia. Históricamente situado en la edad antigua y la edad media, tiene como característica principal la de concebir a la discapacidad como un castigo de los Dioses o como significado de que esa persona no tiene nada que aportar a la comunidad. De ello derivan dos posibles tratamientos, el reconocido como Eugenesico en el que si el niño o niña nacía con alguna deficiencia se procedía a terminar con su vida ya que no podía ser hábil para la sociedad y en el caso en que eso no sucediera, la persona era temida por el resto de la sociedad y sometida a constantes persecuciones que muchas veces resultaban en el asesinato. Por otro lado, encontramos la marginación, que a diferencia con el primero no se procede al genocidio de los nacidos “deformes”, sino que la respuesta brindada en estos casos es la de llevar a la persona a las afueras de la ciudad condenándola a miseria o a la subsistencia por medio de la caridad. En ambos casos el único objeto en la vida de las personas con discapacidad era, en el mejor de los casos, la exclusión y el sufrimiento.

Modelo de Rehabilitación o Rehabilitador. Primordialmente es la que rige durante el Siglo XX y su característica principal es que deja de lado el origen divino de la discapacidad y lo circunscribe al ámbito científico, se piensa a partir de aquí a la discapacidad como una enfermedad, y como tal puede ser curada.

*“Como resultado de la utilización de los avances científicos y tratamientos médicos, gran parte de los niños y niñas con diversidades funcionales sobreviven o tienen una mayor probabilidad de supervivencia. En este modelo se busca la recuperación de la persona — dentro de la medida de lo posible—, y la educación especial se convierte en una herramienta ineludible en dicho camino de recuperación o rehabilitación.”*²⁸

Entonces si bien la persona tiene posibilidades de “inserción social”, esto solo va a ser posible y solamente sucederá cuando la persona logre rehabilitarse completamente y ser lo que en ese momento es considerado normal. Es allí donde las personas con discapacidad pasan a ser un sujeto pasivo de derechos, pero meramente asistenciales, deberes que los estados deben cumplir para poder lograr la cura. Con estos fines, muchas veces las personas son aisladas en centros de rehabilitación o escuelas especiales.

Modelo Social. También llamado modelo de Derechos Humanos, surge a fines del Siglo XX y principios del Siglo XXI. Los defensores de este modelo entienden que la discapacidad es un fenómeno social dado que las barreras con las que las personas se encuentran están constituidas por la falta de herramientas y servicios que la sociedad no le brinda para sortearlas, ni la posibilidad de acceso efectivo e igualitario a los mismos derechos que al resto de la población.

*“Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afectan y, lo que es aún más importante, sitúa el problema principal fuera de la persona, en la sociedad. En este modelo, el problema de la discapacidad se deriva de la falta de sensibilidad del Estado y de la sociedad hacia la diferencia que representa esa discapacidad.”*²⁹

28 PALACIOS, AGUSTINA. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo editorial CINCA, Madrid, p. 67.

29 JORGE A. VICTORIA MALDONADO. (2013). *UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado (núm. 138)*. pp. 1093-1109.

Partiendo de este presupuesto, es un deber del Estado establecer medidas de discriminación positiva con la finalidad de equiparar las desigualdades y brindar las mismas posibilidades de acceso a los derechos de toda la población por igual.

Definiciones de la OMS. Un hecho fundamental a la hora de la determinación del Modelo de Rehabilitación y el posterior traspaso al Modelo Social, es la Clasificación Internacional De Deficiencias, Discapacidades Y Minusvalías (1981) donde la Organización Mundial de la Salud define a la discapacidad como “*Toda restricción o pérdida de la capacidad (causada por un defecto) para llevar a cabo una actividad del modo o en la medida que se consideran normales en un ser humano.*”, siguiendo claramente un modelo de rehabilitación.

El paso al Modelo Social, como todo cambio, se encuentra marcado por las demandas sociales provenientes del colectivo de personas con capacidades diferentes que obtuvieron como uno de sus efectos que en el año 2001, la OMS deje de lado su antigua definición de discapacidad en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud donde no se centra en la pérdida de capacidad, sino que hace una interrelación de las alteraciones de las funciones con los distintos factores que influyen en ellas, tanto ambientales como personales y la percepción de los mismos.

Discapacidad y Empleo

Si bien, como hemos visto con el auge del Modelo Social, en los últimos años, la adopción de medidas tendientes a la protección de las personas con discapacidad está en la agenda de los Estados, debemos cuestionarnos si las medidas adoptadas cumplen efectivamente con los efectos perseguidos.

Ya que tal como ha afirmado Cisternas “*Se debe tener presente que, si bien es cierto que desde el año 1966 existe el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos como también el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales basados en los ejes de libertad e igualdad, no es menos cierto que dichos cuerpos jurídicos no fueron suficientes para cimentar el disfrute real y el pleno ejercicio por parte de las personas con discapacidad, del repertorio de derechos allí contenidos. Incluso, el tratamiento de género que efectúa la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW año 1979/ ONU), no ha alcanzado siquiera a mitigar la situación de desventaja que experimentan niñas y mujeres con discapacidad, quienes constituyen el eslabón más bajo para la igualdad en esta materia. Mención especial merece la circunstancia de esterilización forzada a la que se ven enfrentadas algunas mujeres en esta condición en distintos lugares del planeta sin que a la fecha se haya logrado impedir esta vulneración irreversible a los derechos de ellas. Igual situación de vulneración de derechos se ha repetido en el caso de niños y niñas con discapacidad, pese a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño*”.³⁰

30 CISTERNAS, MARÍA SOLEDAD. (2010). Evolución Internacional y Cambio de Paradigmas sobre las Personas con Discapacidad: Desafíos en el Enfoque de los Derechos Humanos para el Siglo XXI. Cuadernos de Difusión- Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. (N°6). P.44. <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/371>

Según la página de Naciones Unidas se estima que unos 386 millones de las personas en edad de trabajar tienen algún tipo de discapacidad y que de ellas el desempleo alcanza hasta un 80% en algunos países. A menudo los empleadores suponen que las personas con discapacidad no pueden trabajar.³¹

En el caso particular de nuestro país, según los resultados arrojados por el Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad en el 2018, solo aproximadamente el 35% de la población en edad laboral, se encuentra empleada.

De todo ello podemos inferir que, pese a las medidas legislativas adoptadas para la integración de las personas con discapacidad, las mismas ya sea por falta de aplicación, por aplicación deficiente o porque simplemente las mismas no son aptas, no están cumpliendo con los fines para los que fueron creados.

Hay que tener en cuenta que en estos casos el simple reconocimiento de derechos sin medidas específicas de aplicación puede tornar a las leyes vacías. Asimismo, resulta provechoso, a la hora de legislar, tener presente que generalmente las personas con discapacidad, no solo encuentran cercenado el derecho al acceso a un trabajo, sino que ello deviene de la negación de un montón de derechos básicos anteriores que dificultan la integración.

Es por ello que, si bien internacionalmente rige el principio de igualdad ante la ley, es muy importante tener en cuenta que la misma debe ser una igualdad real y efectiva. Para ello debe recurrirse a las denominadas “Acciones Positivas”, entendidas como *“medidas que introducen un trato más favorable a los grupos que han sido o son históricamente postergados o discriminados, con la finalidad de permitir a tales grupos alcanzar una situación de igualdad en los hechos.”*³² De esta manera nadie podría argumentar un trato desigualitario o discriminatorio de las medidas adoptadas ya que debemos recordar que el principio constitucional refiere a la igualdad de trato entre los que se encuentran en igualdad de condiciones, teniendo en cuenta también que es primordial estar al objetivo que se pretende lograr con la norma en particular.

De todos los datos anteriormente mencionados es que se evidencia la importancia y la gran necesidad de la presencia del Estado, tanto en materia legislativa, creando normas de integración, como en educación y control de políticas públicas para que las mismas efectivamente se cumplan de la manera dispuesta.

Normativa de la OIT sobre inclusión de personas con discapacidad

Como ya sabemos, la Organización Internacional del Trabajo desde su origen (1919), tiene como finalidad la creación y control de medidas para lograr condiciones decentes e igualitarias de trabajo para sus estados miembros.

Ahora bien, para lograr estos fines la OIT sanciona dos tipos de

31 NACIONES UNIDAS- Personas con Discapacidad-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (S.f). *Algunos datos sobre las personas con discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>

32 HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA. (2012). *Derecho Constitucional (tomo 1)*. 1ª ed. Editorial La Ley. Buenos Aires. P 616.

instrumentos, los cuales tienen efectos diferenciados. Estos son los convenios y las recomendaciones. Los primeros son instrumentos sujetos a ratificación de los estados, formando así tratados, los cuales son vinculantes para los Estados, susceptibles de control por los órganos de la organización dispuestos a tales efectos, en cambio, las recomendaciones constituyen sugerencias que realiza a OIT a los Estados para que estos puedan progresar en la materia a la cual estos refieran, son una especie de guía con la que cuentan para arribar a relaciones laborales más justas.

En materia de inserción laboral de personas con discapacidad al ámbito laboral, encontramos una Convención de Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, dos Convenios de OIT y dos recomendaciones que analizaremos brevemente a continuación.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Esta no solo establece la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan acceder a sus derechos, sino que también, entre otras, la obligación de los Estados de proporcionarles información adecuada sobre los sistemas de apoyo y formas de asistencia con las que cuentan, adoptar medidas y establecer programas de concientización con el objetivo de promover el respeto, la no discriminación y derrumbar estereotipos establecidos.³³

Específicamente en materia de trabajo, su artículo 27 establece que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.”*

Para lo cual deberán adoptar diversas medidas entre las que se encuentran:³⁴

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad.
- b) Protección de derechos laborales, como igualdad de remuneración por igual tarea.
- c) Igualdad de ejercicio de derechos sindicales.
- d) Acceso efectivo a programas generales de orientación vocacional y formación profesional.
- e) Alentar la promoción profesional en el mercado laboral.
- f) Promoción y facilitación del empleo independiente;
- g) Empleo de personas con discapacidad en el sector público;
- h) Promoción el empleo en el sector privado mediante políticas públicas.
- i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de

33 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Arts. 4 y 8.

34 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 27.

experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación): Dispone la obligación de los estados ratificantes a: -tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y trabajadores para lograr la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación. - Promulgar leyes y promover programas educativos con este fin. –Derogar la normativa que vaya en contra. – Establecer actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional.

C159 - Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas): El objetivo del presente es crear políticas destinadas a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo.

R099 - Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos: Esta recomendación insta el deber de los Estados de *poner a disposición de las personas con discapacidad los medios de adaptación y de readaptación profesionales, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su invalidez y cualquiera que sea su edad, siempre que puedan ser preparados para ejercer un empleo adecuado y tengan perspectivas razonables de obtener y conservar tal empleo.* Son recomendaciones más bien orientadas a la capacitación, evaluación y desarrollo de habilidades de las personas con discapacidad. En concordancia con el modelo rehabilitador que anteriormente vimos. Estas no se enfocan en la readecuación del medio para que la persona pueda acceder al empleo, sino que se enfocan en la implementación de sistemas que permitan al individuo desarrollar habilidades que sean aptas para ejercer el trabajo.

R168 - Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas): En esta recomendación, las disposiciones van encaminadas a generar espacios de capacitación y empleo para las personas con discapacidad a través de diversos incentivos. Así determina que deben aplicarse medidas apropiadas para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, establecer diversos tipos de empleo protegido, fomento de la cooperación entre talleres protegidos y talleres de producción en materia de organización y de gestión, a fin de mejorar la situación de empleo de sus trabajadores, fomento de la difusión de información sobre ejemplos de casos efectivos de integración con éxito de personas con discapacidad, entre otras.³⁵ También se establece que estas medidas deben implementarse con el apoyo y la intervención tanto de la colectividad, como de las Organizaciones de Empleadores y de Trabajadores, dándole de esa manera mayor visibilidad a la temática desarrollada e instaurándola

35 Recomendación N°168 sobre la readaptación profesional y el empleo, punto 11.

como una preocupación colectiva con la que debe contribuir la sociedad toda.

Si bien la Recomendación N° 168 de 1983, fue la última que realizó la OIT respecto a la integración de personas con discapacidad, en los últimos años la Oficina Internacional del Trabajo (secretaría permanente de la OIT), ha realizado una serie de publicaciones referidas al tema que contienen directrices que se ajustan más a los tiempos modernos y a las necesidades que traen aparejados los mismos. Entre ellas podemos encontrar:

Medidas de Ajuste/ Ajustes razonables: Tal como explica la Oficina Internacional del Trabajo, determinados trabajadores pueden encontrarse con barreras para acceder al empleo o ascender o permanecer en él debido a factores tales como el entorno físico en el lugar de trabajo o el modo en el que se organiza el trabajo. Con los ajustes razonables se pretende suprimir o reducir esas barreras adaptando la manera existente de hacer las cosas o suprimiendo las barreras físicas en el lugar de trabajo allí donde sea necesario y viable, como sustituir escaleras por rampas con el fin de facilitar el acceso a quienes utilicen sillas de ruedas.³⁶

Entonces, son obstrucciones que pueden ser físicas como organizativas que dificultan el desempeño del trabajador, sin los cuales podrían efectuarlo de manera más eficaz. Si bien algunos de estos cambios pueden llegar a ser inoportunos o desventajosos para el empleador, no podemos pretender que este realice cambios que importen un grave perjuicio a la productividad de la empresa, es por esto que estos ajustes deben ser razonables, proporcionados.

Nos preguntaremos entonces, ¿Cuándo un ajuste es razonable?

El Art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones *necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida*, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Según la OIT ³⁷ estas pueden ser diversas y las podemos clasificar en medidas de accesibilidad (aquellas tendientes a procurar el ingreso y desplazamiento seguro de la persona en el lugar de trabajo, pudiendo tratarse de rampas, carteles de fácil comprensión para la persona con discapacidad intelectual, sistema braille o sonoro para personas con discapacidad visual, etc.), medidas de adaptación (son aquellas que se realizan en pos de que el trabajador pueda desempeñarse de una manera más eficaz, pudiendo consistir en reducción de jornada laboral, implementación de teletrabajo, posibilidad de reducción de traslados, etc.) y los incentivos (ayudas que el Estado brinda para que los empleadores puedan implementar estos ajustes, estos pueden ser tanto económicos como asesoramiento técnico).

Sistema de Cuotas: Implica uno de los métodos de integración en

³⁶ OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2017). *Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica*. Ginebra. P 18

³⁷ OIT - Oficina Internacional del Trabajo. (2002). *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*. Ginebra. Pp 40-42.

general más implementados. Según los sistemas de cuotas, los empleadores que contratan a un determinado número de personas están obligados a garantizar que un porcentaje (una cuota) de sus trabajadores son personas con discapacidad.³⁸

Estos sistemas de cuotas, dependiendo del Estado que se trate, establecerse con o sin sanciones ante su incumplimiento y ello va a influir en su cumplimiento.

Apoyos: Estos constituyen en ayuda externas tanto para el trabajador como para la empresa, con el fin de que pueda darse de manera más efectiva la integración. Estos pueden ser tanto técnicos como económicos.

En cuanto a los apoyos del trabajador constituye un acompañamiento personalizado por parte de profesionales que colaboran con el trabajador para que este pueda adaptarse de una manera más eficaz al empleo y favorecer así a la autonomía del trabajador.

Respecto a los apoyos para la empresa, estos pueden consistir en asesoramiento de gente capacitada para la integración de las personas con discapacidad, ayudas económicas, subsidios, exenciones fiscales, o cualquier otra que colabore a fomentar la contratación de personas con discapacidad.

Legislación Antidiscriminatoria: La OIT remarca la importancia de la prohibición legal no solo de la discriminación de las personas con discapacidad, sino de cualquier tipo de discriminación.³⁹ La institución de una ley antidiscriminatoria debe contener específicamente la cuestión de discapacidad y si en la legislación vigente no se encuentra una definición de discapacidad, debe incorporarse.

Podría pensarse que es una obviedad que no debe discriminarse, que en nuestra sociedad ya es algo que se encuentra instaurado, pero si analizamos el día a día podemos advertir que la discriminación se encuentra aún muy arraigada en la sociedad, y me arriesgo a afirmar que, en materia de discriminación, la discapacidad es uno de los ámbitos donde más ocurre.

Asimismo, se recalca la importancia de instaurar mecanismos y protocolos que fomenten las denuncias de las personas con discapacidad ante situaciones de discriminación, estableciendo a su vez medidas que protejan ante las represalias que pudieran surgir de las mismas.

Otro punto fundamental que recomienda la OIT, y que considero uno de los más importantes y que al mismo tiempo es a mi entender uno de los puntos que más fallan las políticas de inserción, el supervisar y hacer cumplir con la ley y los programas establecidos. Como ya mencioné anteriormente, de nada sirve establecer medidas innovadoras de inclusión, si las mismas no tienen aplicación efectiva.

Esta supervisión puede ser llevada a cabo por los órganos existentes en el estado, o también crearse órganos especializados destinados al control de la aplicación de las normas de inclusión, los que van a depender también de las

38 OIT- oficina internacional del trabajo. (2014). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación: directrices*. Ginebra. P 45.

39 OIT- oficina internacional del trabajo. (2014). op. cit. *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo*. P31.

potestades de las cuales se las envista con el fin, si las mismas son a los meros fines de supervisar la aplicación o si se le otorga facultades de aplicación de sanciones para el caso de incumplimiento.

Todo ello sin dejar de tener en cuenta que el control final del cumplimiento de las normativas la va a tener, lógicamente, el poder judicial.

Análisis de la legislación argentina

El objetivo del presente apartado es observar y analizar las normas y programas vigentes en nuestro país.

Es preciso mencionar que Argentina ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los dos Convenios de OIT mencionados en el apartado precedente.

En cuanto a la legislación interna podemos observar, el progreso de las medidas tendientes a asegurar el acceso al trabajo del colectivo de las personas con discapacidad, lo que va de la mano con el progreso de la percepción social que tratamos en el apartado "La discapacidad y su evolución conceptual". A los fines didácticos y de mejor comprensión me propuse clasificar las leyes y programas vigentes en 3 grupos:

Leyes y programas de capacitación: Proponen como medidas de inserción, la capacitación y formación de las personas, estando a cargo del estado los costos de contratación de los capacitadores. No se centran en el entorno de la persona, sino en dotarla de conocimientos y certificar los mismos para que pueda acceder a un trabajo. Dentro de estas encontramos el Programa Especial de Formación y Asistencia para las Personas con Discapacidad, el Programa Promover la Igualdad de Oportunidades de Empleo y la Ley N° 24.901 Sistema De Prestaciones Básicas En Habilitación Y Rehabilitación Integral A Favor De Las Personas Con Discapacidad en sus artículos 23 y 36.

Leyes y programas de incentivo económico: Otorgan asignaciones monetarias o exenciones tributarias a las empresas que contraten dentro de sus empleados a personas con discapacidad o le brinden posibilidades de práctica laboral. A su vez también hay programas que otorgan estos incentivos a las personas con discapacidad para que puedan desempeñarse con mayor autonomía. Entre estas encontramos el Programa de Inserción de Personas con Discapacidad y el Programa Acciones de Entrenamiento para el Trabajo.

Leyes y programas de incentivo e integración al espacio laboral: Son aquellas medidas que inciden directamente con el espacio laboral disponiendo medidas de acceso efectivo y concreto al puesto de trabajo. En este grupo tenemos le Programa de Concesión de Pequeños Comercios, el Programa de Empleo Independiente para Personas con Discapacidad, la Ley 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados en su artículo 8 que impone la ocupación de las personas con discapacidad en una porción no menor del 4% y en su artículo 8 que impone la concesión a personas con discapacidad de pequeños comercios en toda sede administrativa y por último la Ley 26.816 que establece el Régimen Federal De Empleo Protegido Para Personas Con Discapacidad.

Como característica, podemos mencionar que hasta el año 2012 en que se dicta el Régimen Federal De Empleo Protegido Para Personas Con Discapacidad (ley 26.816), no contábamos con ninguna legislación que trate en específico la protección del derecho al empleo este colectivo.

Esta ley, si bien tiende a ser superadora de las sancionadas anteriormente, al ser analizada críticamente podemos concluir que lejos está de lograr una efectiva integración de las personas con discapacidad ya que las modalidades de empleo que establece, continúan conformando, en su mayoría, espacios apartados y especiales para este colectivo y alejándose cada vez más del ingreso al mercado laboral general.

Conclusión y Propuestas superadoras

Comencé este trabajo preguntándome qué normativas internacionales existían para lograr un acceso efectivo de las personas con discapacidad al mercado laboral y si nuestro país replica tales medidas, si tal inclusión es un tema importante en nuestra agenda legislativa.

Luego de realizar este trabajo y el análisis de las normas, definiciones y conceptos mencionados, luego de profundizar en una temática pocas veces desarrollada en las instancias académicas y de esa forma encontrarme con numerosa información que desconocía, puedo concluir en la siguiente reflexión:

Junto con la ratificación de los convenios de OIT que establecen la obligación de los estados de bregar por los derechos laborales de las personas con discapacidad, Argentina ha legislado y establecido diversos programas con la intención de promover el acceso a los mismos. El problema con dicha legislación, incluso en la más reciente, es que las medidas adoptas en su mayoría son de corte asistencialista, enfocadas en la educación y formación de la persona. No se han adoptado medidas considerablemente notables que reflejen el modelo social, que consideren a la persona teniendo en cuenta su capacidad, que estén destinadas al acceso efectivo a un puesto laboral o medidas destinadas a derribar las barreras externas. Esto se ve reflejado en las altas cifras de desempleo.

Si bien se da cumplimiento mayoritario a las medidas obligatorias enumeradas en los convenios, hasta tanto no se asuma un verdadero compromiso y no se establezcan medidas de inclusión en vez de formación segregada, no se va a cumplir con una de las finalidades fundamentales que es el acceso al empleo en **igualdad de condiciones**, teniendo la persona la posibilidad de elegir libremente donde quiere trabajar y la garantía de no ser descartado por tener una discapacidad.

Hay que tener en cuenta que, para lograr el objetivo planteado, no solo debe legislarse en materia laboral, sino que hay que impulsar un cambio en la conciencia colectiva, fomentando la integración en todos los ámbitos sociales.

Es por ello que planteo las siguientes propuestas:

Capacitación en todos los niveles educativos respecto del trato y derechos de las personas con discapacidad.

Mayor información a las personas de este colectivo y a la sociedad en

general de los derechos que los asisten.

Obligatoriedad de las grandes empresas de contratar un cupo mínimo de personas con discapacidad y de otorgar las medidas de ajuste y apoyos necesarios.

Obligatoriedad de capacitación del personal de recursos humanos en materia de entrevistas y contratación a personas con discapacidad.

Verdadero y efectivo control por parte del Ministerio de Trabajo de las medidas adoptadas o la creación de un órgano de control al efecto.

Establecer, a la hora de dictar leyes y programas al respecto, la necesidad de escuchar a las asociaciones y organizaciones de personas con discapacidad.

Bibliografía

CHAMOCHO CANTUDO, MIGUEL ÁNGEL, RAMOS VÁZQUEZ, ISABEL. (2013). *Introducción jurídica a la historia de las relaciones del trabajo*. Editorial Dykinson.

OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1998). *Las normas internacionales del trabajo, Manual de educación obrera*.

Primera Internacional. (19 de mayo de 2020). En Wikipedia https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Primera_Internacional&oldid=126183999

Plan de Educación Financiera. CNMV y Banco de España (S.f). *La Revolución Industrial (1760-1840)*. http://www.finanzasparatodos.es/gepeese/es/inicio/laEconomiaEn/laHistoria/revolucion_industrial.html

Organización internacional del Trabajo. (S.f). *Historia de la OIT*. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

LÓPEZ MASÍS, Rocío. (2011). Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad. *Alteridad, Revista de Educación*. (Vol.6 N°2). 102–108. <http://hdl.handle.net/11181/3882>

CISTERNAS, MARÍA SOLEDAD. (2010). Evolución Internacional y Cambio de Paradigmas sobre las Personas con Discapacidad: Desafíos en el Enfoque de los Derechos Humanos para el Siglo XXI. *Cuadernos de Difusión- Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. (N°6). 43-53. <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/371>

PALACIOS, AGUSTINA. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo editorial CINCA.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*.

OIT - OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2002). *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*.

OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2017). *Fomentando la*

diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica.

OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2015). *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo.*

OIT- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2014). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación: directrices.*

¿COMO OPERA LA DISCRIMINACIÓN HACIA LOS TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y QUE MEDIDAS SE IMPLEMENTAN PARA SU SOLUCIÓN?

Por Francisca Unsain

Resumen

El derecho a la igualdad, como todo derecho humano, debe verse plasmado en todo ámbito de la vida cotidiana. Se requiere de su protección y aplicación de manera constante. Dentro del ámbito laboral, el mismo es indispensable a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades, de remuneración, de trato, entre otras. A pesar de su gran reconocimiento tanto a nivel nacional como internacional, podemos todavía hablar de que este derecho se ve vulnerado al observar actos de discriminación, intolerancia o violencia laboral.

Para este trabajo monográfico hemos decidido enfocarnos en la desigualdad sufrida por aquellos trabajadores con responsabilidades familiares. Hemos elegido profundizar en esta temática, la que consideramos de gran relevancia, dado que la mayoría de las personas forman parte de grupos familiares y dedican una gran porción de su vida diaria a ella. La familia no es una institución menor y aquellos trabajadores con responsabilidades deben ser protegidos y serles otorgadas todas las herramientas necesarias para poder desarrollarse tanto laboralmente como dentro de su familia. Tal como lo establece el Convenio número 156 de la OIT, todo trabajador con cargas familiares tiene derecho a poder desempeñarse en un empleo sin que exista conflicto entre sus responsabilidades laborales y familiares.

El respeto y la garantía de este derecho es de suma importancia. Las cargas de familia nunca deben ser entendidas como un impedimento para que el trabajador pueda ejercer sus tareas o razón por la cual el empleador lo califique como no idóneo para las mismas. El trabajador debe ser tratado de igual manera que sus colegas en iguales condiciones y gozar de los derechos que han sido reconocidos a todos. Y como mencione anteriormente, corresponderá al empleador y a la normativa proteger el empleo al facilitar las formas y herramientas idóneas para que el trabajador se desempeñe sin ningún tipo de obstáculo además de condenar cualquier tipo de acto que vaya en contra de estos fines.

Es por esto que el objetivo durante este trabajo consistirá en desarrollar las diferentes formas de discriminación pueden observarse hacia los trabajadores con responsabilidades familiares y cuáles son las medidas adoptadas tanto a nivel nacional como internacional a los fines de erradicar las mismas.

Introducción

Para comenzar con este proyecto monográfico, me parece pertinente comenzar haciendo una pequeña referencia a los derechos humanos en general. Para ello citaremos el concepto otorgado por la Organización de las Naciones Unidas⁴⁰. *“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos*

40 En adelante, ONU

*los seres humanos, sin distinción alguna de la raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.”*⁴¹

Tal como expresa su definición, estos derechos son fundamentales por lo tanto deben ser respetados y protegidos. Podemos mencionar algunos caracteres de los mismos tales como la universalidad, su indivisibilidad, inalienabilidad y su interdependencia. Será a través del derecho internacional de derechos humanos que se busca obligar a que todos los gobiernos acaten las normas que buscan su respeto y protección.

Con el transcurso del tiempo y la sanción de diferentes pactos, se dieron a conocer los llamados “derechos humanos laborales”, y así en 1919 se fundará la Organización Internacional del Trabajo⁴² la cual tiene como misión principal la promoción de derechos humanos laborales. La importancia de los mismos radica en que el mundo del trabajo en el cual se desenvuelven diariamente la mayoría de las personas debe ser protegido y así la dignidad de las persona en él. Podemos mencionar algunos tales como la libertad de trabajo, la prohibición del trabajo forzoso, la igualdad de trato y de remuneración, la seguridad en el empleo, la higiene, el derecho a la intimidad y la información, entre otros.

Este tipo de derechos fundamentales tendrán un marco normativo sumamente heterogéneo, siendo incorporados tanto en ordenamientos locales como aquellos a nivel internacional. *“Son numerosos y variados los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos laborales. Incluyen pactos, convenciones o tratados sujetos a ratificación, tanto como declaraciones y resoluciones, así como los principios, la costumbre, jurisprudencia, estudios, observaciones y otros instrumentos de los órganos internacionales, incluidos los de control”*⁴³

Durante el siguiente ensayo monográfico, nos enfocaremos en el derecho a la igualdad y no discriminación que le corresponde a todo trabajador. Luego, haremos referencia a la vulneración de este derecho, en particular, aquel sufrido por los trabajadores con responsabilidades familiares.

El derecho a la Igualdad

El derecho a la igualdad es uno de los derechos que con mayor frecuencia se menciona y se tiene presente. Es aquel derecho inherente que afirma que todos los seres humanos tienen que ser reconocidos como iguales ante la ley, para de ese modo hacer efectivos todos sus derechos.

Es importante a su vez, reconocer que la igualdad no impide que se den situaciones diferentes, siempre y cuando, no se den con arbitrariedad, indebido

41 Naciones Unidas. (s. f.). Derechos Humanos. Recuperado 22 de mayo de 2020, de <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

42 En adelante, OIT

43 Arese, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales, Teoría y practica de una nuevo derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni. Página 23.

favor o desfavor, privilegios o inferioridad e ilegítima persecución.

2.1. Normativa

El mismo será regulado de diversas maneras, tanto por ordenamientos nacionales como internacionales, algunos de los cuales iremos mencionando a lo largo del desarrollo.

Haremos referencia a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ya en su primer artículo, se hace referencia a la libertad e igualdad de los seres humanos, que dispone *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*⁴⁴ para luego en sus siguientes artículos hacer referencia especialmente al derecho de igualdad.

En su segundo artículo proclama *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”*

Y en su artículo séptimo dirá *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”*

Podemos decir entonces, que la igualdad como un derecho humano fundamental, se basa en que todo hombre, sin distinción de raza, nacionalidad, religión, sexo, opinión política, situación económica, etc; tiene derecho a ser protegido y amparado por la ley como todo otro hombre.

Otras normativas incorporarán el derecho a la igualdad tales como los Pactos sancionados en 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en sus Cartas y Declaraciones, y en su Convención Americana de Derechos Humanos; Convención de Derechos del Niño; Convención Americana de Derechos y Deberes del hombre.

A nivel nacional, su regulación estará prevista en la Constitución Nacional (artículos 16, 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23) además de los diversos instrumentos internacionales que mencionamos anteriormente, los cuales gozan de igual jerarquía. Es de importancia volver a mencionar que el Estado Argentino ha asumido una serie de compromisos internacionales que le impone actuar con su debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos, además de facilitar a las personas con herramientas eficaces ante la denuncia de sus violaciones.

⁴⁴ Naciones Unidas. (s. f.-b). Derechos Humanos. Recuperado 22 de mayo de 2020, de www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html

2.2 Normativa Laboral

A nivel internacional podemos hacer referencia a la labor realizada por la OIT, por ejemplo, en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 en donde establece el compromiso de los miembros de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son parte de los convenios, entre ellos nombrará la “eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”⁴⁵

También a través de la redacción de diferentes convenios y recomendaciones tales como el Convenio Internacional N°100 (sobre igualdad de remuneración) y el N°111 (sobre la discriminación en el empleo y ocupación). Y especialmente aquel que desarrollaremos con mayor énfasis próximamente, el Convenio Internacional N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades laborales.

En materia nacional, la Constitución Nacional no hará referencia específica al derecho de igualdad laboral sino que, tal como varios autores han percibido, en el artículo 14 bis hará referencia a la equidad y justicia remuneratoria pero se entiende que las demás obligaciones y condiciones laborales nombradas en el mismo significan en cierta forma la aplicación del derecho en estudio. El artículo 75 inc 23 se referirá a la obligación del Congreso de la Nación para promover la igualdad de trato y de oportunidades.

En cuanto a legislación específica, la ley de contrato de trabajo en su artículo 81 determinara la igualdad de trato: “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerara que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”

En consonancia con el artículo mencionado anteriormente, el artículo 17 de la misma ley reza “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”

2.3. Jus Cogens

Una característica muy relevante del derecho a la igualdad es que el mismo pertenece al llamado *jus cogens*. Esto significa, que se trata de una norma imperativa del derecho internacional y por lo tanto en caso de cualquier conflicto tiene preponderancia; resultando en la nulidad de aquella norma convencional que la haya contrariado. La integración del derecho a la igualdad en el *jus cogens* se dio en la labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N°18 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados). En el mismo se estableció:

“Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con

45 Organización Internacional del Trabajo. (s. f.). Texto de la Declaración y su seguimiento (DECLARATION). Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>

*dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general.*⁴⁶

La justificación de su imperatividad reside en que son normas que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional y por ende deben recibir especial protección.⁴⁷

2.4. Vulneración del Derecho a la Igualdad en el ámbito laboral

Como adelantamos previamente, el derecho a la igualdad se puede ver vulnerado. Esta afectación se puede plasmar de diferentes formas, ya sea a través de la desigualdad en la remuneración, en la oportunidad de empleo, en el trato, a través de algún tipo de violencia, entre otras. A continuación describiremos brevemente los tres tipos principales de violación al derecho de igualdad: la intolerancia, la violencia laboral y la discriminación.

2.4.1. Intolerancia

Es 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 en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.⁴⁸

2.4.2 Violencia laboral

“Se entenderá como violencia laboral a todo acto idóneo para producir en forma directa o indirecta un daño físico, moral o psíquico, el asedio o acoso sexual o psicológico, maltrato episódico o continuado, amedrenamiento, intimidación y hostigamiento sobre un trabajador producido por el hecho, en ocasión o en relación con el trabajo dependiente.”⁴⁹

Tal como lo establece su propia definición, la violencia laboral se puede manifestar de diferentes formas ya sea física o psíquicamente. Es un término de gran amplitud que puede abarcar gran cantidad de situaciones.

Uno de sus marcos normativos mas relevantes será el Convenio N° 190 de la OIT, que buscará promover un ámbito laboral libre de violencia y acoso. Estableciendo “la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o

46 Arese, C. (2014). Ob. Cit. Página 54

47 CANESSA MONTEJO , M. F. (2008). Derechos Humanos Laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES*. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org>

48 Convención Interamericana. (2013). CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

49 Arese, C. (2014). Ob. Cit. Página 56.

de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”⁵⁰

El mismo establecerá que todos los miembros lleven a cabo las medidas, acorde a su legislación y situación nacional, para llevar a cabo un enfoque inclusivo e integrado a los fines de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el ámbito laboral.

2.4.3 Discriminación

Para ello citaremos el artículo 1 del Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación. El mismo entiende a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.⁵¹

A nivel nacional encontramos la ley anti discriminatoria 23.592 que en su artículo primero nos otorgara un concepto de discriminación que ira de la mano del citado anteriormente, y dicha ley se verá complementada con otras tales como la 22.431 (sobre discapacidad), 26.162 (contra la discriminación racial), la 26.657 (sobre la salud mental), entre otras.

Es importante destacar que la discriminación implica arbitrariedad, un trato distinto y desfavorable basado en un motivo prohibido tales como los citados anteriormente como el color de piel, la religión, la opinión política, etc. Es por eso que también vamos a encontrar tratos distintivos “legítimos”, es decir, que están justificados. El mismo convenio antes citado, entiende que no se entenderá por discriminación cualquier tipo de exclusión, preferencia o distinción basada en calificaciones para un determinado empleo; por ejemplo, que se exija el conocimiento del lenguaje inglés o que se requiera algún tipo de experiencia previa o especialización en un tema determinado. Esto no importa una discriminación hacia la persona debido a que no son exclusiones arbitrarias, sino que tienen su fundamento en las cualidades requeridas en una persona para llevar a cabo el trabajo.

Discriminación hacia los trabajadores con responsabilidades familiares

En este punto nos centraremos particularmente en la vulneración al derecho de igualdad que se realiza contra un sector particular de trabajadores: aquellos que tendrán responsabilidades familiares.

La familia es una institución de gran importancia, que incide en el día a día de las personas permanentemente. Uno de los ámbitos en los cuales podemos ver más aquella incidencia, será el ámbito laboral. La misma OIT desarrollará un convenio (N° 156) y una recomendación (N° 161) justamente aduciendo a estos trabajadores.

50 Organización Internacional del Trabajo. (2019). Convenio sobre la violencia y el acoso No 190. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

51 Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) No 111. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256

En primera instancia es importante determinar a quién se hace referencia cuando se habla de “trabajador con responsabilidad familiar”, para ello el artículo primero de la Convenio N°156 establece que se entenderá a aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo y también a aquellos que tengan responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén.⁵²

Podemos decir que no es menor la cantidad de trabajadores en estas circunstancias que integran el cuerpo laboral de un país debido a la institución universal que es la familia. La discriminación hacia estos trabajadores se dará cuando el hecho de tener esta responsabilidad límite su acceso, desempeño, participación y progreso en la actividad económica.

Una de las situaciones en las que más se verificará esto, será principalmente a la hora del acceso a la actividad económica. Frecuentemente nos encontramos frente a una concepción que entiende que aquel trabajador con responsabilidades de este tipo es más propenso a dedicar menos tiempo y esfuerzo a sus tareas laborales en favor de dedicarse a su familia, a diferencia de un trabajador exento de las mismas quien aparentaría no tener obstáculo alguno para destinar gran parte de su tiempo a aquellas tareas. Tal concepción, errónea, llevaría a empleadores a favorecer a aquel trabajador libre de responsabilidades aduciendo que este realizaría un mejor desempeño. Esto es totalmente contrario a lo garantizado por el principio de igualdad laboral donde se debe velar por la igualdad de oportunidades.

En concordancia con lo expuesto anteriormente, es importante recordar que en el ámbito laboral solo entenderemos como situaciones de “discriminación” legítimas aquellas que implican una distinción o preferencia basadas en razones atinentes a las calificaciones requeridas para el desempeño de un empleo. Por lo que excluir a un trabajador de la oportunidad de ejercer un empleo basándose en que él mismo tiene el cuidado o sostén de un familiar, es definitivamente un acto discriminatorio que va en contra del principio básico y fundamental de la igualdad.

No es menor resaltar que este tipo de discriminación recae en gran medida sobre las trabajadoras mujeres debido a que son ellas quienes generalmente asumen de mayor manera el rol de cuidado de los hijos. Un estudio realizado por la CEPAL determinó que “la diferencia en horas destinadas al trabajo no remunerado entre hombres y mujeres sigue siendo muy amplia, más del doble en la mayoría de los casos. Esta dinámica ha sido atribuida en gran parte, a la discriminación y los tradicionales estereotipos de género en la asignación de labores y su respectiva valoración social.”⁵³, entendiéndose a este tipo de trabajo a aquel en donde una persona se dedica a labores domésticos y cuidados para el propio hogar. Las mujeres entre 20 y 59 años en la Argentina, tengan o no su propio ingreso, dedican un promedio de 53,2 horas semanales al trabajo no remunerado mientras que los hombres dedicarán un promedio de 26,55.

52 Organización Internacional del Trabajo. (1981). Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NO:RMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312301:NO

53 CEPAL. (2019, noviembre 7). Tiempo de trabajo no remunerado según ingresos propios por sexo. Recuperado de <https://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-trabajo-no-remunerado-segun-ingresos-propios-sexo>

En consecuencia, no son escasas las situaciones que se han dado a conocer dónde se tiene en cuenta la edad de la mujer, su estado civil y la posibilidad de que asuma en un futuro estas responsabilidades como pautas para su contratación. A su vez, podemos mencionar una cierta relación entre lo discutido y la prohibición de despido por matrimonio (Titulo VII, Capitulo III, Ley 20.744), donde se puede llegar a presumir que la razón que fundamenta este despido es la idea de que la trabajadora o trabajador asumirá responsabilidades familiares en un futuro cercano. La Dra. Keselman expondrá que la propia Declaración de Derechos Humanos consagra a la familia como una institución fundamental de la sociedad y por lo tanto requiere de una protección estatal; a su vez en consonancia con lo discutido comentará “En el Derecho interno, la protección contra el despido por causa de matrimonio se instauró en defensa, precisamente, de esa institución familiar. En tanto el matrimonio constituye la base de la familia, cabe encuadrar la prohibición que se examina como una forma de concreción legislativa del precepto pragmático que en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional impone la protección integral de aquella”⁵⁴

Es posible también que se manifieste cierta intolerancia hacia aquellos trabajadores con responsabilidades familiares durante el desempeño del empleo. Alegando el argumento antes resaltado acerca de la falta de compromiso o dedicación por parte de trabajadores con este tipo de cargas, se pueden presentar situaciones de rechazo o desprecio hacia su persona, sus cualidades o sus opiniones. Por ejemplo, con la exclusión de la participación en ciertas tareas o que se limite la posibilidad de un ascenso o promoción. A su vez, también hay posiciones que entienden que una reducción o una disminución en la calidad de las tareas otorgadas al trabajador pueden implicar una clase de violencia laboral. El menosprecio hacia la cualidades profesionales, el otorgar tareas por debajo de sus funciones y el obstaculizar un progreso dentro de su ámbito laboral podría implicar un cierto maltrato e indirectamente un daño psicológico. Hoy en día estas situaciones se ven abarcadas por el término “mobbing” (forma hostigamiento laboral), el cual hace referencia a una “conducta insultante, maliciosa, ofensiva, intimidatoria, abusiva del poder y persistente, que hace sentir a la persona burlada, humillada o vulnerable y que socava su autoestima y le causa ansiedad.”⁵⁵

Soluciones

4.1. Soluciones Normativas

Además del mandato de igualdad ante la ley; las obligaciones del Estado en materia de no discriminación exigen la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminarla.⁵⁶

El Convenio N°156 antes citado, establece la obligación de todos

54 Altamira Gigena, Raúl. E. (2011). *Ley de Contrato de Trabajo: comentada y concordada*. Buenos Aires, República Argentina: ERREPAR S.A.

55 María Claudia, P. (2004). EL ACOSO LABORAL - MOBBING- PERSPECTIVA PSICOLÓGICA. *Revista de Estudios Sociales*, (18), 111-122. <https://doi.org/10.7440/res18.2004.10>

56 Dirección General de Derechos Humanos, M. P. F. (2017). *Igualdad y no discriminación. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)*. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2.pdf>

los miembros de adoptar todas las medidas acorde a sus posibilidades para poder permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares tengan el derecho de elegir libremente su empleo y se tengan en cuenta sus necesidades de acuerdo a las condiciones de empleo y a la seguridad social. Se deberá promover mediante la educación y la información una mejor comprensión del público acerca de la igualdad de trato y oportunidades. La Recomendación N° 165 acompaña al Convenio en la importancia de los países miembros de tomar medidas acordes para el respeto y garantía del derecho de igualdad para este tipo de trabajadores.

A nivel local podemos mencionar algunas normas tendientes a eliminar la discriminación y a garantizar mayor equidad. La ley anti discriminatoria N° 23.592 en su artículo primero dirá que quien realice un acto arbitrario que vaya en contra de las bases igualitarias reconocidas por la propia Constitución, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto aquel acto y a reparar el daño moral y material que podría haber ocasionado.

Si nos centramos en la legislación laboral especial, a lo largo de la ley de contrato de trabajo podemos mencionar una serie de normas que garantizan el trato igualitario y la no discriminación. Su artículo 17 menciona “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.” y en concordancia, el artículo 81 dispone “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Ambos artículos citados anteriormente manifestaran de manera clara y precisa la prohibición que tiene cualquier empleador de realizar cualquier acto discriminatorio de manera arbitraria y sin fundamentación lícita.

En materia de protección de los trabajadores que son el foco de nuestro trabajo monográfico, encontramos normas que permiten especialmente la garantía de sus derechos, obviamente también siendo amparados por las normas sobre discriminación en general. Entre estas encontramos:

Dentro del Título VII de la ley 20744, encontramos el Capítulo dirigido a la protección de la maternidad. Las normas contenidas en ella establecen como eje principal la prohibición de todo tipo de discriminación hacia la mujer tanto durante como luego de embarazo. El artículo 178 prohíbe expresamente el despido realizado en calidad de la maternidad, dictaminando una presunción de que el mismo se basó en ella cuando el despido es realizado dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto (siempre y cuando se hayan cumplido con las obligaciones por parte de la mujer de notificar debidamente el embarazo), determinando que en caso de realizarse se deberá abonar una indemnización. El efectivo despido de una mujer posterior a que la misma haya tenido un hijo puede entenderse como una discriminación e intolerancia hacia el hecho de que la misma deberá asumir las responsabilidades que conllevan el tener a cargo un hijo. Como ya desarrollamos en el punto 3 de esta monografía,

muchas veces hay concepciones erróneas acerca de la dedicación que se presta al empleo al tener estas responsabilidades, y también el empleador busca evitar las ausencias en que el empleado pueda incurrir.

Por otro lado, el mismo capítulo otorga en su artículo 179, dos descansos de media hora a aquellas madres trabajadoras lactantes para poder amamantar a sus hijos; y determinando que en los establecimientos donde presten servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan. Este artículo es un claro ejemplo de cómo la reglamentación ampara el derecho de las trabajadoras con cargas de familia, otorgándoles los derechos e instrumentos necesarios para que puedan seguir desempeñándose y progresando en su trabajo.

En el punto anterior mencionamos brevemente el artículo 180 y siguientes, que prohíben el despido por causa de matrimonio, estableciéndose una presunción de que así fue en caso de que se realice dentro de los tres meses anteriores y seis posteriores (siempre que haya mediado notificación).

4.2. Propuesta Personal

Desde un punto de vista personal, y alejándome de soluciones normativas, considero de gran utilidad a los fines de garantizar el desempeño y progreso de los trabajadores a los cuales estamos haciendo referencia, el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación, también conocidas como TICs. Estas nuevas tecnologías han sido desarrolladas de gran manera a lo largo de los años, modificando radicalmente la dinámicas sociales y en especial impactando en el ámbito educacional y laboral. Implican el uso de herramientas digitales que facilitan el desarrollo de diversas tareas de forma eficaz y rápida, permiten la realización de diversas capacitaciones y, personalmente consideramos que una de sus características más relevantes es el hecho de que permite que todo lo mencionado pueda ser realizado a distancia.

El uso de estas tecnologías permite que los trabajadores puedan llevar a cabo su labor en cualquier lugar, ya sea desde su hogar como en el mismo lugar de trabajo. Además, el uso de las TICs facilita el acceso y el intercambio de información.

Es de gran conocimiento que la aplicación de estas herramientas ha significado un beneficio para aquellos que las han implementado. Y sobre todo es una gran solución para aquellos trabajadores que por distintas situaciones no pueden asistir presencialmente a su lugar de trabajo, otorgándoles la oportunidad de continuar con sus tareas y progresar en su formación laboral; lo cual significa también un beneficio para su empleador.

A pesar de la gran ayuda y progreso que implicaría utilizar estas técnicas, no siempre es una realidad posible. En el caso de la Argentina, un informe de la CIPPEC dio a conocer que “el porcentaje de trabajos que tiene el potencial para realizarse desde el hogar se encuentra entre un 27% y un 29% de los trabajos totales, ratio que se reduce sensiblemente si corregimos la estimación por el uso efectivo de TIC en los hogares, llegando a una estimación de piso de 18% en

el caso de uso de computadoras.”⁵⁷ El informe analizará cómo estos datos se ven influenciados por diferentes situaciones o condiciones presentes en el país tales como el hecho de que el aparato productivo se ve rezagado en términos tecnológicos, como la posibilidad de transformación digital se ve ligada a niveles de ingresos, y como se mencionó anteriormente, la estimación hacia el uso de computadoras.

Si bien es entendible que no todo ámbito laboral puede ajustarse completamente a estas nuevas metodologías debido al tipo de trabajo que implican, creemos que se debe comenzar a trabajar con políticas públicas que incentiven a adecuar de la mayor manera posible el teletrabajo a la sociedad, tales como, mejorar la conectividad e informar acerca de los beneficios que implica. Por más que no todo trabajo sea factible de llevarse a cabo de manera digital, es importante extraer el máximo beneficio de aquellos pocos que sí pueden desarrollarse de esta manera y así generar una oportunidad de progreso para los trabajadores.

Conclusión

En miras de concluir nuestro trabajo monográfico, nos gustaría comenzar por reiterar la importancia y el respeto que se le debe otorgar al derecho de igualdad, resaltando aquel que se le debe atribuir en el ámbito laboral, garantizando y promoviendo la igualdad ya sea de oportunidades, de trato, de salario, de condiciones, entre otros.

A lo largo de nuestro desarrollo hemos buscado demostrar cómo opera la discriminación hacia los trabajadores con responsabilidades familiares habiendo podido comprobar que el derecho a la igualdad de estos es vulnerado en varias ocasiones y se manifiesta cuando el hecho de tener estas cargas implica una limitación a los derechos laborales que le corresponden. Entre los mismos podemos mencionar el impedimento para el acceso a las oportunidades laborales, la exclusión en la realización de tareas, obstáculos para poder acceder a promociones y reducción de funciones.

A su vez hemos resaltado diversas normativas tanto internacionales como nacionales que tendrán por finalidad hacer frente a las distintos tipos de discriminación que se presentan otorgando un marco de protección para estos trabajadores a la hora de desempeñarse laboralmente. Encontramos desde aquellas que implican una prohibición a la discriminación en general como aquellas que se enfocaran particularmente en las relaciones de familia.

Desde una perspectiva personal, fomentamos el uso de las herramientas de Tecnologías de Información y Comunicación en miras de permitir el desarrollo y el progreso tanto personal como profesional de los trabajadores. Esta herramienta importaría un gran avance y permitiría flexibilizar las tareas laborales, siendo de gran ayuda para los trabajadores que nos conciernen.

Para finalizar, recordamos la importancia de la institución familiar en el

57 CIPPEC, & Albrieu, R. (2020, abril). *Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en Argentina en tiempos del COVID-19*. Recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/04/Albrieu-abril-2020-Oportunidades-y-limites-del-teletrabajo-en-Argentin...-3.pdf>

marco de nuestra sociedad y la necesidad de que se implementen todas las medidas necesarias para su preservación. Corresponde al empleador y al estado garantizar aquellas medidas idóneas para que el trabajador con cargas de familia pueda desempeñarse sin ningún tipo de obstáculo. Por último, destacar que todo trabajador tiene derecho a poder acceder y desempeñarse en el ámbito laboral sin que exista conflicto entre este y sus responsabilidades familiares.

Bibliografía

Arese, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales, Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.

CANESSA MONTEJO, M. F. (2008). L Derechos Humanos Laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES*. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org>

Convención Interamericana. (2013). CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Dirección General de Derechos Humanos, M. P. F. (2017). *Igualdad y no discriminación. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)*. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2.pdf>

Naciones Unidas. (s. f.-a). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Naciones Unidas. (s. f.-b). Derechos Humanos. Recuperado 22 de mayo de 2020, de <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

Organización Internacional del Trabajo. (s. f.). Texto de la Declaración y su seguimiento (DECLARATION). Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) No 111. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256

Organización Internacional del Trabajo. (1981). Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312301:NO

CEPAL. (2019, noviembre 7). Tiempo de trabajo no remunerado según ingresos propios por sexo. Recuperado de <https://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-trabajo-no-remunerado-segun-ingresos-propios-sexo>

Organización Internacional del Trabajo. (2019). Convenio sobre la violencia y el acoso No 190. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

María Claudia, P. (2004). EL ACOSO LABORAL - MOBBING-PERSPECTIVA PSICOLÓGICA. *Revista de Estudios Sociales*, (18), 111-122. <https://doi.org/10.7440/res18.2004.10>

Altamira Gigena, Raúl. E. (2011). *Ley de Contrato de Trabajo: comentada y concordada*. Buenos Aires, República Argentina: ERREPAR S.A.

Constitucional Nacional de la República Argentina

Ley 20744, Ley de Contrato de Trabajo

Ley Anti Discriminatoria N° 23.592

CIPPEC, & Albrieu, R. (2020, abril). *Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en Argentina en tiempos del COVID-19*. Recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/04/Albrieu-abril-2020-Oportunidades-y-limites-del-teletrabajo-en-Argentin...-3.pdf>

Pandemia Covid-19, sus efectos en el Derechos Laboral

¿SE PUEDE RESCINDIR EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA CRISIS GENERADA POR EL COVID-19? ¿LA SUSPENSIÓN LABORAL SIN GOCE DE SUELDO ES UNA RESCISIÓN ENCUBIERTA?

Martina Rimoldi

Introducción

Cabe mencionar que en nuestro país, el 50 por ciento de los trabajadores son asalariados “en negro”⁵⁸ y que la tasa de desempleo a fines del 2019 fue del 8,9 por ciento⁵⁹ con una estimación para el 2020 en niveles elevados, debido a la pandemia. (Publicado en página del INDEC).

A su vez, la OIT ha establecido un panorama mundial, marcando que la cifra global de desempleo⁶⁰ alcanzará los 190,5 millones en 2020, aunque el subempleo afecte a más del doble de personas.

En este contexto de crisis la situación se agrava. Vemos como en países del continente como EEUU, 10 millones de personas se quedaron sin empleo. En los países vecinos: Brasil, Uruguay, también se están llevando adelante despidos masivos y Chile, adoptó una medida similar a la de nuestro país de suspensión de despido, pero con recortes salariales.

A través de lo mencionado, se puede ver como los derechos humanos laborales son violados sistemáticamente, sobre todo en América, y particularmente en Latinoamérica.

Es por esto que me pareció interesante abordar esta temática contemplada normativamente en nuestra Constitución Nacional, en el artículo 14° bis y en el artículo 75°. También considerada en Pactos Internacionales, agregados a nuestra normativa legal, en la última Reforma de la Constitución en 1994. Los Pactos que lo abordan son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, en su artículo 6° que reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo. También contemplado en el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que además agrega que los Estados parte de este Pacto, tomaran las medidas para garantizar este derecho.

A su vez la OIT agrega expresamente la protección contra el desempleo en sus recomendaciones: Las normas de la OIT y el COVID-19⁶¹ y Recomendación

58 Dato que surge de la última encuesta realizada por el Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina (UCA). Se puede encontrar en el sitio: <http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina>

59 Se puede encontrar en el sitio: <https://www.indec.gob.ar/>

60 Dato que se encuentra en: *Observatorio de la OIT – segunda edición: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas y análisis*

61 Publicada el 27/03/2020. Se puede encontrar en el sitio: https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang-es/index.htm

sobre la terminación del trabajo, N° 166.⁶²

También la CIDH⁶³, en el contexto de esta pandemia, formuló una serie de recomendaciones a todos los Estados partes, entre ellas:

5. “Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.”

19. “Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos, adopten procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los DESCAs de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad y, en general, sobre las personas que trabajan, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales. Las empresas tienen un rol clave que desempeñar en estos contextos y su conducta debe guiarse por los principios y reglas de derechos humanos aplicables.”

El objetivo de este trabajo es profundizar sobre todas las cuestiones mencionadas, atenta a todas las novedades que día a día se presentan en el mundo, presentando casos reales y previendo situaciones hipotéticas que se pueden dar en este marco, con el sustento de la historia en recesión económica y desempleo.

Conceptualización

Antes de comenzar con la temática específica del trabajo, creo que es necesario dar algunos conceptos acerca de qué es la suspensión del contrato de trabajo y qué es la rescisión de un contrato, en este caso laboral, en la legislación Argentina.

La suspensión, que consiste en la cesación temporal de algunos efectos del contrato de trabajo, que luego de finalizada esta, recuperan su plena eficacia. El contrato de trabajo no se extingue, sino que se congelan algunos efectos. Hay que tener en cuenta la temporalidad, porque siempre la suspensión es por un tiempo. No puede ser ilimitada en virtud de que el CDT es un contrato que se supone continuado. Solo procede para los casos establecidos por la ley.

62 Adoptada el 22/06/1982. Se puede encontrar en el sitio: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166

63 Recomendaciones hechas en su RESOLUCIÓN NO. 1/2020 adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020.

Para que una suspensión sea válida, debe cumplir con 3 condiciones:

- **Justa causa:** tiene que existir un motivo por el cual se le impone la sanción al trabajador, limitada en razón de los principios de contemporaneidad, razonabilidad y proporcionalidad. Se considera justa causa si hay faltas o incumplimientos no imputables al empleador, por razones disciplinarias o fuerza mayor debidamente comprobada.
- **Plazo determinado:** la suspensión debe contar con un plazo cierto por el cual va a durar; no puede exceder de los 30 días en 1 año, si se trata de causales no imputables al empleador o por razones disciplinarias.
- **Notificación por escrito:** el trabajador tiene 30 días posteriores a la notificación, para rechazarla o cuestionarla, vencidos los cuales se considera que fue consentida.

En el caso en que no se respetaren los plazos previstos por la ley y la suspensión se excediere, da derecho al trabajador a considerarse como despedido, o a exigir la remuneración por todo el tiempo que estuvo suspendido.

La extinción del [contrato de trabajo](#), que algunos la llaman distracto (disolución del vínculo laboral) es su desaparición como tal y el cese, por ende, de los derechos y obligaciones que el mismo implicaba para el trabajador y el empleador. Es el acto jurídico de carácter instantáneo que puede adoptar tanto el trabajador como el empleador que produce efectos jurídicos inmediatos generando obligaciones para ambas partes.⁶⁴

I. La normativa que existe respecto a la suspensión y rescisión del contrato de trabajo en Argentina

La Constitución Nacional, en su artículo 14° bis establece “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes [...]”, y en su artículo 75°, que nombra las atribuciones del Congreso de la Nación de forma taxativa, y establece en su inciso 19: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.”

También los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional, agregados a nuestra normativa legal, en el año 1994, se pronuncian al respecto. Tal es así, que la Declaración de Derechos Humanos, en su artículo 23° reza: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.” En el Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 6° dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

A su vez, la Ley de Contrato de Trabajo⁶⁵(N° 20.744), contempla distintas modalidades del mismo. Por principio general se entiende celebrado por tiempo

64 TOSELLI, Carlos. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Tomo I*. Editorial Alveroni.

65 Su publicación puede ser encontrada en el sitio: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

indeterminado, salvo que su término resulte de determinadas circunstancias: que se haya fijado en forma expresa el tiempo de duración, o que las modalidades de las tareas, lo justifiquen.

Dicho esto, se entiende que no todas las formas de terminación del contrato son iguales. Pero aquí, me detendré en los contratos de trabajo por tiempo indeterminado y en las causas de terminación del contrato que me interesa remarcar para abordar este trabajo. Estos pueden ser terminados por voluntad del empleador o del trabajador, o por la voluntad concurrente de ambos. También por justa causa, y sin justa causa. A su vez, se puede extinguir por razones de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo.

Pero a raíz de la crisis generada por el Covid-19, con el fin de preservar el empleo, y todas las consecuencias gravosas que se pueden desatar si no se disponían medidas hacia la conservación del trabajo, se dictó en Argentina el DNU 329,⁶⁶ que establece la prohibición de despidos y suspensiones, modificando temporalmente lo que dispone la Ley de Contrato de Trabajo.

Citando al Dr. César Arese⁶⁷ en Revista Legislación del Trabajo “el dictado del DNU 297, vino a establecer en su art. 8 un concluyente principio general de aplicación: “los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales”, según la reglamentación a dictarse. De tal forma, se prescribe la intangibilidad salarial para quienes no presten servicios en el marco de la emergencia sanitaria, salvo que el trabajador se encuentre dentro de las excepciones del art. 6 de esa norma.

Su reglamentación por Res. MTESS 219 del 19/3/20 distinguió entre quienes realizan teletrabajo pactado en que reciben la remuneración habitual y quienes no prestan servicios, a los que se liquidará como “no remunerativo” con cargas de la seguridad social. El criterio que impera en la materia sigue siendo el del principio de integralidad remuneratoria.”⁶⁸

Cabe agregar aquí que el artículo 2° del decreto 329 establece que “quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.” Ahora bien, cabe analizar qué dispone el artículo 223° bis de la LCT. El mismo regula el supuesto de suspensión por falta de trabajo o fuerza mayor acordada entre el empleador y parte o todo el personal, situación en la cual los trabajadores percibirán una prestación no remunerativa pactada entre las partes.

Esto puede generar dos situaciones; que las prestaciones que se pacten, debido a la vinculación jerárquica que se da en una relación laboral, sean insignificantes para los trabajadores, o que la prestación sea un monto favorable para ambas partes.

anexos/25000-29999/25552/texact.htm

66 Su publicación puede ser encontrada en el sitio: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335976/norma.htm>

67 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, postdoctorado y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

68 ARESE, César, El coronavirus se derrota con solidaridad, LTr, San Pablo, 2020

II. ¿En qué casos la rescisión se efectúa en un marco de ilegalidad en contexto de covid-19? ¿Todos los despidos que se producen en el contexto de esta crisis son arbitrarios?

En torno a este tema, la legislación argentina, a través del Decreto 329, ha sido muy conteste, ya que dispone la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor (en principio por un plazo de 60 días, lo que luego fue prorrogado por 60 días más).

Aquí también se puede traer a colación una recomendación de la OIT sobre la terminación del trabajo (N°166) y dice en su artículo 19°: “Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados.” Esta recomendación se ha tenido en cuenta al momento del dictado del DNU, mencionado anteriormente, por el Mandatario actual de la República.

Pero cabe agregar que se puede inferir que no todos los despidos que se efectúen en el marco de esta crisis serán ilegítimos, ya que pueden darse situaciones en las que el despido esté debidamente justificado, y no tengan como causa la falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, como lo prevé el artículo 242 de la LCT, que establece que “una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”. Un ejemplo de esto, podría ser las faltas disciplinarias que cometa el trabajador, de forma reiterada. En este caso, el DNU, no sería aplicable y su despido sería legítimo.

Pero también aquí se puede traer a colación una recomendación de la OIT sobre la terminación del trabajo (N°166) y dice en su artículo 19°: “Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados.”

III. Los derechos que se vulneran al trabajador en medio de la pandemia, cuando se efectiviza el despido

En contexto de esta crisis, son muchos los derechos vulnerados, ya sea de personas que han sido despedidas o suspendidas con un percepción de sus haberes menores, o nulos.

A propósito de esto, la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han dispuesto una serie de recomendaciones.

Entre ellas, la adopción de políticas para el alivio inmediato de los

trabajadores y las empresas, a fin de salvaguardar los medios de subsistencia y las empresas económicamente viables, la estabilización de los medios de vida y de los ingresos.

Cabe mencionar que alrededor de dos mil millones de personas trabajan de manera informal a nivel mundial. La economía informal contribuye al empleo, los ingresos y los medios de vida, teniendo un papel económico importante, ya que para algunos es la única forma de acceso al trabajo, y por ende a un salario y su subsistencia. Pero la contracara, entre tantas, de estos trabajadores, es que carecen de la protección básica que los empleos del sector formal ofrecen, e incluso de cobertura de seguridad social. Su situación es también penosa en cuanto a que no tienen acceso a los servicios de salud.

Por lo que podemos inferir, que los trabajadores del sector informal, de por sí, ya viven en una situación de vulnerabilidad respecto de los trabajadores del sector formal.

No se encuentran alcanzados por la cobertura de la seguridad social, no tienen acceso a la salud, y en muchos casos, sus ingresos también están por debajo de lo que se estima.

Esta situación se ve agravada en una situación como la que hoy en día estamos viviendo a raíz de esta pandemia mundial, donde los gobiernos han dispuesto distintas medidas como el aislamiento social, preventivo y obligatorio, también llamada cuarentena. Esto ha producido el cierre de muchas fábricas, comercios, suspensiones de eventos artísticos y deportivos, baja en la producción de bienes, etcétera.

Consecuentemente, se efectúan despidos y suspensiones con la percepción de la mitad del salario, o directamente, sin percepción del mismo. Esto deja a los trabajadores en una situación de vulnerabilidad total, en un momento donde la búsqueda de otro labor, o emprendimiento, es imposible.

La Comisión Internacional de Derechos Humanos⁶⁹ se expidió al respecto, recomendando a los Estados Partes, que tomen medidas para asegurar los ingresos económicos de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Asimismo, asegurar la existencia de mecanismos de acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos en este contexto.

Esto último mencionado, es interesante recalcar. Con un Poder Judicial que lleva dos meses de feria en este contexto de crisis, donde los derechos se ven vulnerados de manera constante, cabe preguntarse: ¿Es posible garantizar el derecho que tenemos las personas, y los trabajadores en particular, de acceder a la justicia cuando este Poder está funcionando precariamente?

69 Recomendaciones hechas en su RESOLUCIÓN NO. 1/2020 adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020.

IV. ¿La suspensión en este marco no constituye despido encubierto?

Otra pregunta para responder es si la suspensión que han dispuesto muchos empleadores, sin goce de sueldo por parte de los trabajadores, o la mitad en algunos casos, no constituye un despido encubierto. Como anticipo anteriormente, en la LCT, en su artículo 218° dispone “Toda suspensión dispuesta por el empleador para ser considerada válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador.”

Pero aquí, cabe decir, que el gobierno nacional a través del DNU 329, estableció en su artículo 3°: “Prohíbanse las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de SESENTA (60) días, contados a partir de la fecha publicación del presente decreto en el BOLETÍN OFICIAL.”

Por lo que se podría inferir, que en este momento, que está prohibida la suspensión laboral por causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, quien es suspendido de su trabajo, donde la mayoría de las veces no perciben sus haberes como corresponde, o ni siquiera los perciben, el trabajador podría darse por despedido constituyendo una de las formas de terminación del contrato de trabajo, lo que es también llamado como despido indirecto, contemplado en el artículo 242° de la LCT.

A pesar de esta normativa, sospecho que esto efectivamente suceda en la praxis, situación en la que los trabajadores, en el momento de incertidumbre que están atravesando respecto de la conservación de sus puestos de trabajo, y la crisis que avecina en el mundo laboral, se den por despedidos, aunque, como mencioné antes, la normativa legal lo contemple.

V. Panorama mundial del trabajo en contexto de covid-19

La crisis está teniendo repercusiones terribles en la fuerza de trabajo mundial, independientemente del sector que se trate, o del país. Esta problemática ha azotado al mundo entero. Según las estimaciones de la OIT, en las últimas semanas ha habido un aumento de los cierres de lugares de trabajo, y el 81 por ciento de la fuerza de trabajo mundial vive en países donde se ha ordenado o recomendado el cierre de los lugares de trabajo.

En la situación actual, hay un alto riesgo de que el aumento del número de desempleados en el mundo a finales de 2020 supere la proyección inicial (25 millones) indicada en el primer comunicado de la OIT. También es probable una duradera pérdida de producción en muchas empresas.

Ahora bien, a pesar de haber mencionado que la crisis tiene repercusiones independientemente del sector que se trate, cabe mencionar que la crisis ha afectado más en algunos sectores que otros.

Según la OIT, los sectores más afectados son: los servicios de alojamiento y de servicio de comidas, las industrias manufactureras, el comercio al por mayor y al por menor y las actividades inmobiliarias y actividades administrativas y comerciales. Estos sectores emplean a 1250 millones de trabajadores en todo el mundo, lo que representa casi el 38 por ciento de la fuerza de trabajo mundial.

Cabe agregar que muchos de los trabajadores más afectados son los que ya están mal pagados y tienen menos acceso a los beneficios de la seguridad social. Por lo tanto, esto puede agravar la desigualdad ya existente.

También hay otra arista a observar, y es que alrededor de 2000 millones de personas trabajan de manera informal (la mayoría de ellas en países emergentes y en desarrollo). En nuestro país el 50% de la economía es informal, por lo que no se ven alcanzadas por las normas legales protectoras al respecto, como lo es hoy en día la prohibición de despidos y suspensiones.

Esto trae como consecuencia, que se encuentren en una situación mucho más gravosa.

Vi. Encuesta realizada a personas que han sido suspendidas y despedidas en Argentina.

Al momento de pensar en la rescisión del vínculo laboral en contexto de esta crisis, luego de reflexionar sobre la normativa, las recomendaciones y los análisis de los distintos órganos internacionales, es necesario emprender una observación de lo que efectivamente está pasando y preguntar a los protagonistas que más sufren esta crisis qué es lo que están viviendo. Y así atender la diferencia que existe entre la teoría y la práctica, entre lo que parece a prima facie, como normas protectoras que alcanzan a una población entera, y como en lo fáctico, estas no son aplicadas para un porcentaje importante de la población, que es contratada en la informalidad, o pese a ser alcanzadas por la formalidad, en un porcentaje menor, de igual manera son violadas las disposiciones dictadas en los últimos días por el Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina.

Para poder efectuar un análisis de esta situación, realicé una encuesta a través de la plataforma Google: “RESCISIÓN DEL VÍNCULO LABORAL EN CONTEXTO DE COVID-19”,⁷⁰ que ha sido contestada por 200 personas. La encuesta fue destinada a personas que han sido suspendidas o despedidas en este tiempo. Y el resultado fue que, de 200 personas:

- 136 personas fueron suspendidas.
- 67 personas fueron despedidas.
- 80 personas no reciben su salario.
- 32 personas perciben la mitad de su salario.
- 9 personas lo perciben de manera íntegra.
- 15 personas perciben su salario de otra forma.

Otra de las preguntas fue si esta situación les había causado problemas físicos-emocionales o no, la respuesta estuvo dividida, por un lado 110 contestaron que sí, mientras que los 90 restantes que no. En la última pregunta, pedí que especificaran cuáles eran sus problemas, y sus respuestas han sido variadas, aunque algunos síntomas muy recurrentes.

Entre los más comunes, la ansiedad, depresión, tristeza, angustia, incertidumbre, hipersensibilidad. Algunos han manifestado falta de aire, ataques

70 Se puede encontrar la encuesta completa en el sitio: <https://forms.gle/7g7pxVpDAaUomeRX9>

de pánico, dolores de cabeza, náuseas, pérdida de apetito, poco poder de concentración, bronca, ira y brotes en partes del cuerpo. También otra de las afecciones o preocupaciones son las amenazas que reciben por parte de los empleadores en cuanto a un mayor control disciplinario.

VII. Medidas dispuestas por el estado para paliar los efectos de la crisis laboral y económica

Además del DNU 319/20, que establece la normativa respecto a la suspensión de despidos y suspensiones laborales por causas económicas o por fuerza mayor, han dispuesto otra medida de alivio hacia las empresas a través del ATP (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y a la Producción) con el pago del 50 por ciento del salario por parte del Estado. Y es aquí donde me quiero detener, ya que se da un problema de aplicación.

Teniendo en cuenta que el 50 por ciento de los trabajadores en Argentina no se encuentra registrado correctamente, o directamente no están formalizados, estas normativas que disponen la suspensión de los despidos y suspensiones, no son susceptibles de aplicación a aquellos trabajadores que se encuentran desempeñando su labor en la economía informal, como así tampoco pueden percibir el 50 por ciento de su salario a través del ATP. Se puede concluir, que estos trabajadores se ven en una desventaja por su condición de asalariados informales, y que, además, ninguna de las normativas “protectoras” que se han dispuesto durante la Pandemia, los alcanzan.

Pero el ATP no fue la única medida que dispuso el Gobierno Nacional para paliar los efectos de la crisis, también lanzó el IFE (Ingreso Familiar de Emergencia) con una serie de requisitos dispuestos en el artículo 2° del Decreto 310/20, pero lo importante de remarcar es a quienes está destinado este ingreso:

“Ingreso Familiar de Emergencia será otorgado a las personas que se encuentren desocupadas; se desempeñen en la economía informal; sean monotributistas inscriptos en las categorías “A” y “B”; monotributistas sociales y trabajadores y trabajadoras de casas particulares [...]”⁷¹

Al disponer esta medida contributiva que beneficia a los trabajadores de la economía informal, entendiendo que muchos de estos han sido despedidos, o no están percibiendo sus salarios de forma íntegra, me cuestiono ¿Es realmente suficiente percibir diez mil pesos por mes, estando a cargo de un grupo familiar? O aun así no estuviese a cargo de un grupo familiar, y fuese una persona que vive sola, en una casa o departamento, que tiene que pagar alquiler, impuestos de servicios, alimentos, etcétera.

Para dar una respuesta a esta pregunta, me remito a los datos proporcionados por el INDEC⁷² de la canasta básica familiar de 4 personas que es \$42.594 (pesos cuarenta y dos mil quinientos noventa y cuatro). Considerando

71 Su publicación puede ser encontrada en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227113/20200324>

72 Su publicación puede ser encontrada en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_05_205663094BE4.pdf

estos datos, y pensando en la situación de una persona que no está percibiendo su sueldo, o ha sido despedida de su trabajo, las cifras del IFE están por debajo de la línea de la indigencia, implicando que la persona siga encontrándose en una posición de suma vulnerabilidad.

VIII. Conclusión

Luego de acercar los conceptos necesarios para comprender la crisis que existe en el mundo laboral, su normativa legal, los decretos dictados con alcances de manera provisoria para paliar los efectos de la crisis, de mostrar los datos de una encuesta realizada a distintos trabajadores para evidenciar parte de lo que efectivamente está sucediendo, y de analizar las medidas de alivio dictadas por el Estado Nacional, brindaré una opinión personal acerca del tema.

En primer lugar, respondiendo a la pregunta central de la cual he partido para realizar este escrito, concluyo que se puede rescindir el contrato de trabajo, toda vez, que este no se rescinda sin justa causa y por razones de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Es decir, esta prohibición que ha dispuesto el Gobierno Nacional no es absoluta, quedarían exceptuados de la prohibición todos los motivos que mencioné cuando hablé acerca de la normativa respecto a la suspensión y rescisión del contrato de trabajo, en el punto III. Y los que se encuentran en la legislación.

Pero aquí, hay que hacer una salvedad interesante, y es la anomalía que se da en el mundo de la economía informal, que desde los inicios del vínculo laboral no se encuentra registrado, es decir, desde los inicios del contrato de trabajo, la normativa laboral se incumple. Y es en este campo, donde se ve la mayor problemática, ya que en una situación como la que se vive hoy, de crisis económica y laboral, las posibilidades de que las disposiciones del Decreto 329 se cumplan, se reducen bastante.

Otro de los interrogantes del cual he partido es, si la suspensión laboral, prohibida también por el Decreto 329, sin goce de sueldo, no constituye un despido encubierto. Y aquí tampoco hay una respuesta unívoca, ya que existen distintas modalidades de suspensión, en tanto que, el decreto dispone que están prohibidas las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, hace expresa la excepción de la suspensión acordada entre el empleador y el trabajador, con un acuerdo también sobre la prestación no remunerativa. Por lo que se puede concluir, que en todos los casos en que haya una suspensión sin goce de sueldo, esto constituye un despido encubierto, debido a que las obligaciones principales de ambas partes, no están siendo ejecutadas. Además de que la suspensiones, en marco de esta crisis, están siendo indeterminadas, requisito esencial para determinar una suspensión.

Como ya mencioné antes, en el punto III, encuentro difícil, a pesar de estar vulnerados todos los derechos del trabajador, que en medio de esta crisis, este se dé por despedido.

Me interesa concluir con una reflexión acerca de una noticia en la que la marca de helados Cremolatti de la Ciudad de Córdoba se ve implicada, para ver

el uso del IFE y la tergiversación que se le puede dar dentro del campo de la economía informal por parte de los empleadores:

“De acuerdo a lo denunciado por empleados de la empresa que se encuentran trabajando en negro, ante el cierre por la cuarentena, los responsables de la sucursal comenzaron a exigirles que se inscribieran para acceder al bono de emergencia de 10 mil pesos.

Así, a aquellos empleados que lograban acceder a la ayuda estatal se les descontaban directamente los 10 mil pesos del sueldo. Es decir, cubrían con la ayuda estatal parte de sus obligaciones.

Al IFE sólo pueden acceder trabajadores informales, desempleados o monotributistas de las categorías más bajas. Como los dueños no tienen inscriptos correctamente a sus empleados pudieron hacer que el Estado cubriera parte de sus sueldos. La mitad de los trabajadores de la sucursal no están inscriptos debidamente, según uno de los empleados.”⁷³

Se evidencia una vez más, el aprovechamiento y la violación que se ejerce de forma sistemática, de derechos que hacen a la dignidad de la persona, en este caso, de los trabajadores informales. No solo que estos ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad desde antes que comience la Pandemia del Covid-19 como manifiesta la OIT: “los trabajadores informales generalmente tienen empleos de mala calidad, salarios bajos, largas jornadas de trabajo, falta de acceso a oportunidades de capacitación, dificultades para acceder al sistema judicial y al sistema de protección social, incluyendo la protección para la seguridad y salud en el trabajo” ⁷⁴sino que tampoco están alcanzados por las normativas protectoras de los despidos y suspensiones en medio de la pandemia. Sumado a todo lo mencionado anteriormente, el empleador decide en el caso mencionado, arbitrariamente, vulnerar una vez más, sus derechos, atribuyendo parte del pago del salario al plan del gobierno.

Entendiendo que la informalidad laboral es una realidad que atañe a la mitad de los trabajadores argentinos en relación de dependencia, es urgente pensar mecanismos para desincentivar esta problemática.

Concluyendo, el problema es aún más profundo porque hay una carencia de política de control hacia los empleadores que tienen a sus trabajadores “en negro”. Si bien hay mecanismos por parte del Ministerio de Trabajo para controlar, estos no son llevados a cabo ni de forma regular ni eficiente. La legislación existe, pero el problema es lo que efectivamente sucede con el cumplimiento de la misma.

El interrogante que dejo abierto es ¿De qué manera se puede incentivar a la formalización de los trabajadores? ¿Es necesario bajar las cargas contributivas hacia los empleadores para que “blanqueen” a sus trabajadores, o bien las cargas son necesarias para generar un sistema fuerte de un Estado que abrace las políticas públicas en materia de seguridad social? ¿Hay una ignorancia en

73 Recuperado de: <https://www.fmconlaracordoba.com.ar/2020/05/15/cordoba-hicieron-anotarse-a-sus-empleados-en-el-ife-y-se-lo-descontaron-del-sueldo-mira-los-mensajes/>

74 Extraído de Oficina OIT en Argentina. Tema: Economía informal en Argentina. Recuperado de: <https://www.ilo.org/buenosaires/temas/economia-informal/lang-es/index.htm>

cuanto al sistema tributario argentino, que produce un problema sociológico, en cuanto a la actitud de los empleadores frente al pago de las cargas tributarias que impone formalizar a un trabajador?

Por último, creo que luego de la Pandemia del COVID-19, viene una segunda pandemia, que es la del desempleo, la cual ya ha desembarcado y se agravará si no se trabaja con seriedad en el tema, por lo que los Estados, y en particular el Estado argentino, los empresarios, los trabajadores y la sociedad entera deberán aunar sus esfuerzos y recursos con los fines de reactivar la economía.

Es necesario de manera urgente crear una mesa de diálogo con todos los sectores productivos y todos los sujetos que los componen: trabajadores, empresarios, emprendedores de pequeñas y medianas empresas, organismos laborales, y el Estado a fin de llegar a acuerdos que sean favorables para todos, sobre todo para los sujetos más perjudicados con esta crisis.

Bibliografía

Arese, César. (2020). El coronavirus se derrota con solidaridad. Revista Legislación del Trabajo. LTr, San Pablo

TOSELLI, Carlos. (2009). Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I. Editorial Alveroni.

OIT. (2020) Las normas de la OIT y el COVID-19

OIT. (1982) Recomendación sobre la terminación del trabajo, N° 166.

OIT. (s.f.). (2020) Observatorio de la OIT- segunda edición: El COVID-19 y el mundo del trabajo.

CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución NO. 1/2020

DECNU-2020-329-APN-PTE

DECNU-2020-297-APN-PTE

DCTO-2020-310-APN-PTE

Constitución de la Nación Argentina

Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (1986)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Rimoldi, M. (2020). "RESCISIÓN DEL VÍNCULO LABORAL EN CONTEXTO DE COVID-19", recuperado de: <https://forms.gle/7g7pxVpDAaUomeRX9>

Oficina OIT en Argentina. Tema: Economía informal en Argentina. Recuperado de: <https://www.ilo.org/buenosaires/temas/economia-informal/lang-es/index.htm>

Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina

(2019). Recuperado de: <http://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina>.

“CORONAVIRUS: LICENCIAS POR FUERZA MAYOR Y SU VINCULACIÓN CON CIERTOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO. COMENTARIOS RESPECTO A MEDIDAS LABORALES TOMADAS EN EL MUNDO”

Por Díaz Castagno Rocío

“Licencias por fuerza mayor: análisis de la Resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo en relación al principio de progresividad, solidaridad y el deber de adoptar medidas internas. Comparación con las medidas laborales adoptadas en el mundo por la emergencia sanitaria”

“Es una pelea difícil, seguimos peleando contra un enemigo invisible que se mete en nuestros cuerpos, que no sabemos quién de nosotros lo lleva, quien contagia; por lo tanto, tenemos que preservarnos y la única forma que tenemos de preservarnos, es estar en nuestras casas”

Presidente Alberto Fernández.

Agradecimientos

Quiero agradecer a todos los que forman el equipo del curso “Derechos Humanos Laborales y Derecho Internacional del Trabajo” que me dieron las herramientas para poder realizar este trabajo monográfico, que a pesar de que estamos pasando circunstancias sociales muy difíciles, estuvieron siempre presentes, dando clases y trayendo en cada encuentro a expositores que con sus discursos enriquecieron mi conocimiento.

En unos años, cuando me pregunten qué estaba haciendo durante la Pandemia del coronavirus, con mucho orgullo voy a responder “Yo estaba estudiando, estaba aprendiendo”.

Muchas Gracias.

Generalidades

La monografía se realizará en el marco de la asignatura “Derechos Humanos laborales y Derecho internacional del trabajo, con el cine como recurso”. La elección del tema surge porque hay mucha incertidumbre social ya que la pandemia y el posterior decreto de la cuarentena obligatoria, llevo a que prácticamente nadie pueda realizar sus actividades con normalidad... las relaciones laborales se han visto realmente afectadas, para trabajadores y empleadores.

Introducción

El trabajo es un instituto que se encuentra íntimamente relacionado con la economía y el sostenimiento del país y de las familias. Es importante no olvidar que se estima que el sueldo tiene carácter alimenticio y dejar de percibirlo sería algo catastrófico para la gran mayoría de las familias argentinas. ¿Pero qué

sucede cuando el trabajador no puede ir a trabajar por una cuestión de fuerza mayor, como es en este caso la cuarentena obligatoria? ¿O cuando el trabajador está atravesando por una situación que no le permite enfocarse en su trabajo como lo haría normalmente? No hay que olvidar que el trabajador no es un sujeto aislado, sino que es un sujeto social...una persona que tiene familia, hijos, que debe cuidar de su salud, que posee preocupaciones y demás cosas que atender.

El trabajo estará organizado en tres esquemas centrales e intentará dar respuesta a la pregunta ¿Cuáles son las medidas de protección laboral que se han tomado en Argentina? ¿y en el mundo?

Primeramente, versará sobre uno de los impactos de la crisis sanitaria en el mundo del trabajo, la situación generada por la Resolución 207 del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social de la Nación dictada el día 16 de Marzo del año 2020, la cual establece diferentes licencias en el ámbito privado por 14 días (en principio).

Analizaré este decreto e intentare dar respuesta a interrogantes como ¿Qué rol juega el principio de progresividad y el deber de adoptar medidas internas regulados en tratados internacionales, en relación al Gobierno Nacional? y ¿La medida realmente es protectoria de los derechos del trabajador?

En la resolución se establece que están exentos de continuar con sus actividades laborales los trabajadores de más de 60 años, las mujeres embarazadas, las personas que se encuentren dentro del “grupo de riesgo” y los trabajadores que tienen a su cuidado menores escolarizados.

La idea es poder dilucidar cada una de las licencias y responder algunas preguntas ¿Estas licencias se justifican en una situación de carácter objetivo? ¿Quién debería asumir el costo del pago del salario? ¿se podría justificar en virtud de los deberes de colaboración, buena fe y solidaridad?

En el segundo bloque de la monografía en resumidas cuentas mencionare alguna de las medidas que se han tomado en el contexto mundial (principalmente en países que se vieron puntualmente afectados como son China, España, Estados Unidos, entre otros) referidas a la situación de los trabajadores. El fin es poder realizar una comparación con las políticas laborales decretadas en nuestro país.

Para finalizar realizaré una conclusión tratando de dar respuesta a todos los interrogantes que he planteado inicialmente o por lo menos aclararlos lo más posible y bajar la teoría a la práctica.

Utilizaré como herramientas el método investigativo/comparativo. Como base y complemento de la investigación utilizare el material bibliográfico referido al tema propuesto, las exposiciones presentadas en clase y el material cinematográfico y audiovisual sugerido.

Las crisis anteriores nos han enseñado que los trabajadores y los empleadores deben colaborar para hacer frente al impacto del COVID-19, según un nuevo informe de los grupos de empleadores y de trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo.

En muchas partes del mundo, el COVID-19 ha puesto en peligro la salud

y la seguridad de millones de personas, además ha ejercido una presión enorme sobre las empresas, los empleos y los medios de subsistencia. En las situaciones de crisis, la colaboración y el diálogo entre los miembros de las organizaciones empresariales y de empleadores y las organizaciones de trabajadores puede estimular el progreso económico y social y acelerar la recuperación.

La pandemia del COVID-19, que ya afecta a casi 170.000 personas en 148 países y ha provocado más de 6.500 muertes¹, podría contagiar a una gran parte de la población mundial. Según diversas estimaciones, la proporción de la población mundial que podría verse infectada² oscila entre el 40 y el 70%.

La crisis ya ha repercutido ampliamente en el plano económico y en el mercado laboral, tanto en la oferta (producción de bienes y servicios) como en la demanda (consumo e inversión). Su incidencia adversa en la producción, que al principio solo afectó a Asia, se ha ampliado a las cadenas de suministro de todo el mundo. Todas las empresas, con independencia de su tamaño, deben afrontar graves problemas, en particular en los sectores de la aviación, el turismo y la hostelería, así como un grave riesgo de disminución de ingresos, aumento de la insolvencia y pérdida de puestos de trabajo en determinadas esferas. El mantenimiento de la actividad empresarial será especialmente difícil para las PYMES. A raíz de las restricciones de viaje, el cierre de fronteras y la imposición de medidas de cuarentena, en muchos casos los trabajadores no pueden desplazarse a su lugar de trabajo ni llevar a cabo su actividad profesional, lo que merma sus ingresos, en particular en los casos de empleo informal u ocasional.

Los consumidores de muchos países no pueden adquirir bienes ni servicios, o son reticentes a hacerlo. Habida cuenta de la actual coyuntura de incertidumbre y temor, cabe esperar que las empresas pospongan las inversiones, la adquisición de bienes y la contratación de trabajadores.

Las perspectivas económicas y en lo concerniente a la cantidad y calidad del empleo empeoran a un ritmo muy rápido. Si bien los valores actualizados de las previsiones fluctúan sustancialmente, y en gran medida, infravaloran ampliamente la situación real, en todos los casos ponen de manifiesto efectos muy adversos en la economía mundial, auguran cada vez más una recesión a escala mundial.

Primera parte “Medidas laborales tomadas en Argentina”

Regulación Normativa de la Resolución 207/2020

Cuando trascendieron las principales medidas de emergencia destinadas a prevenir la propagación del virus COVID-19, en materia de licencias laborales el Gobierno Nacional decidió dictar la Resolución 202/2020 la cual ha sido clara al establecer la percepción íntegra de sus remuneraciones para las personas que están en situación de “aislamiento obligatorio” ¿Quiénes son los trabajadores que quedan incluidos en esta medida? para mayores de sesenta años de edad que trabajan (a excepción del sector de salud), las trabajadoras embarazadas y las personas trabajadoras que están incluidas en los grupos de riesgo que defina la autoridad sanitaria nacional, aquellas personas cuyas tareas habituales o análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento.

Sin embargo, ha surgido un interrogante que rápidamente ha generado confusión en los ciudadanos a raíz de que las clases de cualquiera de los niveles educativos han sido suspendidas ¿Qué sucede con los trabajadores que deben cuidar a sus hijos? Esta cuestión no ha sido expresa la manifestación respecto de la licencia especial para cualquier persona trabajadora que debe permanecer en su hogar para el cuidado y la atención de hijos o hijas en edad escolar, que surge del art.3 de la Res.207/2020 MTESS⁷⁵, y esto fue motivo de numerosas consultas y dudas.

*¿Cómo se debe interpretar la Resolución 207 del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social de la Nación dictada el día 16 de marzo del año 2020?
¿Cuál es el marco normativo?*

El sistema normativo Nacional se compone por numerosos y variados los instrumentos internacionales sobre derechos humanos laborales. Incluyen pactos, convenciones o tratados sujetos a ratificación, tanto como declaraciones y resoluciones, así como los principios, la costumbre, jurisprudencia, estudios, observaciones y otros instrumentos de los órganos internacionales, incluidos los de control.

En la Constitución Nacional se admite formalmente dos lecturas en materia de derechos humanos. El art. 14 bis es la norma central que codifica expresamente derechos fundamentales de carácter individual, colectivo y de seguridad social; aparece suplementado, complementado y reglamentado en algún caso, con un conjunto de disposiciones no menos concretas y precisas incluidas en instrumentos internacionales incorporados al derecho interno por vía del art. 75 inc. 22.

Asimismo, el art. 33 de la Constitución Nacional indica que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” y el art. 21 que los tratados con las potencias extranjeras “son la ley suprema de la Nación”.

Es decir que no hay dos textos de derechos humanos sino uno solo con fuentes que integran el mismo conjunto normativo de manera complementaria para el caso de los instrumentos sobre derechos humanos y con jerarquía superior a las leyes en el caso de los tratados.

Si bien existe normativa diversa al respecto, las relaciones laborales en Argentina están reguladas principalmente por la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744.

Al ordenamiento jurídico hay que entenderlo en conjunto, esto implica la legislación internacional y los principios rectores de la materia y la legislación nacional, por ende, todas estas medidas deben interpretarse en función de la combinación de ambos ordenamientos, pero fundamentalmente haciendo hincapié en el marco normativo de la Ley de Contrato de Trabajo.

La ley es clara cuando dice que se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir la parte trabajadora como consecuencia

75 Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, de aquí en adelante denominado MTESS

del contrato de trabajo, y que la parte empleadora debe la misma, aunque no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición.

Los principios del Derecho Internacional del trabajo

Es necesario dar una respuesta a nivel político de forma rápida y coordinada a escalas nacional y mundial, en el marco de un sólido liderazgo multilateral, a fin de limitar la incidencia directa del coronavirus en la salud de los trabajadores y sus familias, al tiempo que se mitigan los efectos económicos indirectos en la economía mundial.

La protección de los trabajadores y sus familias frente a una posible infección ha de ser prioritario. Por otro lado, es fundamental aplicar medidas con respecto a la demanda para garantizar la protección de las personas susceptibles de perder sus ingresos como consecuencia de una infección o la reducción de la actividad económica, con miras a impulsar la economía.

La protección de los ingresos contribuye asimismo a disminuir la reticencia a revelar posibles infecciones, especialmente en los grupos de trabajadores de bajos ingresos que ya se encuentran en una situación desfavorecida.

Pero es importante ver el rol que juegan los principios generales del derecho de trabajo internacional ¿Por qué? ¿para qué? Principalmente para ver cuál es el rol que ha adoptado el Estado y si las medidas son coherentes con el ordenamiento jurídico a nivel general. Pero como ciudadanos y trabajadores es fundamental para hacer valer y proteger nuestros derechos.

El Gobierno Nacional en concordancia con las medidas que se han tomado a nivel mundial ha decretado la cuarentena social, preventiva y obligatoria priorizando la salud de los ciudadanos frente a todas las otras cuestiones, entre ellas al derecho a concurrir a trabajar, pero complementariamente a esto ha fomentado el llamado “Home Office” y mediante la Resolución 207/2020 del MTESS ha estipulado una serie de licencias que permiten a los trabajadores seguir percibiendo su sueldo y manteniendo su puesto laboral, pero....¿Es acorde a los principios generales del derecho laboral internacional, rectores de nuestra legislación?

Analizaré los principios de progresividad y deber de tomar medidas internas. Los cuales les dan sustento a las resoluciones tomadas por el Gobierno Nacional, conjuntamente con la legislación interna y en concordancia con las medidas tomadas en otros países.

Principio de progresividad

La Corte Suprema Justicia de la Nación lo calificó como principio “arquitectónico” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ⁷⁶. En particular el PIDESC en su art. 2. obliga a “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado

76 Jurisprudencia- Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Madorrán, Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas”- año 2007

como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”

Por su lado, en el art. 26 CADH asimismo expresa “Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. En el mismo sentido, reglamenta el art. 26 del “Protocolo de San Salvador” adicional a la CADDHH.

El reverso de este derecho es la imposibilidad de retroceso o no regresión, frente a esta situación privar al trabajador de su derecho a percibir el salario y no intentar por todos los medios que continúe con la misma situación laboral que tenía anteriormente a la pandemia, sería una violación al mismo, ya que son derechos adquiridos y el Gobierno Nacional a través, del Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social, tiene la obligación de proteger al trabajador e intentar mantener la situación lo más favorablemente ellos.

Deber de adoptar medidas internas

En correlación con el sistema internacional pero principalmente relacionándolo con el principio de progresividad, analizare el deber de adoptar medidas internas.

Este principio se inserta en la mayoría de los instrumentos internacionales que, si bien suelen ostentar formulaciones genéricas y programáticas, obligan a los Estados a las reformas legislativas necesarias para su plena operatividad interna.

En tal sentido el art. 2 de la CADH indica: “Si el ejercicio de los derecho y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Los arts. 1 (“Obligación de Adoptar Medidas”) y 2 (Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”), del Protocolo de San Salvador obligan claramente a enderezar la legislación interna en dirección al cumplimiento de la convención.

Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de

desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno “Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

Solidaridad

Es un principio al igual que el de la buena fe que se encuentra regulado de manera implícita en todos los tratados de derecho laboral internacional y que la Organización mundial del trabajo toma como pilar, no solo para este momento de crisis e incertidumbre sino para la regulación de todos los convenios.

Regulado de forma expresa en la Ley de contrato de trabajo en los artículos 62 y 63, ya que está íntimamente vinculado con el principio de buena fe, rector de todo el sistema normativo a nivel nacional e internacional.

Art. 62 “Obligación genérica de las partes. Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad” y Art. 63 “Principio de la buena fe. Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

En tiempos de crisis, la solidaridad entre trabajadores y empleadores es primordial, sostiene la Organización internacional del trabajo.

Las crisis anteriores nos han enseñado que los trabajadores y los empleadores deben colaborar para hacer frente al impacto del COVID-19, según un nuevo informe de los grupos de empleadores y de trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo.

En muchas partes del mundo, el COVID-19 ha puesto en peligro la salud y la seguridad de millones de personas, además ha ejercido una presión enorme sobre las empresas, los empleos y los medios de subsistencia. En las situaciones de crisis, la colaboración y el diálogo entre los miembros de las organizaciones empresariales, empleadores y las organizaciones de trabajadores puede estimular el progreso económico y social y acelerar la recuperación.

En conclusión, la irreversibilidad no es patrimonio exclusivo del derecho internacional de los derechos humanos, sino que necesita para su concreción del derecho constitucional, aunque no por ello deja de ser un principio general del primero. El gobierno adoptó medidas frente a esta situación, mediante la Resolución 207/2020 MTESS, al máximo de recursos que dispone.

La obligación de adoptar medidas internas, implica que el Gobierno Nacional tiene el deber de reformar sus legislaciones para que los derechos de los trabajadores se mantengan de forma plena y no sean vulnerados. Si bien los derechos ya se encontraban garantizados en disposiciones legislativas, el Estado debió comprometerse y dictar la resolución a través del Ministerio de trabajo y seguridad social, porque con la situación de fuerza mayor, que está atravesando el mundo, era importante proteger y dar seguridad jurídica a los trabajadores; es una variación del principio/deber de tomar medidas internas.

Concluyo la idea ratificando con seguridad que el decreto dictado por el Gobierno Nacional está en concordancia con los principios generales del derecho internacional, que era una obligación no solo de carácter interno sino de carácter internacional proteger a los trabajadores de una posible vulneración de sus derechos por la medida de aislamiento social y obligatorio pero fundamentalmente ante la situación de la pandemia, en la cual lo más importante si bien es la salud, no hay que dejar que pasen a segundo plano los derechos laborales.

¿Cómo interpretamos el decreto 207/2020 MTESS? Como base hay que tener en cuenta los dos principios mencionados ut supra, los estándares mínimos de protección, de manera más favorable en relación a los trabajadores y considerando la interpretación más amplia.

Análisis de la resolución 207/2020

En materia laboral se han dictado diferentes normas con el fin de reglamentar en el ámbito del trabajo, las disposiciones nacionales relativas a las restricciones y medidas de prevención para evitar la propagación de COVID-19.

Varias resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que habían sido dictadas de manera previa al aislamiento, conservan relevancia hoy solo por las remisiones que hacen a ellas otras resoluciones posteriores.

En esta sección se realizará un análisis de la Resolución 207/2020 dictada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación⁷⁷; desglosando cada una de las licencias y el fundamento que las ha motivado y responderemos a la pregunta ¿Por qué se ha dado la posibilidad de licenciar a un determinado trabajador?

“Suspéndase el deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de CATORCE DIAS (14) días, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en los incisos a); b) y c) de este artículo (...).”

Inicialmente el período de licencia fue por un plazo de 14 días que se ha ido extendiendo mediante el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia y medidas del MTESS.

⁷⁷ La Resolución se encuentra en la sección “Anexo”, remitirse en caso de que sea necesario para una mejor comprensión.

La dispensa de la obligación de asistir al lugar de trabajo

“a. Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”. Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud.

b. Trabajadoras embarazadas

c. Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional.”

El alcance del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto 297/2020, prorrogado por el DNU 325/2020 y luego por el DNU 355/2020 se encuentra reglamentado principalmente a través de la Resolución 279/2020 del MTESS (que derogó a la Resolución 219/2020 del MTESS), publicada en el Boletín Oficial el 1 de abril de 2020.

Con relación a los trabajadores alcanzados por el aislamiento social preventivo y obligatorio, rige la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo. Dicha dispensa no afecta el derecho de los trabajadores al cobro de su remuneración.

Cuando las tareas del trabajador u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento, los empleados deberán, en el marco de la buena fe contractual, acordar con su empleador las condiciones en que serán realizadas.

Los empleadores deberán informar a la ART la nómina de trabajadores afectados al teletrabajo, la frecuencia de las tareas y el domicilio donde se desempeñarán.

Al expresar que será con goce íntegro de sus remuneraciones, parece que incluye la remuneración de adicionales, premios, horas extras y cualquier otro concepto que en el o los meses inmediatamente anteriores hayan integrado el salario⁷⁸.

Entre los beneficiarios incluidos señala a los trabajadores en relación de dependencia, pero además incluye a quienes se desempeñen en forma continua bajo figuras no dependientes, a las becas, pasantías y a las residencias médicas comprendidas en la ley 22.127 (sistema nacional de residencias de salud), y como norma genérica expresa “aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado”, con ello estaría incluyendo puntualmente a los monotributistas.

Ninguna mención se realiza de los restantes trabajadores no registrados, lógicamente lo primero que deberán lograr para cualquier tipo de reclamo o planteo es el reconocimiento del vínculo laboral.

En el caso de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios, la suspensión comprenderá a la totalidad de los contratos que se estén ejecutando.

⁷⁸ Gracias al Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia “Pérez c/ Disco S.A” no existe discusión judicial de que los adicionales no remunerativos deben considerarse integrando el salario del dependiente.

Trabajadores considerados esenciales

La Resolución 279/2020 del MTESS dispone que los trabajadores que presten servicios en las actividades exceptuadas del cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular DNU 297/2020, serán considerados “personal esencial”. Como principio general, los trabajadores esenciales deben asistir a su lugar de trabajo.

Este apartado nos lleva a preguntarnos ¿Quiénes son los trabajadores esenciales? Esta respuesta la encontramos en el Decreto 843/2000

Art. 2° — Se considerarán servicios esenciales en sentido estricto, únicamente las actividades siguientes:

- a) Los servicios sanitarios y hospitalarios;
- b) La producción y distribución de agua potable y energía eléctrica;
- c) Los servicios telefónicos;
- d) El control de tráfico aéreo;

El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y FORMACION DE RECURSOS HUMANOS podrá, mediante resolución fundada, calificar como servicio esencial una actividad no incluida en la enumeración precedente, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad;
- b) La actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública;
- c) La interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de la población.

Casos dispensados de asistir al lugar de trabajo

- Mayores de 60 años, mujeres embarazadas y trabajadores incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional. El fundamento de las dos licencias claramente es la protección de la salud de los trabajadores, por más a que todas las medidas tomadas por el Gobierno Nacional son para la protección de la salud de las personas, específicamente en estos incisos se ve el fin protectorio del MTESS

El coronavirus es una enfermedad que puede suponer un grave problema de salud a los adultos con enfermedades patológicas en la base, en los que predominan los inmunodeprimidos y los inmunocompetentes. Estos últimos son más susceptibles al virus. A todo ello hay que sumar a los pacientes que tengan un déficit inmunitario y problemas respiratorios.

Los grupos de mayor riesgo al coronavirus son los formados por personas de 65 años y/o aquellas que tengan enfermedades inmunodeprevisivas, crónicas, cardíacas, pulmonares, renales, hepáticas, sanguíneas o metabólicas.

Aquellas personas incluidas en los grupos de riesgo, según el artículo 7 de la Resolución 207/2020 del MTESS, ampliado por la Resolución 627/2020 del Ministerio de Salud (B.O. 20/03/2020). Esto es, quienes padecen enfermedades respiratorias crónicas, como enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderada o severa; enfermedades cardíacas, como insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas; inmunodeficiencias; y diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses; personas con inmunodeficiencias: congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave; VIH, dependiendo del status (< de 350 CD4 o con carga viral detectable); personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis (mayor a 2 mg/kg/día de metilprednisona o más de 20 mg/día o su equivalente por más de 14 días); pacientes oncológicos y trasplantados: con enfermedad oncohematológica hasta seis meses posteriores a la remisión completa, con tumor de órgano sólido en tratamiento, trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos y personas con certificado único de discapacidad.

La Resolución 627/2020 del Ministerio de Salud (B.O. 20/03/2020) estableció un deber de confidencialidad especial, por medio del cual el personal médico podrá prescribir la abstención a concurrir al lugar de trabajo con la sola mención de que los trabajadores se encuentran comprendidos entre los “grupos de riesgo”, sin informar cuál es la condición médica que lo amerita.

Con respecto a las mujeres embarazadas, se sobreentiende que para ello la trabajadora debe haber comunicado encontrarse en estado de gestación y lógicamente queda fuera de discusión el período de la licencia legal obligatoria por maternidad, ya que en tal caso hay prohibición de trabajar. Las embarazadas y las personas incluidas en los grupos de riesgo definidos por la autoridad sanitaria nacional no podrán ser declaradas esenciales.

- “Home office” o teletrabajo.

“Los trabajadores y las trabajadoras alcanzados por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo según esta resolución, cuyas tareas habituales u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento, deberán en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

Siempre que se pueda realizar las actividades laborales desde el hogar, deberá ser adecuada por parte del empleador para que el trabajador no se vea en la obligación de salir, hay que relacionar esta licencia con la cuarentena social, preventiva y obligatoria establecida por el Gobierno Nacional, que solo efectúa a salir a realizar actividades laborales al personal exceptuado considerado esencial o aquel que se encuentre regulado permitiéndosele circular con un permiso. ¿Qué es el teletrabajo o Home office? es una modalidad laboral que se adapta al cambio social, cultural y ambiental que sufren nuestras sociedades y al nuevo rol de las mujeres.

La Resolución 207/2020 del MTESS recomienda a los empleadores que disminuyan la presencia de los trabajadores en el establecimiento a aquellas

personas indispensables para el adecuado funcionamiento de la empresa, adoptando a tal fin las medidas necesarias para la implementación de la modalidad de trabajo a distancia.

- Suspensión de actividades escolares

“Dispónese que, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución N° 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar”.

Este artículo fue el que más dio para hablar ya que su reglamentación no es muy clara e implica que hay que analizar la voluntad real del Ministerio al dictarla. En cualquier caso, por la suspensión del dictado de clases presenciales, dispuesta por el Ministerio de Educación, quienes tengan a su cargo el cuidado de menores en edad escolar tendrán justificadas las inasistencias a sus puestos de trabajo.

A diferencia de los supuestos mencionados anteriormente, aquí no hay dispensa del deber de asistencia ni licencia, sino ausencia justificada.

La obligación de notificar es del trabajador que pretenda ampararse en esta disposición legal con la debida justificación de la necesidad y aportando los datos necesarios a fin de que el empleador o la autoridad de aplicación pueda ejercer el adecuado control.

Genera duda si el empleador, a semejanza del art. 210 de la Ley de contrato de Trabajo, puede mandar a un personal de confianza o a un escribano para verificar que efectivamente el trabajador abstenido de prestar tareas esté cuidando sus hijos.

Acá surge un interrogante que es ¿Cómo es el pago de la remuneración?

Si bien la norma no es completamente clara sobre el pago de la remuneración, considero que de una interpretación armónica se conduce a concluir que el trabajador en esta situación tiene derecho a percibir el sueldo básico, pero no necesariamente los adicionales que pudieran corresponder durante el desarrollo normal del trabajo. Esto deberá analizarse en cada caso puntual.

Podrá acogerse a esta situación solo un progenitor o persona responsable por hogar independientemente de la cantidad de escolarizados que haya en el hogar, pero no implica que el otro progenitor no pueda quedar incluido en otra de las licencias o se vea afectado por la cuarentena social y obligatoria que le impide ir a presentarse a su lugar de trabajo y desarrollar con normalidad su actividad.

El segundo interrogante con respecto al pago del salario es ¿A quién le corresponde el pago?

En relación con el tema salarial existen dos posturas esbozadas: una es la

que afirma que, en atención a la similitud con lo previsto en el art. 1, debe estar a cargo de los empleadores el abono de esos días en los que las labores no son prestadas no por una decisión voluntaria del trabajador, sino por una imposición del Ministerio de Educación de disponer el cierre educativo.

Autores como el Dr. César Arese afirman que es un supuesto de fuerza mayor y que siendo así debe primar en el empleador un concepto de solidaridad en la crisis, entendiéndose que quien detenta mayor capacidad económica es quien está en condiciones de afrontar dicha erogación.

Otros, simplemente tomando la diferenciación que realiza la norma entre ambos artículos -ya que en el art. 1 la consecuencia salarial es expresa mientras que en el art. 3 no existe referencia alguna sobre el particular-, sostienen que el empleador no está obligado a abonarlo por no darse la contraprestación que requiere el art. 103 de la Ley de contrato de trabajo.⁷⁹

Comparto la opinión del Dr. César Arese entendiéndose que en este caso no sería responsabilidad del Estado desembolsar estos sueldos, sino que le corresponde al empleador que detenta una mayor capacidad económica en la relación y el trabajador está evidentemente imposibilitado para ir a trabajar.

Casos confirmados de COVID-19

Cuando se haya confirmado que el trabajador se encuentra efectivamente infectado con el virus, el caso se encontraría enmarcado por el régimen general de enfermedad inculpable⁸⁰, bajo el cual el trabajador tiene derecho a una licencia paga por 3 meses si su antigüedad es menor a 5 años, o por 6 meses si su antigüedad es superior (la licencia se duplica si el trabajador tuviere cargas de familia).

El empleador tiene la potestad de ejercer un control médico, aunque con serias dificultades para materializar ese control en el contexto actual, a lo que se suma la obligación de los empleadores y los trabajadores de reportar el caso ante la autoridad sanitaria nacional.

De conformidad con la Resolución 202/2020 del MTESS, los empleadores y los trabajadores deberán reportar ante la autoridad sanitaria nacional toda situación que encuadre en el art. 7 DNU 260/2020, estos serían los “casos sospechosos” aquellos que en los últimos días tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o hayan estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19 o con quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19.

Segunda parte “Medidas laborales tomadas en el mundo”

Luego de una investigación sobre la situación de las políticas laborales, el trabajo, su reactivación y la situación de los trabajadores en diferentes países del mundo que han atravesado o están sufriendo las consecuencias del coronavirus;

79 Revista Erreius Revista Erreius- “Las desprolijidades de la resolución 207/2020 del Ministerio de trabajo en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus”

80 arts. 208 a 213 de la Ley de contrato de Trabajo

en este bloque expondré algunas medidas, a modo ilustrativo, que han tomado otros países en materia laboral a fin de poder realizar una comparación implícita con las que se han tomado en Argentina.

Cabe destacar que la mayoría de los países afectados han seguido el consejo de la Organización Mundial de la Salud. Elegí estos países que principalmente se vieron muy afectados por la pandemia del COVID-19.

China

China ha lanzado una serie de medidas para estabilizar el empleo, que incluyen acelerar la reanudación de actividades comerciales, alentar la contratación en línea y proporcionar apoyo financiero para las pequeñas empresas, para mitigar el impacto en la economía que genera el brote del nuevo coronavirus.

El país prometió lanzar políticas más proactivas de “empleo primero”.

Ha acelerado la reanudación de las actividades comerciales para aumentar el empleo mientras que brinda apoyo a las pequeñas empresas, que hacen contribuciones sustanciales al mercado laboral chino.

Ha surgido una nueva alternativa para que la producción del país no se detenga y se neutralice al máximo el riesgo de contagio: el teletrabajo. La plataforma de comunicación empresarial en línea DingTalk señaló en Weibo la semana pasada que casi 200 millones de personas la estaban usando para el teletrabajo y una encuesta realizada por la Cámara de Comercio estadounidense en Shanghái revela que el 60% de sus compañías prevé también esta alternativa.

Algunos gobiernos locales ofrecieron subsidios a las instituciones que proveen servicios de empleo y a las empresas que contratan más personal.

El Gobierno decidió el martes eximir temporalmente los pagos del seguro social y diferir la recaudación de los fondos de previsión de vivienda para mitigar el impacto del brote epidémico en las empresas y garantizar un empleo estable.

China es el país donde se estima que se originó este virus, en un tiempo aproximado de 6 meses recién han podido recomponer la vida social y volver a la “nueva normalidad”, aun así las principales políticas laborales son las de instaurar el teletrabajo como algo fijo y mejor regulado.

Francia

En este país se han planteado tres objetivos fundamentales: evitar que las empresas se hundan, mantener el empleo, y proteger a los asalariados que trabajan para el resto de la población.

Permitir a los empresarios la posibilidad de obligar a sus asalariados a que trabajen hasta 60 horas semanales.

Un plan de apoyo “inmediato” a trabajadores y empresas por 45.000 millones de euros, garantías de préstamos por 300.000 millones.

Aplazamiento de las cargas fiscales y cotizaciones para las empresas, con

la posibilidad de que se anulen después para las que estén en gran dificultad.

Aunque los esfuerzos se concentran por el momento en lo “inmediato” para proteger a “asalariados, empresas y competencias”, se trabaja también en un plan de “relanzamiento” de la economía que, precisó, dependerá en buena parte de la evolución tanto de la pandemia como de su impacto económico. Las medidas laborales tomadas por Francia marcan un grado de desprotección para los ciudadanos, ya que no han priorizado la salud como el eje central.

España

La declaración del “Estado de alarma” en España, decretado por el Real Decreto 463/2020, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, implicó el dictado de una serie de medidas que pueden ser impuestas unilateralmente por el empleador, cuyo fin es dotar a las empresas de mecanismos para hacer frente a esta situación excepcional, y otras que pueden ser exigidas por la persona trabajadora, que pretenden estimular la conciliación laboral a quienes demuestren tener deberes de cuidado de familiares dependientes, y evitar así la aplicación de sanciones en esos casos.

Medidas que podrían ser impuestas unilateralmente por el empresario: Suspensión temporal de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, Suspensión temporal de contratos y reducción de jornada por razones objetivas

Medidas que podrían ser exigidas por la persona trabajadora: Adaptación del horario de trabajo y reducción de jornada.

Al tener tanto poder los empresarios y empleadores, hay una notable desprotección del trabajador. Un Estado con mayor presencia e injerencia, presente que dicte normas y decretos para regular la actividad económica y laboral, protege a los trabajadores de posibles afectaciones y/o vulneraciones.

Grandes empresas

Para finalizar con la investigación expondré algunas propuestas que han tomado las grandes empresas, líderes de mercado, frente a la pandemia que muestran cual es la posición tomaron en relación a sus trabajadores.

Apple

“A medida que continúan aumentando los casos de infecciones en otras regiones, tomaremos acciones adicionales para proteger a todos los miembros de nuestro equipo y a nuestros clientes”

“Todos nuestros empleados contratados por hora continuarán recibiendo sus pagos según las operaciones habituales. Hemos expandido nuestras políticas de licencias para hacer frente a circunstancias de salud personales o familiares relacionadas con el COVID-19, como la recuperación ante una enfermedad, el cuidado de seres queridos enfermos, el cumplimiento de la cuarentena obligatoria, o el cuidado de niños debido al cierre de los establecimientos educativos”⁸¹

81 Tim Cook SEO de Apple 13/03/2020

Coca-cola

“Ha decidido mantener todos los puestos de trabajo y no acogerse a ninguna medida de suspensión temporal de empleo mientras dure este panorama inédito. Esto se suma a su decisión de dar una compensación extraordinaria a los trabajadores que siguen desarrollando su actividad de manera presencial en las fábricas y en la atención directa a clientes”

Google

La mayoría de los más de 100.000 empleados de Google tienen su sede en América del Norte y el cambio de política representa una de las órdenes de trabajo remoto más radicales de cualquier empresa hasta la fecha en respuesta al brote de la enfermedad. No obstante, las oficinas de Google permanecerán abiertas para dar lugar a aquellos trabajadores que solo pueden desempeñar sus funciones desde la oficina.

Conclusión

Sin duda el presente nos está desafiando, pero la esperanza es fuerte y nos hace pensar que la tormenta de la pandemia pasará...sobreviviremos, pero será otro mundo; muchas de las medidas actuales de emergencia tendrán que establecerse como rutinas fijas, nada volverá a ser lo mismo y deberemos adaptarnos a la “nueva normalidad”.

Esta monografía tenía como fin dar solución a diversos interrogantes, por un lado ¿Cuáles son las medidas de protección laboral que se han tomado en Argentina? ¿y en el mundo? El sistema de licencias instituido por el Gobierno Nacional es una medida fundamental de protección que acompaña al distanciamiento social, preventivo y obligatorio y que ofrece seguridad no solo en el bienestar físico de los trabajadores sino jurídica, frente a vulneraciones, despidos, injusticias y que se ve complementada con un paquete de medidas activadas simultáneamente.

El Gobierno Nacional ha estado presente en la mayoría de las cuestiones que se han suscitado y ha intentado palear todos los problemas que han ido apareciendo, sus medidas no solo son constitucionales, sino que están en concordancia con los principios generales del derecho laboral, siempre considerando los derechos y el bienestar del trabajador.

Concluyo este trabajo de investigación y exposición con la certeza, seguridad y convicción de que la Resolución 207/2020 del MTESS es no solo protectoria de los derechos del trabajador, sino que avanza un paso más allá priorizando la salud, el trabajo y la vida, que es el bien más preciado.

Las medidas tomadas son coherentes en relaciones al ordenamiento jurídico laboral internacional, su eje es la protección del trabajador y de sus derechos, ninguna garantía se ve vulnerada por el decreto. Al fomentar el “Home office” se propician condiciones ideales para que los trabajadores en relación de dependencia, puedan continuar con sus actividades rutinarias cuidando su salud, la de su grupo familiar y la de toda la comunidad.

En concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el Gobierno Nacional ha dictado medidas técnicas y apropiadas que permiten lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. La Resolución 207/2020 del MTESS permite a los trabajadores en relación de dependencia a no solo cumplir con sus actividades, sino que les garantiza el goce íntegro de su salario (no permite ni admite reducciones de salario, lo que en otros países si ha sido una política avalada por los dirigentes). Si frente a esta situación de fuerza mayor el gobierno hubiese optado por no proteger al trabajador o dar mayores beneficios a empresas o empleadores, tal vez no se habrían mantenido íntegras las garantías o se hubieran violado los principios de progresividad e irretroactividad de la ley.

En el plano de las relaciones Gobierno, empleadores y trabajadores, todos deben colaborar en el marco de la solidaridad, empujando para el mismo lado. Los Estados deben dictar medidas, con arreglo a los procedimientos constitucionales y los tratados internacionales para hacer efectivos los derechos y libertades, nuestro Gobierno ha dictado resoluciones coherentes y acordes a la situación y al ordenamiento jurídico interno e internacional.

Es necesario un Estado presente, que se preocupe por todas las aristas de la sociedad y que mire con detenimiento a sus ciudadanos, que identifique los sectores vulnerables y actúe, es la única forma que se van a evitar los atropellos por parte de los poderosos, de aquellos que solo se interesan por ellos mismos (y por ganar más dinero) que no valoran a sus trabajadores y que aprovechan cualquier circunstancia, incluso una pandemia mundial, para utilizar su posición privilegiada sacar provecho.

Todas las medidas laborales tomadas en Argentina tienen como base al trabajador, esto implica que la resolución apunta exclusivamente y en forma directa a los trabajadores, sin intermediarios, lo que garantiza la efectiva protección. Por el contrario, en países como Francia o España se ha intentado “proteger” los derechos de manera muy precaria, ya que el foco estuvo en la reactivación de la economía y en evitar el paro, la implicancia es una desprotección del sector más vulnerable, dándoles herramientas a los empleadores para que regulen la actividad laboral a su criterio, lo que podría derivar en un menoscabo de los derechos de los trabajadores.

El Gobierno ha actuado con prudencia, diligencia y rapidez, no tengo dudas de que ha hecho lo mejor para los trabajadores. Tal vez el mundo allá cambiado para siempre, tal vez la modalidad del trabajo no vuelva a ser nunca más como era...pero mientras tanto debemos adaptarnos a las nuevas modalidades principalmente a la modalidad virtual, hay que considerar que el teletrabajo o home office no solo es el presente, sino que es el futuro, esto lo demuestran los países que están saliendo de la crisis, principalmente China que lo ha implementado desde un primer momento y las grandes empresas líderes en el mercado mundial, que han adoptado esta modalidad como eje central para mantener los puestos de trabajo mientras cuidan a sus trabajadores.

Considero que esta pandemia puso en tela de juicio muchas cuestiones, entre ellas la necesidad de regular y comenzar a implementar de forma permanente la herramienta del “Home Office”. La fuerte tendencia a la mayor flexibilización

laboral, los nuevos modos de empleo, las nuevas formas de relaciones del trabajo y la pandemia, le han asignado al teletrabajo un rol muy importante, probablemente siente precedente y nada vuelva a ser como era. De esta nueva modalidad surgirán muchísimos interrogantes que sobre la marcha se deberán ir solucionando, planteando y adaptando a cada una de las situaciones.

Las resoluciones dictadas por el gobierno, las acciones solidarias y medidas que han tomado grandes empresas del mundo, como Coca-cola y Apple, demuestran la necesidad de trabajar conjuntamente para recomponer la situación.

Bibliografía

Arese César (2014) *“Derechos Humanos laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo”* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni

Germán Bidart Campos (1989) *“Teoría general Derechos Humanos”* Buenos Aires: Astrea.

Nino Carlos Santiago (1989 segunda edición) *“Ética y Derechos Humanos- Un ensayo de fundamentación”* Buenos Aires: Astrea.

Comunicado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020) *“informe situación 7/4/20 y evaluación”*

Comunicado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020)- *“OIT las respuestas del mundo”*

Seminario digital *“Derechos humanos laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria”*

Trasmisión en vivo para la Universidad Nacional del Chaco Austral *“Ius Variandi Coronavirus”* Dr. César Arese, https://www.facebook.com/cesar.arese.3/videos/2869823643052943?_rdc=1&_rdr

Consuelo Ferreyra (2020) *“Derechos y deberes- Derechos Humanos – COVID”*

Revista de Derecho Laboral (2020) *“Impacto del coronavirus en las relaciones laborales”*- Buenos Aires: Rubinzal Culzoni

Revista El Jurista- *“El mercado laboral de China análisis de sus problemas, cuales son y como solucionarlos”*, <http://www.eljurista.eu/2014/04/24/el-mercado-laboral-de-china-analisis-de-sus-problemas-cuales-son-y-como-solucionarlos/>

Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Miguel F. Canessa Montejo (2012) *“Los derechos humanos laborales en el derecho internacional”*

Revista Legislación del Trabajo Editorial (2020) Arese César *“El coronavirus se derrota con solidaridad”* San Pablo, Brasil, en imprenta.

Revista Erreius- *“Las desprolijidades de la resolución 207/2020 del Ministerio de trabajo en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus”*, <https://www.erreius.com/actualidad/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/Nota/656/las-desprolijidades-de-la-resolucion-207-2020-del-ministerio-de-trabajo-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria-ocasionada-por-el-coronavirus>

Revista La Vanguardia- “Francia penalizara a las empresas que abusen de la temporalidad”, <https://www.lavanguardia.com/economia/20190624/463063184680/mercado-laboral-francia-temporalidad-paro-desempleo-edouard-philippe-penicaud-macron.html>

Diario Infobae- “Coronavirus: Google pidió a sus 100.000 empleados de América del Norte que trabajen desde sus casas hasta el 10 de abril”, <https://www.infobae.com/economia/2020/03/11/coronavirus-google-pidio-a-sus-100000-empleados-de-america-del-norte-que-trabajen-desde-sus-casas-hasta-el-10-de-abril/>

Diario Página 12- “Uno por uno los detalles de las licencias por el coronavirus”, <https://www.pagina12.com.ar/253426-uno-por-uno-los-detalles-de-las-licencias-por-el-coronavirus>

Diario Clarín- “El mundo después del coronavirus”, https://www.clarin.com/revista-enie/mundo-despues-coronavirus-harari_0_1qwbONv31.html

Diario Página 12 “Derechos laborales cuidados y coronavirus”, <https://www.pagina12.com.ar/257589-derechos-laborales-cuidados-y-coronavirus>

Diario Infobae “El mundo laboral y la pandemia, como reaccionaron las organizaciones frente al coronavirus”, <https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2020/04/18/el-mundo-laboral-y-la-pandemia-como-reaccionaron-las-organizaciones-frente-al-coronavirus/>

Diario la Voz de Galicia- “Francia: de 35 a 60 horas semanales”, https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/mercados/2020/04/05/35-60-horas-semanales/0003_202004SM5P8991.htm

Diario El País- “Francia moviliza 45.000 millones para ayudar a trabajadores y empresas e inyecta liquidez por 300.000 millones”, <https://elpais.com/economia/2020-03-17/francia-dispuesta-a-nacionalizar-empresas-si-fuera-necesario.html>

Diario Infobae- “EEUU perdió 701 mil puestos de trabajo y la tasa de desempleo subió a 4,4% el mayor salto en 45 años”, <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/04/03/eeuu-perdio-701-mil-puestos-de-trabajo-y-la-tasa-de-desempleo-subio-a-44-el-mayor-salto-en-45-anos/>

Diario Infobae- “Alarmante pérdida de empleo en EEUU, preludio de una situación que se agravara”, <https://www.infobae.com/america/agencias/2020/04/04/alarmante-perdida-de-empleo-en-eeuu-preludio-de-una-situacion-que-se-agravara/>

BBC “Coronavirus en EE.UU. | La pandemia dispara el desempleo: 10 millones en dos semanas, nuevo récord histórico”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52142353>

Boletín Oficial- Legislación y avisos oficiales, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227344/20200401>

Infoleg- Servicios esenciales, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64468/norma.htm>

Compromiso RSE- “Coca-Cola mantendrá todos los puestos de trabajo durante la crisis del Covid-19”, <https://www.compromisorse.com/rse/2020/04/23/coca-cola-mantendra-todos-los-puestos-de-trabajo-durante-la-cri-sis-del-covid-19/>

Osborne Clarke- “COVID-19 | Medidas laborales en España”, <https://www.osborneclarke.com/es/insights/covid-19-medidas-laborales-en-espana/>

Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires- “Decreto 207/20 – Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, <https://www.colegio-escribanos.org.ar/index.php/2020/05/13/decreto-20720-gobierno-de-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires/>

XINHUA Español “China destaca mercado laboral estable en medio de crisis por coronavirus”, http://spanish.xinhuanet.com/2020-02/19/c_138799452.htm

Rfi- “China vuelve al trabajo pese a casi mil muertos por coronavirus”, <http://www.rfi.fr/es/asia-pacifico/20200210-china-vuelve-al-trabajo-pese-a-casi-mil-muertos-por-coronavirus>

¿ES EL TELETRABAJO LA FORMA MÁS EFICAZ Y ADECUADA DE COMBATIR LA PANDEMIA?

Por Enzo Lechman

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO. III. NORMATIVA. IV. QUE DERECHOS AFECTA? V. PRIVACIDAD VS PRESTACIÓN DE TAREA. VI. ¿TELETRABAJO, INCLUSIVO O EXCLUYENTE? VII. JUS VARIANDI CORONA VIRUS ABUSIVO POR PARTE DEL EMPLEADOR O DEBER DE SOLIDARIDAD Y COLABORACIÓN POR PARTE DEL TRABAJADOR? VIII. CONCLUSIÓN VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

Es de público conocimiento el gran acontecimiento que está viviendo la humanidad a nivel mundial debido a la pandemia, para ser más preciso en relación al denominado Covid-19. Esta situación tuvo y tiene grandes implicancias en diversos aspectos de la vida cotidiana, por eso me resulta oportuno tratar la repercusión que ha tenido en el mundo del trabajo.

En Argentina el PEN, a través de la emanación del Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 (publicado en B.O. N° 34.344 – primera sección 20/03/2020) se declaró el “AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO”⁸², suspendiendo todo tipo de actividad debido al estado de emergencia, estableciendo ciertas excepciones para el cumplimiento de los servicios esenciales como, por ejemplo: los servicios de salud.

Con dicha situación extraordinaria, surgen grandes interrogantes, ¿cómo repercutirá en el ámbito laboral? ¿Qué herramientas tenemos a disposición? ¿Todas las personas tienen acceso a ello?

Distintas fueron las medidas que tomó el Poder Ejecutivo Nacional para enfrentar esta situación en el ámbito laboral, como por ejemplo la suspensión de despidos a través de la emisión del DNU N° 329/20⁸³ (B.O. N° 34.344- suplemento 31/03/2020), el establecimiento del pago de prestaciones no remuneratorias por parte de las patronales entre otras. Pero lo que atañe, o es relevante para el presente trabajo es la modalidad en la contraprestación de las tareas que van a desempeñar empleados y empleador en este contexto de virtualidad efectiva para hacerle frente de la mejor manera, a la recesión económica global pero especialmente al contexto socio-económico que padece argentina que no era el mejor al momento del comienzo de la pandemia. Los entes internacionales estipulan una gran caída del PBI a nivel mundial, provocando o generando un gran índice de desempleo.

82 Decreto DNU N° 297/2020 Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio- Coronavirus (COVID-19). Sancionado 19 de marzo de 2020. (Publicado en B.O. N° 34.344- primera sección del 20 de marzo de 2020)

83 Decreto Nacional N° 329/2020 Prohibición de despidos. Sancionado el día 31 de marzo del 2020. (Publicado en B.O. N° 34.344. suplemento del 31 de marzo de 2020)

II. Concepto

El teletrabajo es el trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicaciones para cumplir con las cargas laborales asignadas⁸⁴. En otras palabras, podría ser entendido como la modalidad laboral que se presta remotamente a través de medios informáticos. Según la OIT el teletrabajo es el trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con ayuda de medios de telecomunicación y/o computadoras (Tesauro OIT, 6.a edición Ginebra, 2008.)⁸⁵ Debido al contexto de excepción que se está viviendo alrededor del mundo, en muchos países pero tratando principalmente el tema en Argentina, se ha implementado esta modalidad de prestación laboral a fin de lograr morigerar las consecuencias negativas de la suspensión de las actividades económicas, en un intento improvisado en la mayoría de los rubros por la falta de medios, infraestructuras y herramientas para conseguirlo.

III. Normativa

Numerosos proyectos de ley fueron presentados en el congreso de la nación pero todos han quedado en el camino sin lograr un consenso legislativo para ser promulgados.

En la actualidad no existe normativa específica sobre el teletrabajo. Solamente existe la Ley N° 12.713 de trabajo a domicilio⁸⁶ que es plausible de haber quedado obsoleta para su aplicación dado que no se adapta y no acapara la totalidad de situaciones laborales que se dan en la actualidad, consecuencia del constante avance tecnológico, las herramientas informáticas, redes y el uso de internet sobre la vida cotidiana de los trabajadores que suelen ir más rápido que las regulaciones que se necesitan. Sin embargo esta ley, y la ley de Contratos de Trabajo (Ley 20774 del año del año 1976) junto con la ley 25800, que ratifica el Convenio Nro 177 de la OIT, que promueve la igualdad de condiciones de este tipo de trabajadores respecto de los que realizan la tarea de manera presencial⁸⁷. Estos son los principales instrumentos que existen a la hora de afrontar dicha necesidad.

IV. ¿Que derechos afecta?

Como punto de partida creo necesario otorgar una definición o ciertas aproximaciones sobre lo que se entiende por derechos humanos, pero principalmente, derechos humanos laborales y, cuáles son los principales instrumentos de protección en el ámbito internacional. Los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana

84 Definición tomada del Diccionario de la Real Academia Española. *Ortografía de la Lengua Española*

85 Manual de Buenas Prácticas en el Teletrabajo. Organización Internacional del Trabajo 2011. Primera edición 2011 (págs. 1-14)

86 Ley N° 12.713 de trabajo a domicilio, publicada en B.O. del 15/11/1941

87 https://www.argentina.gob.ar/trabajo/teletrabajo/marco-normativo?fbclid=IwAR39TQMKj9TBImlk-F09nnK4Hze_UxbWDkgper1O-rJXeDBu-dXIWdj7REH4

y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo (Canessa, 2008:23). Para dar una aproximación más acertada y más completa creo necesario aclarar que estos derechos humanos laborales tienen la particularidad de regir en una relación entre particulares, donde el estado cumple un rol tutelar importante (Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, volumen 23)⁸⁸. También resulta acertado agregar a título personal, que los derechos humanos laborales buscan que la esencia del trabajador como ser humano no se pierda. Por esto último creo necesario destacar que es preciso un rol activo del Estado en su acatamiento, ya que de manera natural no se va producir la protección del sujeto más débil de la relación de dependencia.

Por otra parte, los principales instrumentos internacionales que tienen a cargo la tutela de estos derechos son la “Carta Internacional de Derechos Humanos”, el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919), la Declaración de Filadelfia de 1944, las distintas declaraciones de la OIT, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre tantos otros⁸⁹.

Dado el contexto de emergencia, muchas empresas, de manera improvisada sin tomar consciencia de las respectivas consecuencias que tiene sobre el trabajador, ha utilizado como medio teletrabajar para afrontar la contingencia. ¿Pero qué injerencia tiene sobre los derechos adquiridos del trabajador? ¿Es el más adecuado? ¿Resulta perjudicial de derechos humanos laborales?

No existen respuestas, ni soluciones absolutas pero lo que si queda claro es que se afectan o se vulneran innumerable cantidad de derechos humanos. Los que principalmente trataré para tener una extensión adecuada del trabajo son: el derecho a la privacidad, el derecho a trabajar, ¿el derecho a que se respete la jornada, o el respeto a la igualdad en las relaciones laborales? Sin embargo, no hay que dejar de mencionar que hay numerosos institutos del derecho laboral y derechos humanos que se pueden ver afectados como los derechos sindicales, el derecho a huelga, el derecho a la libertad entre otros.

V. Privacidad vs prestación de tarea

En primer lugar, creo necesario recordar, remitirnos a la legislación que lo protege. Está previsto en el artículo 19° de la Constitución Nacional (CN) en el cual se protege el ámbito de privacidad y el artículo 18° de la CN⁹⁰ que expresamente protege la correspondencia epistolar y los papeles privados (hoy podría ser entendido analógicamente como el correo de mail con el que suelen manejarse los trabajadores). ¿Pero en términos específicos cuál es la esfera de protección de este derecho? Tiene un amplio espectro de protección desde la forma de vestir hasta los objetos personales que uno guarda en los casilleros del lugar donde trabaja, pero cuál es el espectro que más interesa en esta temática?

88 CANESSA MONTEJO, Miguel F. Los Derechos humanos laborales en el derecho internacional. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. (2012). Volumen 23,(1), I semestre.

89 ARESE, César. Derechos humanos laborales teoría y práctica de un nuevo derecho de trabajo. Editorial Rubinzol. Bs As (2014) 730 p., 2014(cap xv Protección de la vida privada, pags254 a 267)

90 Constitución de la Nación Argentina. ZAVALIA. 2015

Es el que tiene que ver específicamente con la vida social, familiar, aquella que tiene que ver con lo más íntimo de la persona en la cotidianidad. Para Tosselli también incluye la facultad del sujeto de controlar que información personal del mismo figura en los registros, archivos o base de datos⁹¹.

Respecto los tratados internacionales debemos recordar que con la reforma constitucional del 1994, se le ha dado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos de derechos humanos a través de Artículo 75° Inc. 22 de la CN. Estos derechos pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad. Su tratamiento específico en instrumentos internacionales se encuentra en la DUDH de 1948 que establece “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, su domicilio o correspondencia, ni ataques a su honra o reputación” (artículo 12°). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se establece en su artículo 5°: “...Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y su vida privada y familiar...” Por último, cabe mencionar en el marco de los instrumentos internacionales a La Convención de los Derechos Humanos que, en su artículo 11°, protege la honra y la dignidad de toda persona, estableciendo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusiva en vida privada en la de su familia de su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación y tiene derecho a la protección contra esos ataques.

Se hace dable mencionar que la Ley de Contrato de Trabajo también protege la intimidad en su artículo 73°, durante toda la vida laboral del mismo, es decir desde el momento de su contratación, durante su vigencia y hasta la disolución de la relación laboral.

Demás está decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre el tema en “Atala Riffo y niñas vs Chile, en sentencia del 24/02/12 e indicó que en esa norma se prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas”⁹². ¿Lo que cabe preguntarse, actualmente esto es respetado por el empleador?

¿Para poder llevar a cabo la prestación laboral muchas veces se utilizan plataformas digitales o aplicaciones netamente invasivas de la vida privada, pero a qué se debe esto? Muchas de las plataformas de videoconferencia como google meet, skype, hang out o zoom, que en un primer momento parecieran ser *gratis*, solicitan una serie de requisitos para poder hacer uso de la misma. La persona, que necesariamente debe registrarse para poder empezar con su uso introduce una serie de datos personales con una aparente prestación del consentimiento. Pero lo que en realidad ocurre es que el individuo acepta los términos y condiciones, sin siquiera controlar detenidamente o informarse lo que cientos de páginas dicen sobre estos términos. Las personas con el único fin de dar uso inmediato a la aplicación o plataforma, sin perder el tiempo simplemente hacen clic donde se les indica aceptar para su inmediato acceso. El usuario no

91 FRESCOTTI, Paula Andrea. (2020) Derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

92 ARESE, César. Manual de Derechos Humanos Laborales y práctica de un nuevo derecho. (Cap. XV, página 257. Se condenó al Estado de Chile por responsabilidad internacional por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Athala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

sabe exactamente lo que establecen en esa cantidad de páginas, tampoco lo que acepta sobre el destino y uso de la información que otorga, incluido las imágenes personales, ni las responsabilidades de uso de dicha aplicación y el deslinde que en ellas manifiestan los proveedores de tales servicios. Esta información muchas veces se otorga a plataformas multinacionales, que se ven exentas o que se ven beneficiadas de la insuficiente aplicación de la legislación nacional, por ende el usuario se encuentra casi totalmente desprotegido, sin tutela efectiva de los derechos por parte del Estado⁹³. Por lo tanto, es esto un perjuicio para los derechos consagrados en los artículos 18° y 19° de la Constitución Nacional y en los alcances de la Ley Especial de Protección de Datos y los Derechos a la protección de la imagen entendida desde su punto negativo como la prohibición de obtención, distribución y difusión por un tercero (conforme Rovira suelto, María E, el derecho a la propia imagen -especialidad de la responsabilidad civil en ese ámbito- , Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 2000, pág. 33)⁹⁴ y que tanto consagran los fallos “*Ponzetti de Balbina, Indalia c/editorial Atlántida SA, 11/12/84*”⁹⁵ “*B.,MD c/Bardhal Lubricantes Argentina S.A. y otros s/Daños y perjuicios del 23/5/12*”⁹⁶ entre otros? A mí entender hay un amplio espectro de desprotección de estos derechos y es necesario un accionar por las autoridades para poder dar una solución.

Considero que una posible solución sería que se utilicen plataformas privadas, como las que se están intentando utilizar en el fuero penal para las audiencias orales, en las que el empleador y la empresa privada que se contrata para dicho servicio sean los únicos que tengan control y acceso a la misma. Por ende, con una correcta aplicación de estos medios y la buena fe tanto del empleador como del trabajador puede ser un buen punto de partida para solucionarlo. Estos instrumentos tecnológicos son de reciente implementación, por ende, hay que ser cautelosos y estudiarlos minuciosamente para evitar posibles injerencias de terceros que permitan su mal funcionamiento o producirse fallas de seguridad en los documentos que debieran ser encriptados en todo su proceso y resguardados en servidores adecuados para la seguridad digital de los mismos, por ejemplo.

VI. ¿Teletrabajo, inclusivo o excluyente?

La igualdad ante la ley está establecida en el artículo 16° de la Constitución Nacional, por otra parte, La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo tiene desarrollado en la opinión consultiva Nro 18 del 17/9/03. A partir de allí este principio de igualdad y no discriminación, forma parte del derecho internacional y ha ingresado al dominio del Jus Cogens. ¿Pero a partir de ello, es suficiente este principio de igualdad y no discriminación como base normativa para tutelar estadesigualdad social y estructural que padece la sociedad?⁹⁷

93 Documental “Nada es privado” de Netflix.(2019). Fecha de estreno 26 de enero.

94 ARESE, César, Manual de DDHH Lab y práctica de un Nuevo Derecho. Título sobre la imagen personal. (Cap xv, página 266).

95 ARESE, César- Manual de DDHH Lab y prácticas de un Nuevo Derecho. Título La vida privada en emergencia (Cap xv, título la vida privada en emergencia, (Cap. XV, pág 255).

96 ARESE, César- Manual de DDHH Lab y prácticas de un Nuevo Derecho. (Cap. XV. Pág 266).

97 Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el estado a los desaventajados? Roberto

Entonces para introducirnos en la temática, en primer lugar, creo necesario tener en cuenta ciertas estadísticas realizadas en el año 2019, en ellas el *teletrabajo* abarcaba un 16% de los trabajadores registrados, excluyendo autónomos⁹⁸. A raíz de la pandemia, y como consecuencia de las medidas de aislamiento obligatorio tomadas por los gobiernos nacionales y provinciales esta cifra se vio aumentada a un 19% (según informe de la OIT) siendo el sector de la administración pública y defensa los más prominentes en su uso, lo que quiero dejar sentado con ello es que más de 1 millón de trabajadores es la masa que actualmente trabaja mediante esta modalidad. Por otra parte, según los informes emanados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - INDEC el 60,9% de los hogares urbanos tienen acceso a computadoras (4to semestre 2019)⁹⁹, y según la Cámara Argentina del Trabajo solo el 56,1%¹⁰⁰ tiene acceso a internet fija. Por lo tanto es realmente esta modalidad accesible para todos teniendo en cuenta que casi la mitad de la población no tiene acceso a internet?

En segundo lugar, para poder llevar adelante la relación laboral remunerativa mediante la modalidad del teletrabajo se necesitan, o resultan prácticamente imprescindibles innumerables elementos como, por ejemplo: una computadora, buena conexión de banda ancha, un lugar adecuado para que no le genere disturbio, red eléctrica, entre otros (en algunos casos también se necesita impresora). Lo que cabe plantearse es si en la actualidad todos cuentan con ello, o disponen de los recursos para tener acceso o adquirir lo necesario. Muchas veces los empleados, hasta viven en viviendas precarias, y hasta carentes de servicios básicos con lo cual es clara la vulneración del derecho a trabajar que consagran los artículos 14° y 14° bis de nuestra Carta Magna.

Párrafo aparte pero íntimamente relacionado con el punto anterior, y la igualdad real de oportunidades es el derecho al acceso a internet. ¿Pero por qué? Como es sabido la Asamblea General de Naciones Unidas ha declarado que el acceso a internet es un derecho humano¹⁰¹. ¿Pero qué implicancias tienes sobre el derecho argentino y el derecho a trabajar? Si bien muchos tratados internacionales lo establecen y no son vinculantes, Argentina adhiere. En Argentina existe la Ley N° 27.078 (promulgada el 18 de diciembre del 2014) la cual establece y garantiza en su artículo 2° este derecho. ¿Pero cómo influye en el mundo laboral? Entonces el acceso a internet principalmente es una herramienta indispensable para poder ejercer el derecho a trabajar garantizado en los artículos 14° y 14° bis de la CN en este contexto de pandemia. Es decir, la videoconferencia funciona con internet, la conexión a servidores remotos funciona con internet. En este contexto podría entenderse que el internet no es un derecho humano en sí mismo, sino que es un medio, una herramienta para poder ejercerlos por eso es su preponderante importancia. Con esta última aclaración, relacionada con el punto anterior y respondiendo a la incógnita podría entenderse que no todos cuentan con esta herramienta por lo tanto es claro

Saba. Editorial siglo veintiuno. Capítulo 1 desigualdad estructural.

98 Fuente, misionesonline.net 7/03/19. Sobre estadísticas teletrabajo

99 Fuente, Página oficial del INDEC, Estadísticas sobre el acceso y uso de tecnologías de la información y comunicación (2019)

100 Medidas nacionales comparadas ante el impacto del covid-19 en el trabajo, ¿una invitación a teletrabajar? Por Juan Ignacio Caminos. (2020, mayo)

101 Fuente, CNN en español 9 de junio del 2011. Internet como derecho humano

cómo se ve afectada la igualdad real de oportunidades a la hora de ejercer la contraprestación de trabajo para poder sostener la estabilidad laboral y con ello solventar las necesidades básicas de la persona.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias y el contexto de crisis que estamos atravesando, creo que el teletrabajo puede ser una buena herramienta, si es implementada de manera más eficaz, para ser más inclusiva y para proteger a los pacientes de riesgo enunciados por los distintos organismos de la salud. Pero es necesario que el sector empresarial y los distintos organismos del Estado, como el ministerio de trabajo, acorten esta brecha digital que claramente se ve manifestada¹⁰². Una buena solución sería que se otorguen cursos de capacitación, y que se incentive a realizarlos entendiendo y contemplando los tiempos de aprendizaje de cada empleado. Independientemente de quien se los solventa, es necesario verlos como una inversión y no como un gasto ya que esto enriquece el capital humano de las organizaciones quienes se verían beneficiadas con ello a la larga. También puede resultar interesante utilizar herramientas para teletrabajar que no necesiten esencialmente la utilización de internet para funcionar, o que en caso de que momentáneamente la conexión se vea suspendida o interrumpida pueda funcionar sin ningún problema.

VII. Jus variandi coronavirus ¿abusivo por parte del empleador o deber de solidaridad y colaboración por parte del trabajador?

La Ley de Contrato de Trabajo¹⁰³ le otorga ciertas facultades al empleador en los arts. 64° y ss. pero dadas las circunstancias que se están viviendo a nivel global, estas se ven modificadas transformando ese jus variandi en un jus variandi extraordinario, en el jus variandi corona virus¹⁰⁴ por denominarlo de alguna manera. ¿Pero estas medidas cómo afectan al trabajador?

En primer lugar, esta facultad de dirección en virtud del cual se establece la modalidad remota podría considerarse que es utilizada de manera abusiva por parte del empleador dado que muchas veces no es negociada, teniendo por conocido que estas modificaciones forman parte del núcleo duro del contrato de trabajo. También porque en la mayoría de los casos el trabajador debe solventar los gastos que implican el coste del trabajo remoto como el pago de internet, circunstancia que es muy distinta en otros sectores como la administración pública en la que el estado es el encargado de proveerle lo necesario al empleado para la realización de la tarea. Como se nombró en un punto anterior la esfera de la privacidad se ve desvirtuada con el ámbito familiar, dado que no hay una ley específica que permita el derecho a la desconexión, como si ocurre en algunas legislaciones comparadas como por ejemplo la de España¹⁰⁵. ¿Pero precisamente que se entiende por derecho de desconexión? Este derecho implica que el dependiente tiene la prerrogativa a no ser instado a

102 Seminario Digital: "Derechos Humanos Laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria". Exponen Dr. Mauricio César Arese, Prof. Emérito Mario Ackerman y Dr. Humberto Villasmil

103 Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo

104 Cinco preguntas sobre el " Jus Variandi covid-19" y la Res MT N° 279/90. Por Cesar Arese

105 Seminario Digital (2020, mayo) "Visiones Universitarias del Derecho del Trabajo Actual". Expositores Machado, D y Sanguinetti Raymon, W.

trabajar ni ser requerido por cualquier medio, especialmente por medios digitales o electrónicos fuera de su jornada de trabajo¹⁰⁶. Muchas veces el trabajador se ve trabajando horas en exceso, violando la cantidad de horas correspondientes a la jornada laboral ¹⁰⁷normada, ya que no hay un efectivo control y respeto de la misma por parte de quien está a cargo de la dirección de la prestación de tarea. Lo último antes dicho puede traer peligrosas consecuencias en la salud del trabajador, consecuencias que pueden no encontrarse amparadas en la Ley N° 24.557 de Riesgo de Trabajo.

Pero lo antedicho se aplica o se entiende pura y exclusivamente en un contexto normal. ¿Qué pasa, o qué ocurre en un contexto de pandemia como el que se está viviendo en la actualidad? A raíz del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, un sin número de actividades se vieron trasladadas, muchas veces obligatoriamente, al ámbito del hogar sin que previamente fueran evaluadas las circunstancias particulares de cada caso. Como consecuencia, se vieron agravadas diferentes patologías que se suelen tener por el hecho de teletrabajar como por ejemplo la depresión, el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), o el trastorno límite de la personalidad (TLP)¹⁰⁸ entre tantas otras, pero a ello hay que sumarle el constante malestar de las personas por la situación que se está viviendo, a muchos se les redujo el salario al 75% por el hecho de no ir a trabajar, a otros dependientes los suspendieron, incluso a muchos trabajadores no les pagan el salario o se los abonan de manera tardía. Sin embargo, ¿que rol está teniendo el empleador en todo esto? El empleador en lugar de tener un rol activo en pos de respetar la jornada laboral del trabajador para poder, incluso, cuidar su salud, avanza sobre ello, y espera o compele a que el dependiente se mantenga conectado todo el tiempo para poder contar con el cuándo lo necesite. Por ende, lo que yo me pregunto, ¿donde está el quiebre o el límite de la relación de dependencia? En qué momento el trabajador deja de estar a disposición de su jefe para poder disponer de su tiempo para lo que le plazca, para el ocio, para dedicarle tiempo a sus afectos. ¿Qué diferencia hay con una máquina? A raíz del covid 19 pareciera que se tiende a deshumanizar aún más al trabajador, se lo trata como una simple pieza del proceso de producción. Legislar, regular sobre esta temática es una deuda del Poder Legislativo Nacional, del derecho del trabajo y de todos los actores gubernamentales. Conociendo la realidad o analizándola minuciosamente se pone de manifiesto que el empleador, en general, porque pueden y deben existir excepciones, no va a colaborar o respetar por propia voluntad los derechos laborales adquiridos por las distintas legislaciones laborales.

El trabajador tiene el deber de colaboración, solidaridad y actuar de buena fe acorde a los arts. 62° y 63° de la Ley de Contrato de Trabajo, pero el empleador tiene el deber de prever todas estas consecuencias para que no resulte abusiva su facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo.

VII. Conclusión

106 Primeras reflexiones sobre el derecho a la desconexión. Nuevo derecho o vieja obligación? Por Oscar E. Benitez (pags 117 a 130) de la Revista de derecho laboral Actualidad 2019-1.

107 Ley N° 11.544 de Jornada de Trabajo

108 COVID, aislamiento e hiperconectividad. Autor: Benitez, Oscar Eduardo. Revista-Culzoni

Para poder llegar a una conclusión más acabada me pareció interesante hacerla desde el trabajo de campo que he realizado para conocer la realidad de la implementación del Teletrabajo a través de una encuesta cerrada. La misma fue realizada en el período del mes de mayo y por alrededor de quince días, se utilizaron plataformas virtuales y redes sociales, accediendo a los contactos para realizarla mediante divulgación inicial de personas cercanas que a su vez difundieron en sus ámbitos laborales y personales. Principalmente los encuestados pertenecen a las provincias de Córdoba, Buenos Aires y Tierra del Fuego, con lo cual el contexto laboral por la situación frente al COVID19 eran bastante similares. En función de ello surgen las siguientes conclusiones:

Respecto de la privacidad me parece relevante resaltar que del estudio de campo que he realizado, solo el 17.5% vive solo, por otra parte, más del 50% siente que se distorsiona, se entremezcla, se ve difuminada la vida laboral con la vida familiar, por ende es notable la necesidad de establecer un control y seguimiento de la labor mediante la intervención del Poder Legislativo Nacional que debe actuar para que este derecho humano no se vea vulnerado.

En cuanto a la igualdad resulta necesario destacar el elevado índice de personas que no tiene acceso a internet que establecen los distintos organismos encargados de su análisis. Las estadísticas demuestran que más del 50% no tiene acceso a internet, por ende, se ve claramente vulnerado el acceso a un trabajo en condiciones de igualdad respecto del resto de la población. En segundo lugar y no menos importante resulta preponderante saber que más del 60% de las encuestadas, fueron mujeres que, si bien excede el análisis de este trabajo, creo necesario resaltar a la hora de pensar en la redacción de un proyecto de ley, debieran considerarse ciertos factores, dado que muchas veces las mujeres padecen una sobrecarga de tareas, tanto en lo laboral como con la vida familiar o las tareas cotidianas del hogar. Esto se debe a la cultura en la que fuimos criados, en la que se le exige mucho más a la mujer en relación al hombre a la hora de cumplir con dichas tareas. Entonces, por otra parte, es interesante dejar de manifiesto que casi el 50% de los encuestados que tuvo dificultades o necesitó de una intervención activa del empleador a la hora de capacitarse, no tuvo auxilio de su jefe para poder salvar esas complicaciones inmediatas. Sin embargo, a pesar de estas circunstancias considero que el *teletrabajo* es una herramienta muy importante, no solo para cuidar a los pacientes de riesgo en este contexto de pandemia, incluso para que en el futuro próximo pueda ser una herramienta de uso eficiente para la inclusión de personas con discapacidad por ejemplo y/o alguna dificultad severa a la hora de tener acceso a un empleo en relación de dependencia o no.

Respecto de la facultad de dirección del empleador o de la especie de "jus variandi corona virus" me parece importante resaltar dos datos que pude recabar con la encuesta. Primero que solo el 36% siente que no hay diferencia en cuanto a la jornada laboral respecto de la jornada normal o presencial y más del 40% trabaja más horas de las que debería viendo vulnerado sus derechos laborales. El resto ronda en otras opciones en la que me interesa mencionar una particularmente a la hora de una posible regulación del teletrabajo, es que algunas empresas establecen la opción de trabajo por objetivos, esto puede resultar interesante para el futuro próximo. En otro sentido, respecto de la

necesidad y derecho que deberían tener los trabajadores a desconectarse de las plataformas digitales, solo el 50% de los empleadores o superiores colaboran para cumplir. El resto muchas veces no lo tiene e incluso el trabajador se ve compelido a mantenerse conectado para estar a disposición de su jefe. Es muy claro que la víctima o el principal perjudicado del vacío legal es el trabajador, polo débil de la relación laboral, y que el empleador notando dicha situación saca gran cantidad de ventajas.

Argentina no es una nación que tenga como cultura teletrabajar, pero puede, que a partir de la pandemia sea tenida más en cuenta como una herramienta útil en el ámbito formal de trabajo. Si bien tiene implicancias positivas para el trabajador como por ejemplo el ahorro de tiempo de traslado al lugar de trabajo, tiempo que puede utilizar para lo que le interese, y para el empleador ahorro de capital entre otros, esto no tiene que traer como consecuencia de que lo tenga que soportar pura y exclusivamente el trabajador en lo que se refiere a los gastos en insumos que debe afrontar para poder llevarla adelante su tarea. Por ende, no hay que perder el foco sobre los alcances y consecuencias que tienen sobre los derechos humanos fundamentales y su escasa u obsoleta legislación. Es un buen momento para reflexionar y para crear una ley acorde a los tiempos modernos, al avance tecnológico, para lograr tener más herramientas que en un futuro próximo resultan indispensables para enfrentar circunstancias de este tipo y para ser una interesante modalidad de inclusión.

Por último, pero no menos importante, creo que el avance tecnológico debería ser una herramienta para facilitar, para mejorar la calidad de vida de los trabajadores y de la sociedad en general. Buscar que el trabajador en algún momento logre trabajar la menor cantidad de horas posible pero que aún dicho tiempo invertido le alcance para poder cubrir necesidades básicas y quien dice de poder darse gustos suntuarios o poder dedicarles más tiempo a los afectos y al ocio en lugar de vivir para trabajar, que a la gran mayoría le sucede y no todos tienen la suerte de vivir o trabajar de lo que le gusta. Hoy pareciera bastante alejado debido a como se están manejando innumerables multinacionales, pero sería bueno que en un futuro no tan alejado se pueda llegar a buen puerto respecto de este punto.

VIII. Bibliografía

Arese, C. (2014). *Derechos humanos laborales teoría y práctica de un nuevo derecho de trabajo* (Prol. Baylos, A). Buenos Aires: Editorial Rubinzol

Saba, R. (2016). *Mas allá de la igualdad formal ante la Ley. ¿Qué les debe el Estado a los desventajados?* (1.ª edición). *Desigualdad estructural* (cap.1). Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina

Montejo Canessa, M. F. (I semestre. 2012). “*Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional*”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 23(1)

¿Medidas nacionales comparadas ante el impacto del covid-19 en el trabajo, una invitación a teletrabajar? Por Juan Ignacio Caminos (2020, mayo)

Poder Ejecutivo Nacional (2020) *Decreto DNU N° 297/2020 Aislamiento*

Social Preventivo y Obligatorio- Coronavirus (COVID-19). Fecha de sanción 19-03-2020. Publicado en Boletín Nacional del 20-03-2020

Poder Ejecutivo Nacional (2020) *Decreto DNU N° 329/2020 Prohibición de despidos*. Fecha de sanción 31-03-2020. Publicado en el Boletín Nacional del 31-Mar-2020

INDEC. (2019, mayo) “Estadísticas sobre el acceso y uso de tecnologías de la información y comunicación”. [en línea] Consultado en mayo de 2020 en https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_19CF6C49F37A.pdf

Webinar de la Universidad de Buenos Aires. (2020, mayo) “El derecho del trabajo y de la seguridad social y las relaciones laborales frente al Covid-19” disertantes Mario Ackerman, Adrián Goldin, Miguel Ángel Maza y Juan Pablo Mugnolo. [en línea] Consultado en mayo de 2020 en https://youtu.be/9nfRwhNg_9E

Constitución de la Nación Argentina. (2015). Argentina: ZAVALIA

Documental NETFLIX (2019, enero) “Nada es privado”. [en línea]

Real Academia Española (2019). *Ortografía de la Lengua Española* [en línea] Madrid ENCLAVE - RAE. Consultado en mayo de 2020 en <https://dle.rae.es/teletrabajo?m=form>

Seminario Digital (2020, mayo) “Derechos Humanos Laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria”. Exponen Dr. Mauricio César Arese, Prof. Emérito Mario Ackerman y Dr. Humberto Villasmil. [en línea] Participación en mayo de 2020.

Tecnología (2019, marzo) “Crece el empleo 4.0: ¿sabés cuántas personas en Argentina ya hacen «home office» o teletrabajan?”. [en línea] Consultado en mayo de 2020 en <https://misionesonline.net/2019/03/07/crece-empleo-4-0-sabes-cuantas-personas-argentina-ya-hacen-home-office-teletrabajan/>

CNN en Español (2011, junio 9). “Internet como derecho humano”. Muñoz, J. [en línea] Consultado en mayo de 2020 en <https://cnnespanol.cnn.com/2011/06/09/el-acceso-a-internet-un-derecho-humano-segun-la-onu/>

Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo

Ley N° 12.713 de Trabajo a Domicilio

Ley N° 11.544 de Jornada de Trabajo

Ley N° 24.557 de Riesgo de Trabajo 24557

Ley N° 12.713 de trabajo a domicilio

Cinco preguntas sobre el “Jus variandi covid-19” y la Res MT 279/20. Por Cesar Arese

Seminario Digital (2020, mayo) “Visiones Universitarias del Derecho del Trabajo Actual”. Expositores: Drs. José Daniel Machado (Universidad Nacional del Litoral) – Wilfredo Sanguinetti Raymon (Universidad de Salamanca, España), y presencia del Dr. Juan Raso por la Universidad de la República, Uruguay. [en línea] Participación el 21 de mayo de 2020.

MANUAL DE BUENAS PRACTICAS EN EL TELETRABAJO. Organización internacional del trabajo, 2011. Primera edición, 2011(pág. 1-14)

Derecho a la intimidad de la persona trabajadora. Por Esp. Paula Andrea Frescotti (pág. 2)

PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXION ¿Nuevo derecho o vieja obligación? Por Oscar E. Benítez (págs. 117 a 130) Revista de Derecho Laboral Actualidad 2019-1 Mario Eduardo Ackerman; dirigido por José D. Machado- 1ª Ed. Revisada- Santa Fe : Rubizal-Culzoni 2019

COVID, aislamiento e hiperconectividad. Autor: Benítez, Oscar Eduardo. Rubizal-Culzoni

NUEVOS DERECHOS O NUEVAS REALIDADES: EL DERECHO A LA DESCONEXION DIGITAL. Por Consuelo Ferreyra y Carolina Vera Ocampo. (págs. 221 a 224) del libro de ponencias del Congreso Regional Americano XI del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del día 4 a 6 de septiembre 2019. Córdoba, Argentina. XXI Jornadas Rio Platenses

https://www.argentina.gob.ar/trabajo/teletrabajo/marco-normativo?fbclid=IwAR39TQMKj9TBImkF09nnK4Hze_UxbWDkgper1O-rJXeDBu-dXIWdj7REH4

EL IMPACTO DEL CORONAVIRUS EN LAS RELACIONES LABORALES.

Por Florencia Sebastiani

El interrogante planteado en el presente trabajo es si continúan plenamente inalterables los Derechos laborales fundamentales, estos son: la estabilidad al empleo y al salario, durante la crisis sanitaria por la pandemia mundial despertada por el Covid-19.

Asimismo, ¿qué sucede con los trabajadores que se encuentran en la informalidad? ¿qué regulan las fuentes normativas a nivel internacional y qué surge del ordenamiento interno?

SUMARIO: Introducción. ¿Qué registro tenemos sobre esta problemática en la OIT?

¿Qué expresa la OIT sobre la estabilidad del empleo y el derecho al salario? Qué medidas toma Argentina y el mundo ante la pandemia y en relación a las fuentes laborales. Conclusión. Anexo. Bibliografía.

Introducción

El mundo está atravesando una situación de crisis sanitaria frente a la propagación de una nueva enfermedad infectocontagiosa, causada por un virus de gran agresividad y virulencia.

Tanto la manera de vivir como de relacionarnos ha cambiado en un período muy breve de tiempo, tanto es así que de un momento a otro se instauró en nuestro país un estado de “Aislamiento social preventivo obligatorio”, en consonancia con algunas medidas adoptadas en otros países del mundo y habiendo visto las graves consecuencias para la vida humana que suponía este monstruo desconocido, llamado COVID-19.

Debido al mundo globalizado en el que estamos inmersos, este virus transformó en poco tiempo, el estado epidemiológico de tranquilidad mundial en materia de salud por un estado alarmante de PANDEMIA. Cuya principal medida de prevención es “la cuarentena obligatoria”.

Ahora bien, esta situación de confinamiento o aislamiento social preventivo y obligatorio aplicado por la mayoría de los países que se vieron afectados con esta enfermedad de rápida propagación y contagio y, que abarcó en un principio a la mayoría de las personas, parece ser incompatible con la continuidad de algunas actividades laborales.

Cabe preguntarnos frente a esta la realidad en la que nos situamos hoy a nivel mundial, ¿cómo encontrar la solución más justa a nivel laboral ante esta situación que parece habernos tomado por sorpresa y excedernos a todos? Considero que, para poder dar respuesta pertinente, se necesita una mirada contemplativa de aspectos íntimamente relacionados entre sí, tales como son los convenios internacionales del trabajo y su influencia en las relaciones laborales, así como también la variable económica en un mundo globalizado como el de hoy y las políticas públicas adoptadas y aplicadas por los Estados para paliar esta situación extraordinaria.

Si nos remontamos hacia atrás en la historia cada hito importante ha repercutido en la vida de las personas y, especialmente en el ámbito laboral. De alguna manera cada uno de estos acontecimientos modificaron paradigmas imperantes y dieron nacimiento a nuevos interrogantes, plantearon problemáticas y la necesidad de encontrar soluciones.

Como punto de partida podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿Cómo surge la Organización Internacional del Trabajo? La Organización Internacional del trabajo fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que culminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social era esencial para alcanzar una paz universal y permanente.

La fuerza que impulsó la creación de la OIT fue provocada por consideraciones y cuestiones de seguridad, humanitarias, políticas y económicas.

Al sintetizarlas, el Preámbulo de la Constitución de la OIT dice que *“las Altas Partes Contratantes estaban movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo”*. Imperaba en ese momento un verdadero reconocimiento a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de aquella época.

En aquel momento de convulsión, de violencia, y avasallamiento de derechos tuvo que surgir una Organización que tutelara los derechos de los trabajadores, resultaba ser que el atropello lejos de estar sectorizado en algunos lugares del mundo, se replicaba en todas partes. Y tal acontecimiento bélico solo dejó al descubierto esa situación.

Hoy, un siglo después, surge un acontecimiento de tal magnitud como es una pandemia mundial que deja un tendal de muertos y obliga a las personas a someterse a un confinamiento -en muchos Estados obligatorio-, y pone en jaque muchos de los derechos laborales conquistados y reconocidos a través de innumerables convenios ratificados por diversos países.

El mundo es hoy aún más transfronterizo, y esta enfermedad trae consigo consecuencias por demás preocupantes en el ámbito laboral.

El objeto de este trabajo es analizar en qué condiciones se encuentran los trabajadores frente al COVID -19, las medidas tomadas respecto a las fuentes de trabajo en la Argentina y el mundo. Y cómo atraviesan esta crítica situación aquellos trabajadores que se encuentran en la informalidad.

II. ¿Qué registro tenemos sobre esta problemática en la OIT?

Como expresó el Dr. Villasmil Humberto en el Seminario digital: *“Derechos humanos laborales y la OIT frente a la pandemia”*, las nociones de pandemia, epidemia y enfermedades contagiosas, tienen una recepción apenas referencial en el sistema normativo de la OIT.

La primera categoría de epidemia fue utilizada en el viejo Convenio 29 de 1930 Sobre el Trabajo Forzoso, que luego se declaró convenio fundamental. Pero el término pandemia aparece en la recomendación N°200 sobre el VIH – SIDA, es decir ésta es la primera norma del sistema normativo que recoge la categoría de pandemia.

Sobre enfermedades contagiosas, surgió la recomendación N°157 sobre el Personal de enfermería, año 1977.

El término cuarentena en el sistema normativo de la OIT aparece en la recomendación sobre “asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad”, de 1969. Ésta, la recomendación N°134, fue un instrumento de seguridad social que estuvo pensado para garantizar la protección de las personas, en contra de la enfermedad y concibe la idea de prestaciones monetarias en caso de ausencia y pérdida de ganancia.

El caso fortuito y fuerza mayor tuvo escasa referencia en la OIT en el convenio N°29 de 1930. En el artículo 2 se define el concepto de *trabajo forzoso*. A su vez, en el punto 2 del mismo artículo establece qué conceptos no abarcan al trabajo forzoso tomando incidencia la fuerza mayor y sus ejemplos: *“(d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.”*

Y se reitera dicha terminología en la recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo 1962.

Frente a esta situación de excepcionalidad vemos como es de escasa referencia el sistema normativo de la OIT, pero éste último sí regula otras aristas que son de vital importancia en este tiempo de desequilibrio y recesión.

II. ¿Qué expresa la OIT sobre la estabilidad del empleo y el derecho al salario?

Haré mención del Convenio sobre la protección del salario N°95, que fue ratificado por Argentina el 24 de septiembre de 1956 por lo que se encuentra en vigor, en cuyo artículo 1 establece la definición del salario como aquella “... *remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.*”

El aludido convenio refiere también al modo en el que debe abonarse el salario a los trabajadores, es decir: *“en efectivo y se pagará exclusivamente en moneda de curso legal. Deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal.”*¹⁰⁹ Del mismo surge que el salario se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente.

109 CO 95 - Convenio sobre la protección al salario – 1949 – Artículo 3 inc. 1.

Por último, el convenio en cuestión alude a la prohibición de que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

Existe otro valioso instrumento que pretendo recordar, la Conferencia General de la organización del trabajo se reunió en Filadelfia el día 10 de mayo de 1944 y adoptó en la Declaración de Filadelfia determinados principios que deben inspirar la política de sus miembros.

Insisto en destacar la máxima de que “el trabajo no es una mercancía”.

Por tanto, *frente a la inseguridad, la incertidumbre, y la precariedad, es decir, frente al desempleo y el trabajo inseguro hay que volver a las políticas orientadas al pleno empleo y a la función social del empleo. Esto significa, generar unos ingresos suficientes que cubran nuestras necesidades económicas, pero también, procurar bienestar y satisfacción moral a los trabajadores en el desempeño de sus tareas.*¹¹⁰

El sistema no debería funcionar generando la excesiva acumulación de riquezas en manos de unos pocos, en la actualidad existe una crisis ocupacional (aunque es una problemática que acarreamos hace años), frente a la inseguridad, la incertidumbre y precariedad habría que orientar las políticas al pleno empleo que garantice que los trabajadores puedan cubrir sus necesidades y obtener una buena calidad de vida para él y su familia.

El trabajo no es una mercancía porque, quienes ponen a disposición su fuerza de trabajo son seres humanos atravesados por distintas realidades, algunos de ellos cuentan con un oficio, algún estudio o profesión; Todos ellos merecen condiciones dignas de trabajo, y sentir la satisfacción de poder prosperar y avanzar en virtud de su esfuerzo.

Considero pertinente agregar que, conforme a la reforma constitucional del año 1994, cuando Argentina ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contenga. Obligación cuyo incumplimiento puede generar la responsabilidad internacional del estado.

Ahora bien, resulta difícil mantener incólume este derecho cuando existen plantas fabriles que no pueden seguir funcionando y produciendo, comercios que debieron cerrar sus puertas para dar cumplimiento al aislamiento social preventivo y obligatorio y que no están pudiendo generar y obtener ganancias.

El pequeño y mediano comerciante está atravesando una aguda crisis económica, situación que se ve agravada quizás por el hecho de no contar con un fuerte respaldo económico que le permita continuar abonando los salarios a sus empleados durante esta recesión. Por lo que algunos empleadores están comenzando a recortar salarios, ya que aquello que en los primeros meses era sostenible, debido a la prolongación del ASPO, hoy se torna difícil de cumplir.

Vemos cómo el salario de muchos trabajadores ha sufrido un franco deterioro debido a suspensiones laborales y reducción de horarios. Peor aún,

110 ALAMINOS, Antonio – Junio 2010 – “El trabajo no es una mercancía”, <http://fundacionsistema.com/el-trabajo-no-es-una-mercancia/>

hay quienes en este contexto han perdido su empleo, viéndose afectado de esta manera el principio de estabilidad laboral nombrado al comienzo del trabajo.

Ante esta perspectiva, *la promoción de una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido (de conformidad con el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)¹¹¹ tendrá que incluir medidas selectivas para estabilizar las economías y abordar los problemas de empleo, con inclusión de medidas de estímulo fiscal y monetario destinadas a estabilizar los medios de subsistencia y los ingresos, y a salvaguardar la continuidad de las empresas.*¹¹²

IV. Qué medidas toma Argentina y el mundo ante la pandemia y en relación a las fuentes laborales.

La Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento *“Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)”* que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya *“que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados”.*¹¹³

Si comenzamos a abordar el derecho a la estabilidad es *el derecho que garantiza al trabajador la conservación de su empleo.*¹¹⁴ Cabe preguntarse cómo se ha interpretado el derecho a la estabilidad en nuestro país, cómo se aplica en las relaciones laborales de derecho privado y si existe verdaderamente un derecho a la estabilidad efectivo.

Argentina adopta un criterio de estabilidad relativa frente al empleo. Este criterio permite al empleador poder prescindir de los servicios de sus trabajadores aún sin causa. Es decir, no se puede obligar al empleador que dé ocupación efectiva al trabajador, porque es un derecho que puede ejercer y no una obligación. A su vez, el criterio de estabilidad relativa se subdivide en estabilidad propia e impropia y es este último régimen el adoptado por nuestra Ley de Contrato de Trabajo.

Es con la ley 11729 del año 1934 que se consagra el derecho indemnizatorio

111 Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) – Artículo 1.

112 Anexo de la Recomendación sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) Párrafo 8; y Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169) Párrafos 1, 6 y 10.

113 R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166) – Punto III - 19 (1).

114 RAMOS, Santiago José -“Anotaciones sobre el derecho a la estabilidad y a la perspectiva actual” 2008- http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080044-ramos_annotaciones_sobre_derecho_estabilidad.htm

en caso de despido no justificado de las personas que trabajaban en el sector privado. En este nuevo orden jurídico el despido arbitrario (no justificado o sin causa) mantiene sus efectos, pero el trabajador devenga una indemnización en función de la remuneración y de la antigüedad que tiene en su empleo. Esta reforma legislativa busca que el trabajador tenga cierta expectativa de mantener el empleo ya que el empleador si bien puede disponer del cese del vínculo, ello le acarrea un costo económico. En consecuencia, se genera un marco adecuado de mayor seguridad jurídica en las relaciones laborales.

En la estabilidad impropia el despido siempre es eficaz, pero se fija una reparación indemnizatoria en base al salario y a la antigüedad del trabajador en el empleo, es decir una indemnización tarifada. La indemnización funciona como una regla aritmética abstracta y su funcionalidad consiste en poder calcular a priori los costos laborales del despido.

En la actualidad, y basándome en el aporte del Dr. Jorge Elías, este destaca que *la crisis del virus se instala en el marco de un sistema de relaciones laborales donde la tutela del trabajador, es, pese a lo dispuesto en la ley, sumamente deficitaria.*¹¹⁵

A su vez en su análisis esgrime que en nuestro país más de un tercio de trabajadores no están reconocidos en su calidad de dependientes, tanto por no estar registrados como por un encuadre fraudulento de su vínculo bajo la modalidad de la locación de servicios, pasantías y becas. Otros muchos están registrados de modo insuficiente (especialmente en lo relativo a la remuneración).

Por último, buena parte de nuestros asalariados se desempeña en empresas que bajo formas jurídicas diversas buscan blindarse de reclamos laborales y de la seguridad social: sociedades ficticias o infra capitalizadas, hombres o mujeres que ocultan y protegen al real empleador.

Así como las personas que padecen enfermedades crónicas o los muy debilitados son más vulnerables a los efectos mortales del covid-19, nuestro sistema de relaciones laborales, afectado por estas patologías crónicas que han sido mencionadas en los párrafos anteriores, también es particularmente vulnerable a los efectos de la parálisis que impone el aislamiento. *El virus mata a las personas vulnerables, la crisis económica provocada por la cuarentena mata a los empleos precarios.*¹¹⁶

En el campo de derecho laboral la informalidad y las maniobras fraudulentas para desconocer la relación laboral es una enfermedad del sistema, enfermedad que me atrevería a decir trasciende fronteras y no es solo una problemática local de nuestra región. Esta patología, deja en situación de mayor indefensión a quienes la padecen.

Ahora bien, volviendo al foco de nuestro objeto, los Decretos de Necesidad

115 ELIAS, Jorge – “La pandemia social y sus consecuencias”- Abril 2020, p. 40. Revista de derecho laboral actualidad – El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – DOSSIER N°3 – ARESE Cesar – MACHADO José Daniel. Ed Rubinzal – Culzoni.

116 ELIAS, Jorge – “La pandemia social y sus consecuencias”- Abril 2020, p. 40. Revista de derecho laboral actualidad – El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – DOSSIER N°3 – ARESE Cesar – MACHADO José Daniel. Ed Rubinzal – Culzoni.

y Urgencia sancionados por el presidente de la Nación con motivo de la pandemia del coronavirus (329/2020 y 487/2020) altera temporalmente el sistema de estabilidad acogido por nuestra Ley de Contrato de trabajo prohibiendo por el término primero de 60 días y ahora prorrogado por 60 días más los despidos y suspensiones.

El DNU 329/2020 establece en el marco de la emergencia sanitaria y a los fines de mantener el empleo en el artículo 2: *“Prohíbanse los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial).”*

A su vez, el artículo 3 del mismo Decreto reza: *“Prohíbanse las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de SESENTA (60) días, contados a partir de la fecha publicación del presente decreto en el BOLETÍN OFICIAL. Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.”*

Por último, el artículo 4 determina la consecuencia que tendrán los despidos violando los dos anteriores artículos: *“...no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.”*

Es de importancia mencionar que ya han transcurrido los primeros sesenta días de vigencia de mencionado Decreto y por medio del DNU 487/2020 se prorrogó por sesenta días más la prohibición de despidos y suspensiones amparados en causas económicas o de fuerza mayor.

De esta manera, se busca garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social tal como lo expresa el mismo DNU.

No obstante, la vigencia de la prohibición, qué sucede si en la práctica no se cumplen las disposiciones emanadas del DNU, y operan aun así despidos. ¿Qué alternativas encuentra el trabajador?

Operado el escenario no deseado por la norma de emergencia, se le presentan al trabajador/a distintas alternativas: a) En lo inmediato, rechazar en forma fehaciente el distracto incausado, exigiendo la inmediata reinstalación. b) Si ello no logra su cometido, podrá requerirlo en sede judicial a través de una acción de amparo (con una medida cautelar), una cautelar autónoma o una medida auto satisfactiva, según las herramientas procesales expeditas que brinde la legislación procesal de cada jurisdicción, con más el requerimiento de pago de los eventuales salarios caídos. Todas ellas revestirán el carácter de urgentes y serán pasibles de habilitación de Feria Judicial y/o Asueto con suspensión de términos. 15 c) Requerir judicialmente el pago de los rubros indemnizatorios y salariales derivados del despido incausado, con más el agravamiento económico dispuesto por el DNU 34/2019, en caso de corresponder. Pese a que el art. 4 del DNU 329/2020 consagra la ineficacia del despido incausado, el/la trabajador/a bien podría optar por la alternativa del resarcimiento económico, ya que en todos los casos en que la ley impone una nulidad, la misma va dirigida al empleador y, en definitiva, es el/la trabajador/a

quien puede invocarla.¹¹⁷

Análisis de estos conceptos en nuestra Ley de Contrato de Trabajo:

Comenzaré por analizar el CAPITULO V de la Ley de contrato de trabajo que habla de las suspensiones por causas económicas y disciplinarias. En la primera parte desarrollaré las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que son las que el DNU 329/2020 expresamente prohíbe. Posteriormente se hará el análisis de la norma establecida en el artículo 223 bis de la LCT, lo permitido a concertar respecto de suspensiones por el Ejecutivo Nacional en esta época de crisis.

Teniendo en cuenta que toda relación laboral exige prestaciones recíprocas, existen (entre otras) dos obligaciones básicas entre las partes: por un lado, la obligación del trabajador, consistente en prestar servicios; y por el otro, la obligación del empleador de otorgar tareas. Pero no siempre las partes pueden cumplir con dicha carga, y en estos casos es donde se producen las suspensiones dentro del contrato de trabajo.

El empleador puede eximirse de cumplir con su obligación de otorgar tareas en los casos previstos en forma expresa y restrictiva por la normativa laboral vigente. Y se exige también de abonar remuneración.

En nuestro ordenamiento las suspensiones por causas económicas son por: la falta de trabajo no imputable al empleador y por razones de fuerza mayor. Justamente las mismas fueron prohibidas de aplicar por los DNU mencionados supra.

Son justificadas cuando se originan en hechos ajenos a la empresa, o resultan imprevisibles o inevitables de acuerdo con su naturaleza y con la diligencia exigible a un buen hombre de negocios. La legislación permite que por cierto lapso *determinado* se suspenda el contrato cuando la obligación se torna de difícil cumplimiento, siempre que el hecho no le sea imputable al empresario y no haya habido negligencia de su parte.

La fuerza mayor se refiere, en cambio, a los hechos que afectan a la empresa que no se han podido prever o que previstos no se han podido evitar, y que impiden al empleador cumplir con su obligación de dar trabajo (artículo 1730 del CCyCN). El hecho debe ser, además de extraordinario, imprevisible o inevitable. Por ejemplo: se refiere a contingencias extraordinarias tales como terremotos, maremotos, incendios de establecimiento (donde el empleador demuestre que adoptó y agotó todas las instancias preventivas), actos de terrorismo, inundaciones catastróficas, un estado de conmoción interno etc., y que dependerá del nivel de destrucción que genere en los establecimientos. Deben obedecer a causas externas, graves, ajenas al giro y a la previsión empresarial. Tienen que constituir impedimentos insuperables y no meras circunstancias que tornen más onerosas las prestaciones.

La falta o disminución de trabajo se tiene que entender por razones fuera

117 TULA, Diego J – “Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020”- Abril 2020, p. 14 y 15. Revista de derecho laboral actualidad – El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – DOSSIER N°2 – ARESE Cesar – MACHADO José Daniel. Ed Rubinzal – Culzoni.

del riesgo y la gestión de la empresa, no imputables al empleador, donde se actuó en forma diligente y activa para solucionar y afrontar la crisis. Tiene que tener los siguientes elementos: derivar de un hecho que afecta el mercado e impacta a la empresa, ese hecho debe ser excepcional y ajeno al empresario (que no debe haberlo podido prevenir ni evitar) y no debe ser imputable al empleador. No constituye falta o disminución de trabajo una crisis económica general que determina recesión industrial, ni la caída de ventas y aumento de stock ya que son hechos previsibles e integran el riesgo de la empresa.

*“Para justificar los despidos por falta o disminución de trabajo, el empleador debe probar: a) La existencia de falta o disminución del trabajador que, por su gravedad, no consiente la prosecución del vínculo; b) que la situación no le sea imputable; c) que respetó el orden de antigüedad; y d) perdurabilidad de la crisis”.*¹¹⁸

A su vez, la Ley de Contrato de Trabajo en el artículo 218 establece las pautas generales que debe tener para ser válida una suspensión. Estas son:

1) **JUSTA CAUSA:** El empleador debe expresar claramente la causa de la suspensión y esa causa debe estar prevista en la ley; de lo contrario no se puede suspender.

Si el empleador suspende arbitrariamente a un trabajador, viola el deber de ocupación (artículo 78 LCT) y el de buena fe (artículo 63 LCT) al no ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador.

2) **PLAZO FIJO:** requiere que tenga un plazo cierto. Se debe establecer específicamente su duración. No es válida una suspensión por tiempo indeterminado -como en la práctica, en esta situación, muchas empresas e industrias han aplicado. Ni tampoco pueden exceder los plazos máximos fijados en la LCT.

3) **NOTIFICACIÓN POR ESCRITO:** El empleador debe entregar al trabajador la comunicación, de no hacerlo acarrea la nulidad de la medida. Puede notificarse por medio de escribano público, autoridad administrativa o judicial.

Si el empleador al efectuar una suspensión no cumplimentó estos tres requisitos, el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que estuviere suspendido si hubiere impugnado la suspensión.

Si nos enfocamos en el DNU de prohibición de despidos y suspensiones por razones de fuerza mayor o causas económicas, aparece el concepto de “Procedimiento preventivo de crisis”.

La LCT fija un orden de antigüedad que el empleador debe respetar para efectuar las suspensiones por falta de trabajo y por fuerza mayor. El artículo 221 expresa que *“deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. Respecto del personal ingresado en el mismo semestre, deberá comenzarse por el que tenga menos cargas de familia, aunque con ello se altere el orden de antigüedad.”*

Están excluidos de estas suspensiones: trabajadores que estén gozando

118 (CNTrab. - Sala V - 05/7/1991, “Alegre, Raúl A c/Comercio Internacional SA”).

licencia por enfermedad inculpable, mujeres con licencia por maternidad y los delegados gremiales.

El Procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) es un mecanismo tendiente a prevenir despidos tempranos interviniendo el Ministerio de Trabajo como mediador frente a las partes en dicho procedimiento.

La apertura del PPC es solicitado por el empleador ante el Ministerio de Trabajo de la Nación a los fines que el mencionado organismo examine si es procedente dicho pedido y si concurren causas que justifican la misma.

El procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) está previsto en el marco regulatorio legal de las leyes laborales vigentes, a saber: Ley 20744 de Contrato de Trabajo (LCT) en sus artículos 219, 220 y 222; en el artículo 219 de la mencionada ley, el legislador establece que *“se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada”*. En consecuencia, no puede suspenderse amparándose en los artículos 219, 220 y 222 sin haber iniciado el Procedimiento Preventivo de Crisis.

Es la Ley 24013 - Ley Nacional de Empleo-quien da las pautas del PPC y que tiene por finalidad lograr que, en caso de crisis de la empresa, las partes lleguen a un acuerdo respecto de la necesidad de efectuar suspensiones. El problema está dado en que dicha ley no establece ninguna sanción en caso de que el empleador disponga de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a los porcentajes de trabajadores fijados por el art. 98, sin que éste haya iniciado el procedimiento preventivo de crisis; es decir que no hay ninguna sanción concreta contemplada para el incumplimiento previo.

La doctrina discute qué ocurre con las medidas tomadas sin haber iniciado el PPC. Cuyos aportes son controvertidos y van desde la plena efectividad de la medida hasta la nulidad del despido o la escasa validez jurídica de la medida.

Las consideraciones expresadas anteriormente, como manifesté en el primer párrafo de este punto, fueron prohibidas por los Decretos de Necesidad y Urgencia 329/2020 y 487/2020. Lo que sí permite son las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

La norma hace una referencia tangencial a la suspensión concertada, cuando hace reseña de las *“suspensiones...pactadas individual o colectivamente”*: *se trata de una suspensión por causas económicas dispuesta por el empleador pero que es aceptada previamente por el trabajador*.

Tiene su origen en los usos y costumbres de los años noventa; su característica es que el empleador, durante el tiempo de la suspensión de la prestación de tareas, paga al trabajador un subsidio que tiene carácter de prestación no remunerativo y que sólo tributa aportes y contribuciones por obra social.

Para fijar el monto se toma en cuenta un porcentaje sobre su remuneración habitual. Puede ser pactada individual o colectivamente y debe ser homologada por el Ministerio de Trabajo para evitar reclamos posteriores del trabajador.

Habitualmente se ofrece un porcentaje importante del salario neto (por ejemplo, el 70%); el trabajador resigna un 30% de sus ingresos reales, pero para la empresa el ahorro es mayor porque sobre el monto que abona al trabajador no debe pagar cargas sociales, por lo cual la reducción supera el 50%.

Los beneficios son mutuos porque preserva la fuente de trabajo y la subsistencia del contrato: ante una situación real de falta de trabajo o fuerza mayor, el trabajador no presta servicios (no tiene gastos de transporte) y si bien no percibe la totalidad de la remuneración, sigue recibiendo ingresos, y el empleador reduce su erogación considerablemente y -teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial- evita una posible sentencia condenatoria en el futuro.¹¹⁹

En la práctica, para llevar adelante este mecanismo de suspensiones, La Unión Industrial Argentina (UIA) y la Confederación General del Trabajo (CGT) han celebrado un acuerdo marco que fija las pautas para que el mismo sea válido y para que la autoridad de aplicación – Ministerio de Trabajo – lo homologue.

Este consenso se amasó rápidamente, intervienen dos centrales (UIA-CGT) cuando existen varias más también representativas del sector y, sin ir más lejos, en el Consejo del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo de la Ley 24.013 participan activamente. Por lo tanto, es parcialmente representativo. Se trata de un diálogo social directiva, de criterios u orientaciones más que pautas obligatorias o pacto imperativo para los firmantes porque se da curso a la negociación colectiva de otras condiciones por encima de lo acordado. El 75 % del salario es una pauta mínima, que fue tomada como referencia para acuerdos de los sectores mercantil (28/04/2020) y gastronómicos (29/04/2020), pero que puede ser mejorada mediante la negociación colectiva sectorial, por empresa o individual, como ocurrió con el acuerdo para la actividad metalúrgica (28/04/2020) o en algunas empresas con pago del 100 % bajo el concepto de “no remuneratorio” o remuneratorios totales o parciales.¹²⁰

Dentro de las principales cuestiones a tener en cuenta que se han fijado en este acuerdo marco son: A) Que el plazo de vigencia de esta suspensión será de hasta 60 días. B) Que el monto que los empleadores deberán abonar como prestación no remunerativa o las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral en este marco no podrá ser inferior al 75% del salario neto que le hubiere correspondido al trabajador en caso de haber laborado. C) No podrán ser suspendidos en esta modalidad los trabajadores que sean considerados de riesgo o gocen de alguna licencia. D) Que el rubro de la empresa que suspenda tareas no esté prestando actividad alguna.

A su vez, dicho acuerdo de suspensiones, debe ser controlado y aprobado por el sindicato del rubro.

119 GRISOLIA Julio A – AHUAD Ernesto J – “Ley contrato de trabajo comentada 2da edición”, p. 281 – 282, Ed. Estudio S.A, Julio 2009.

120 ARESE Cesar, “El acuerdo CGT-UIA, el botón rojo y la Libertad sindical sin cuarentena”- Mayo 2020, p. 7. Revista de derecho laboral actualidad – El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – DOSSIER N°4 – ARESE Cesar – MACHADO José Daniel. Ed Rubinzal – Culzoni.

En el mundo

Haciendo un repaso por las principales medidas adoptadas por dirigentes de otros Estados encontramos que algunas de ellas han sido medidas en consonancia a las nuestras y otras han sido antagónicas.

España es una clara muestra del verdadero aluvión normativo, que generó la crisis sanitaria del COVID-19. Entre las disposiciones dictadas con carácter de urgencia, que emanan del Real Decreto-ley 8/2020, se le otorgo un gran protagonismo al “trabajo a distancia”, reducción de la jornada laboral para aquellas personas que acrediten el cuidado de su cónyuge o familiar de hasta 2do grado de consanguinidad. El pago de una prestación extraordinaria para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuyas actividades queden suspendidas.

Lo más importante del presente Decreto, es que establece que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.¹²¹

Italia, otro de los países duramente golpeados por la virulencia de esta enfermedad infectocontagiosa, también se encargó de tomar medidas al respecto.

El presidente del Consejo de Ministros de Italia aprobó un decreto que estableció la suspensión de las actividades comerciales. Como excepción al cierre de establecimientos, se menciona a aquellas que puedan operar mediante teletrabajo, sean esenciales en su cadena de suministros, call centers, y trabajadores de “delivery”. Se estableció también, una “ammortizzatori sociali”, con el fin de proveer asistencia social a empresas que hayan debido reducir o suspender su actividad, y una reducción muy importante de contribuciones patronales. También se fijó una ayuda a trabajadores autónomos y desocupados, y un bono para la contratación de niñeras para padres que deban seguir prestando tareas.

Las autoridades de *Brasil*, de alguna manera subestimaron esta enfermedad y sus consecuencias en la salud de sus habitantes. El accionar de su Presidente Jair Bolsonaro frente a la pandemia fue todo lo contrario a lo recomendado por la OMS. Se ignoró la experiencia de los países asiáticos y europeos respecto al Covid-19.

El Primer Mandatario de dicho país llamó reiteradamente a la “vida normal”, aduciendo que las alertas eran sólo producto de la “histeria”. Apeló a una pretendida inmunidad basada en la identidad del pueblo –“*si los brasileños pueden nadar en alcantarillas y no les pasa nada, podrán sobrevivir a este resfriado miserable*”-, a la virilidad –“*al virus hay que enfrentarlo como un maldito hombre, no como un niño*”, “*Brasil no puede parar*”.

121 ESPINILLO, Nahuel Nehuen – “Medidas adoptadas en materia laboral en España, Italia y Chile a causa del Covid-19” – Abril 2020, p. 81 - Revista de derecho laboral actualidad – El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – DOSSIER N°2 – ARESE Cesar – MACHADO José Daniel. Ed Rubinzal – Culzoni.

Los primeros en reaccionar a este accionar, fueron los gobernadores de los Estados brasileños, inicialmente los del nordeste del país que desde hace meses han conformado una especie de consorcio regional para discutir y aplicar políticas comunes de desarrollo social y económico. Así, el escenario político quedó dividido en dos: por un lado, Bolsonaro y su grupo cada vez más pequeño de seguidores, del otro lado, casi todo el país: gobernadores, principales empresarios, el mismo ministro de Salud, los generales del gabinete, todos, asumiendo con preocupación la gravedad de la situación y reivindicando la necesidad de articular las respuestas de forma organizada, dando relevancia a la cuarentena y al Sistema Único de Salud que, según los especialistas en la materia, es uno de los pilares sobre los que debe estructurarse la capacidad de respuesta del país a la pandemia.

Lo cierto es que el tratamiento despreocupado que el presidente de Brasil le ha dado al Covid- 19, se ha visto traducido en el impactante número de contagios y fallecimientos que se dieron en el país aludido.

VII. Conclusión

En la dinámica de este trabajo de investigación muchos han sido los interrogantes, y algunas respuestas las he encontrado con expresa regulación normativa en el derecho interno e internacional, pero lo que debe ser, dista a veces en la práctica respecto a lo que efectivamente es.

Uno de ellos es ¿qué ha ocurrido en la realidad con aquellas actividades que encuentran el escollo de no poder llevarse adelante con la modalidad teletrabajo y por las cuales los empleadores se vieron obligados a cerrar sus establecimientos y sin más no recibir a ningún trabajador? No producen, no generan, y no tienen ganancias.

Si bien el Gobierno Nacional y en menor medida, los Gobiernos Provinciales, han sacado medidas de apoyo para las empresas y trabajadores, se implementó un programa de asistencia a la producción y ayuda económica a las empresas para el pago de salarios, así como también mejoras al seguro de desempleo, créditos a tasa cero y el retraso en las contribuciones.

Son innumerables las empresas han caído en las suspensiones y reducción de jornadas y por ende disminución de salarios, los cuales, en la mayoría de los casos no han sido concertados con los empleados, no han pasado por el control de la autoridad de aplicación y mucho menos con el sindicato de la actividad como establece el artículo 223 bis.

Simplemente se ha estipulado unilateralmente y llevado adelante pese a las prohibiciones. Y en muchos casos, por no decir la mayoría, los trabajadores han acatado las mismas para evitar la pérdida de la fuente de trabajo.

¿Qué sucede con el derecho a la estabilidad al empleo y el derecho al salario respecto de los trabajadores cuyos trabajos no se encuentran registrados? ¿Qué pasa cuando un trabajador sometido a la informalidad es despedido?

Éste no va a contar con la indemnización tarifada para superar el difícil momento de quedar sin empleo, podríamos decir que queda desamparado y que puntualmente

en este contexto de crisis sanitaria y económica no queda amparado por los Decretos 329/2020 y 487/2020 precisamente por encontrarse en la clandestinidad.

Millones de trabajadores se encuentran en condición de precariedad laboral y resulta que si son desafectados de sus puestos de trabajo no encuentran otra alternativa legal más que intimar al empleador a regularizar la situación laboral que seguramente desencadenará un juicio laboral y tiempo. Tiempo para poder cobrar las indemnizaciones debidas.

En el contexto de esta crisis sanitaria y económica, serán muchas las consecuencias dañosas, pero los más perjudicados continuarán siendo los que han visto deteriorarse sus derechos hace años. Aquellos que no pueden ser alcanzados por los instrumentos jurídicos que pretenden generar mecanismos para defenderlos, y no pueden llegar a ellos porque son cuasi invisibles, (entiéndanse que no utilizo el termino de manera peyorativa).

Nos acostumbramos o nos resignamos a convivir con la informalidad, miles de trabajadores que no son registrados conforme lo exige la ley de contrato de trabajo y que, a diario, no cuentan con un salario digno, descanso anual remunerado, protección frente a los accidentes de trabajo, y prestaciones asistenciales para el propio trabajador y su familia.

Trabajadores que suelen sentirse desvalorizados, que viven en la inseguridad constante sintiendo que pueden ser despedidos de un momento a otro sin protección legal alguna.

Estos mismos trabajadores que siempre han sido vulnerables a los altibajos drásticos de la economía, hoy se encuentran aún más golpeados por esta pandemia, que está causando estragos en la economía.

Sucede que, creo que defender y tutelar los derechos de trabajadores que están en un marco de formalidad suele ser más sencillo. Pero en esta época tan hostil que nos toca atravesar resulta una ardua tarea asegurar la estabilidad al empleo y la percepción de un salario a aquellos que están en la informalidad. No podemos olvidar que estos últimos forman parte de un gran porcentaje de nuestros trabajadores.

Procurar proteger a quienes siempre estuvieron desprotegidos no es algo nuevo que surge con esta pandemia, es una deuda de hace años y esta gran crisis lo que hace es volver más notoria esta situación de vulnerabilidad.

Estos trabajadores hoy podrán contar con una prestación monetaria de carácter excepcional, una ayuda transitoria del gobierno (ayuda muy necesaria y que seguramente sea bien recibida), pero que de ningún modo podrá suplir el rol y la importancia que tiene el trabajo en la vida de una persona. Lo que implica la posibilidad de ganar el sustento por medio de su propio esfuerzo, lograr un crecimiento personal, sentir que puede valerse por sí mismo y hacer frente a sus obligaciones por sus propios medios.

Es cierto que el impacto de la pérdida del empleo tiene principalmente repercusiones económicas, pero también anímicas. Aquella persona habituada a desempeñarse en su tarea laboral (la que fuera), que hoy en este contexto recibe la dura noticia de haberse quedado sin empleo experimenta seguramente un sentimiento de incertidumbre por no saber si podrá reinsertarse en el mercado

laboral, experimenta la angustia por el impacto económico que esto le significa. También un sentimiento de desolación, depresión, de frustración, incluso de vergüenza, ya que afecta la manera de percibirse a sí mismo.

Creo firmemente que gran parte de la sociedad reclama y necesita la acción de políticas de estado que estén direccionadas a generar y fomentar la creación de puestos de trabajo de calidad y en condiciones dignas.

Entiendo que, si bien las medidas tomadas por nuestro gobierno para mantener las fuentes de empleo fueron establecidas con “urgencia”, la necesidad y la problemática a resolver es mucho más profunda y data de muchos años. Deben generarse nuevas políticas públicas más pragmáticas y efectivas que no solo obliguen al empleador a registrar a sus trabajadores y a proveerles todos los derechos que consagra nuestra Constitución sino también incentivarlos con beneficios para que así lo hagan.

VII. Bibliografía

ARESE César - MACHADO José Daniel – Mayo 2020 – Ed. Rubinzal – Culzoni - Revista de derecho laboral: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – Dossier N° 2.

ARESE César - MACHADO José Daniel – Mayo 2020 – Ed. Rubinzal – Culzoni - Revista de derecho laboral: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – Dossier N° 4.

ARESE Mauricio Cesar, ACKERMAN Mario, VILLASMIL Humberto – Mayo 2020 - Seminario Digital de la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la UNC: “Derechos humanos laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria”.

GRISOLIA, Julio A. – AHUAD, Ernesto J – Junio 2009 - Editorial Estudio S.A – “Ley de Contrato de Trabajo Comentada 2da Edición.”

RAMOS, Santiago José - 2008- www.saij.jus.gov.ar -“Anotaciones sobre el derecho a la estabilidad y a la perspectiva actual” - http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080044-ramos_annotaciones_sobre_derecho_estabilidad.htm

<https://www.celag.org/brasil-el-coronavirus-y-la-cuarentena-de-jair-bolsonaro/>

<https://www.fundacionbyb.org/post/la-fundaci%C3%B3n-bunge-y-born-elabor%C3%B3-un-relevamiento-sobre-el-impacto-del-aislamiento-social-en-el-pa%C3%ADs>.

Impactos tecnológicos

LAS NUEVAS HERRAMIENTAS DE COMUNICACIÓN EN EL MUNDO DEL TRABAJO Y LA TUTELA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Facundo Matías Moreyra

1. Resumen

La implementación en general de nuevas tecnologías al mundo del trabajo, y en particular de las relativas a la comunicación, ha permitido grandes avances. Así, es posible apreciar cómo la utilización de mails o sistemas de mensajería corporativos es cada vez más frecuente y alcanza a un sinnúmero de actividades productivas, tornándose esenciales en el desenvolvimiento de las industrias, empresas, comercios y el propio sector público. El uso de estas herramientas que permiten una comunicación instantánea y la posibilidad de trabajar desde locaciones remotas, por ejemplo desde el propio hogar, ha suscitado nuevos debates. Así, se evidencia una tensión entre el derecho a la intimidad del trabajador, constitutivo de su dignidad humana, y el control que puede realizar el empleador sobre estos sistemas de comunicación corporativos que decide incorporar a su actividad.

Al abordar este fenómeno, se debe establecer si nos encontramos ante herramientas laborales cuya titularidad no es del trabajador que la utiliza, sino del empleador que las provee, o si, por el contrario, más allá de la calificación que se haga del correo electrónico corporativo, debemos centrar el análisis en la protección de las comunicaciones de las personas y el necesario respeto de su intimidad. El sostenimiento de una u otra postura determinará el reconocimiento al empleador de la legitimidad para conocer el contenido de esas comunicaciones, en virtud de ser depositario de la facultad de control de la actividad, o por el contrario, el resguardo de la intimidad y reserva de las comunicaciones.

2. Derechos humanos

Conforme señala Naciones Unidas, los derechos humanos “son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”. Su reconocimiento ha sido progresivo a lo largo de la historia, al punto que su perfeccionamiento continuo hasta la actualidad. Respecto al ámbito más específico en que se desenvuelve el trabajador a partir de que traba relaciones con su empleador en el marco de un contrato de trabajo, se encuentran los “derechos humanos laborales”. Pueden conceptualizarse como “los derechos atinentes a la simple condición humana o de persona y que se expresan en el ámbito del trabajo dependiente. Son derechos atribuidos al individuo pero que pueden ejercer los trabajadores en condición dependiente. Esto implica el desarrollo específico e integrado de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, un campo en que es posible y necesaria la idea de derechos humanos”.¹²²

122 ARESE, César, “Derechos Humanos Laborales – Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo”,

La oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, principal entidad de las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos, menciona una serie de caracteres que reúnen estos derechos. Son Universales e inalienables, atento que su reconocimiento es inderogable y se impone en favor de todos los seres humanos, sin importar los sistemas políticos, económicos y culturales en que encuentren las personas tuteladas. Además son interdependientes e indivisibles, de suerte que no es admisible un respeto parcial de estos derechos, porque la lesión de alguno de ellos no tiene una repercusión acotada sino que se extiende a toda la personalidad del sujeto afectado. Por eso desde esta oficina dependiente de la Organización de Naciones Unidas de ha sostenido que “todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.” Se trata además de derechos iguales y no discriminatorios. Estos caracteres se encuentran íntimamente ligados con la universalidad, atento que se prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, nacionalidad, religión etc. Ninguna de estas calidades será válida a los efectos de negar el reconocimiento de derechos humanos, de suerte que si se establecieran distinciones a partir de las mismas, serían ilegítimas. Por último señala que “Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos”.¹²³

En relación a la tradicional clasificación de los derechos humanos en “generaciones”, el derecho a la intimidad ingresa en la primera de ellas. Allí se encuentran contenidos los derechos centrados en la libertad individual, que expresan el denominado constitucionalismo liberal. Por otra parte, la segunda generación es expresión del constitucionalismo social, y la tercera contiene los derechos cuya titularidad corresponde a grupos y la sociedad entera.

Desde el punto de vista conceptual los “derechos humanos” no son exactamente los “derechos constitucionales”. Se sostiene que “los primeros resultan de un movimiento intelectual y político que dio como resultado la celebración de tratados internacionales donde se los declara; los segundos, en cambio, se reconocen por medio de la sanción de una Constitución. Sin embargo, en muchos casos, ambos tipos coinciden. Con respecto a nuestro país, la coincidencia es casi total, ya que nuestra Constitución ha dado jerarquía

Ed. Rubinzal Culzoni,, Buenos Aires, 2014, p. 14-20.

123 ARESE, César, Derechos Humanos Laborales – Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo”, Op. cit.p.18.

constitucional a numerosos Tratados de Derechos Humanos (CN, art. 75 inc. 2)".¹²⁴ En general se observa una identificación entre tales derechos. En particular, respecto al derecho a la intimidad que aquí nos ocupa, también se verifica este fenómeno, atento que se encuentra receptado tanto por la nuestra Carta Magna como por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

3. El derecho a la intimidad

3.1 Abordaje doctrinario.

Ubicado dentro del género de los derechos humanos, es entendido como el derecho a ser dejado a solas, a mantener la interioridad fuera de la vista de otros.¹²⁵

Constituye una faceta de la personalidad que queda fuera del conocimiento de los demás.¹²⁶ También se ha dicho que es el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, su conducta y sus empresas, sean llevados al conocimiento público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad.¹²⁷

Es un derecho de la personalidad, innato, vitalicio, necesario, esencial, inherente, extrapatrimonial, relativamente disponible, autónomo y se ejerce erga omnes.¹²⁸

En definitiva, nos encontramos ante el reconocimiento de un ámbito de la personalidad que se sustrae del conocimiento de los demás, compuesto de acciones, comportamientos, expresiones y opiniones que el sujeto desea quitar del conocimiento público. Es una faceta de protección especial, que permite repeler las intromisiones ilegítimas por parte de terceros o el propio Estado, y que se extiende naturalmente ámbito de las comunicaciones privadas.

Las interferencias sobre esta esfera tutelada adquieren el carácter de ilegítimas toda vez que el sujeto interesado no sea depositario de un interés legítimo. Estas invasiones pueden ser repelidas preventivamente, pero si se han consumado generaran responsabilidad de tipo civil y penal.

El derecho a la intimidad abarca la identidad, la voz, la imagen, la salud, los hábitos sexuales, la situación patrimonial, las ideas religiosas, políticas, sindicales y filosóficas, entre otros. En definitiva, el bien jurídico protegido está dado por

124 HERNANDEZ, Antonio María, *Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 586.

125 GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 13, en HERNANDEZ, A.M. *Derecho Constitucional...* op. cit. p.598.

126 QUIROGA LAVIÉ, Humberto et al, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p 147/148, en HERNANDEZ, A.M. *Derecho Constitucional...* op. cit. p.598.

127 Díaz Molina, Iván, *El derecho a la vida*, La Ley, en "SPARRAT María E., "El e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs poder de dirección y organización empresaria", *Revista Colegio de Abogados de La Plata* n° 73, La Plata, 2011.

128 KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO et al, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, t. 5, p. 73, en LORENZETTI, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. 8, p. 642-643.

un espacio de la personalidad que los sujetos desean mantener al margen del conocimiento de los demás, en virtud de que allí atesora datos respecto a los cuales se genera un legítimo deseo de sustraer del ámbito público.

La afectación de este bien jurídico puede provenir tanto del Estado como de particulares. En el primer caso tiene lugar cuando las autoridades públicas pretenden tener un acceso ilegítimo a ese ámbito de intimidad. Es tan fuerte la protección consagrada sobre este aspecto, que el propio Estado deberá dar razones válidas para poder interferir legítimamente sobre la intimidad personal. El sólo hecho de que exista una ley previa no asegura que sea legítima la intervención estatal, tal como surge del reconocido fallo “Halabi” que luego voy a desarrollar. Respecto a aquellos casos en que la agresión al bien jurídico proviene de particulares, se ubica el supuesto del empleador que accede a las comunicaciones del trabajador.

3.2 Abordaje jurisprudencial. Conceptualización del derecho a la intimidad y su protección.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que se trata del “ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquél, pues lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él”¹²⁹. Como expresa el máximo tribunal, hay que analizar en el caso la intención del sujeto protegido, quien desea sustraer determinados aspectos de su vida del conocimiento público, y esto se extiende naturalmente a las comunicaciones que entabla por cualquier formato, incluido el correo electrónico.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba también se ha expedido al respecto, señalando que “El derecho a la intimidad, en cambio, se refiere a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es el derecho a que los demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos. Está principalmente presupuesto por el art. 18, cuando establece que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; en la regulación de la acción de hábeas data (art. 43); y asimismo, en los documentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22: art. 12 DUDH; 11.2 CADH; 17 PIDCyP). El TSJ en dicha oportunidad clarificó la distinción que existe entre la “privacidad” e “intimidad”, derechos que tienen una recepción normativa diferente y tutelan aspectos disímiles de la autonomía individual de las personas. El derecho a la privacidad es la posibilidad

129 CSJN, 05/2009/2006, “Spinosa Melo, Oscar Federico c/E.N. Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto/empleo público”..

irrestringida de realizar acciones privadas, es decir, acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte del Derecho. El derecho a la intimidad, en cambio, se refiere a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás.¹³⁰

3.3 Fallo Halabi: el derecho a la intimidad y la seguridad pública.

Un fallo absolutamente relevante en la materia es “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. Allí la CSJN, además de la creación de la acción de clase, estableció una clara protección del derecho a la intimidad frente a injerencias ilegítimas a instancias del propio Estado. Sostuvo que “Es evidente que lo que las normas cuestionadas (ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04) han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones de comunicaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. En suma, como atinadamente ha sido juzgado por el a quo, resulta inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de su más libre discreción”.¹³¹

Como se observa, el derecho a la intimidad tiene una fuerte tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y la jurisprudencia es consecuente en ese sentido. Por lo tanto, no puede ser vulnerado en cualquier caso, aun cuando el Estado alegue que subyace una razón de seguridad pública.

Surge entonces la gran entidad que tiene este derecho constitutivo de la dignidad humana, entidad que no puede verse opacada o disminuida por la existencia de un contrato de trabajo en donde se reconocen facultades al empleador. Así como el Estado no puede en cualquier caso ingresar en la esfera privada de las personas, surge aun de forma más razonable vedar esta posibilidad al sujeto privado empleador en el marco de un contrato de trabajo. El hecho de que el trabajador utilice un correo electrónico corporativo no puede tener aptitud per se para habilitar el conocimiento de las comunicaciones del trabajador en todos los casos y bajo cualquier circunstancia, porque la calidad de “corporativa” de la casilla de correo no elimina la razonable expectativa de privacidad que reposa sobre el trabajador.

130 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 19/03/2015, Carnero Luis Alberto s/ Ejecución de pena privativa de la libertad – Recurso de inconstitucionalidad.

131 CSJN,24/02/2009, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986

3.4 Fallo Balbín: el derecho a la intimidad y la libertad de prensa.

En el fallo la Corte ha conceptualizado la intimidad como el “derecho a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”. Sostuvo que, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta la formas de vida aceptada por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. Luego el máximo Tribunal confronta este derecho individual con otro también muy relevante en la construcción de la sociedad democrática occidental, me refiero al derecho la libre expresión e información. Sostuvo al respecto que este derecho “no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles”.¹³²

Así como el derecho “a ser dejado a solas” se erige como un límite al ejercicio de la libertad de expresión, derecho trascendental para la convivencia democrática, a fortiori surge que también implique un algún tipo de limitación a las facultades conferidas al empleador en el marco del contrato de trabajo.

3.5 Recepción normativa. Constitución Nacional y regulación internacional.

Con relación a la recepción normativa, el derecho se encuentra plasmado en el art. 18 de la CN, en cuando prescribe que “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Con respecto a los tratados internacionales de Derechos Humanos, incorporados con rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22, la intimidad se encuentra resguardada por diversos instrumentos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 11. 2, señala “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el art. 17 sostiene que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Finalmente, la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre señala en

132 CSJN, 11/10/1984, Indala Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlántida S.A, s/ Daños y perjuicios.

el art. X que “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

Como puede observarse, hay una fuerte protección en el plano internacional del derecho a la intimidad de las personas, ordenando también el establecimiento de remedios legales adecuados a los fines de la tutela efectiva de tal derecho, para repeler las intervenciones ilegítimas. Se observa en la normativa citada un especial énfasis en la protección de la correspondencia. La asimilación del correo electrónico a la correspondencia epistolar trae importantes consecuencias jurídicas, de suerte que genera una expectativa razonable de intimidad en cabeza de quien transmite por esa vía de comunicación aspectos privados. Permite, en definitiva, petitionar por la protección férrea garantizada en el plexo normativo.

3.6 Recepción del derecho a la intimidad en el derecho infraconstitucional.

Respecto a la normativa subconstitucional cabe mencionar en primer término lo que sostiene el Código Civil y Comercial de la Nación. En el marco del proceso de constitucionalización del derecho privado, que implica dejar de lado la pretensión de aislar el derecho privado del alcance de los derechos constitucionales, particularmente en lo atinente a los estándares de justicia distributiva. En el art. 51 del CCCN se consagra la inviolabilidad de la persona humana y el respeto irrestricto a su dignidad. En el artículo siguiente, se menciona entre las afectaciones a la dignidad la lesión de la intimidad personal o familiar, reconociendo el derecho a la prevención y reparación de los daños sufridos. De esto surge con claridad que el derecho a la intimidad es constitutivo de la propia dignidad humana, que se ve lesionada ante las intervenciones ilegítimas por sobre el ámbito reservado a las personas. Además, el legislador nacional se ocupó de reconocer tanto una tutela preventiva para repeler tales interferencias, como un remedio legal cuando la lesión al bien jurídico ya se haya materializado. Además, el art. 1770 del mismo cuerpo legal consagra la protección de la vida privada. Sostiene que “el que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”. Conforme distingue la doctrina, el artículo en análisis prevé dos acciones: por un lado, el cese o suspensión de la perturbación del daño en curso, persiguiendo detener su continuación y la indemnización correspondiente; por otro, la indemnización del daño causado y la publicación de la sentencia como modalidad complementaria de la reparación plena del daño.¹³³

La ley 27078 (promulgada el 18/12/2014), denominada “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, prescribe en su art. 5: “Inviolabilidad de las comunicaciones. La correspondencia, entendida como toda comunicación que se

133 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, op. cit. p. 645.

efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo y de los datos de tráfico asociados a ellos, realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones, es inviolable. Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, sólo procederá a requerimiento de juez competente”. Surge claramente el obstáculo que representa esta disposición normativa a la voluntad del empleador para tener un acceso compulsivo a las comunicaciones del trabajador practicadas por el correo electrónico laboral, impedimento que puede ser desplazado por orden de autoridad competente. El legislador ha incorporado también en el art. 6 diversas definiciones legales, a los fines de facilitar la tarea del intérprete de la norma.

El código penal, en el título V, capítulo III, trata la violación de Secretos y de la Privacidad. Se protege la correspondencia, la comunicación electrónica, los papeles privados y el sistema informático de acceso restringido.¹³⁴ Contempla como figuras típicas, que conducen en definitiva a una afectación de la intimidad del sujeto, la apertura o acceso indebido a la comunicación electrónica, su apoderamiento igualmente indebido, su supresión o desvío y su interceptación o captación.

Como puede observarse, la regulación y protección del derecho a la intimidad es abordado por diversas normas. La tutela que prevé el legislador nacional se encuentra reforzada asimismo por normas constitucionales y de derecho internacional. Se consagra de esta forma un ámbito privado que no puede ser negado a los ciudadanos tanto es sus relaciones interpersonales como en las que traba con el propio Estado, siempre que no exista motivo fundado para sostener lo contrario. Como señalé, esta tutela resulta esencial, atento que la desprotección de la intimidad subjetiva acarrea una fuerte afectación a la dignidad humana. Se sostiene que “sin su ámbito privado – derecho a la propia organización – el ciudadano no existe”.¹³⁵ Más específicamente, en el ámbito del trabajo, es posible sostener que sin aquel ámbito privado el trabajo digno tampoco existe.

4. Contrato de trabajo

4.1 Deberes comunes a las partes.

En el contrato de trabajo encontramos una relación jurídica que proyecta derechos y obligaciones hacia ambos polos. Se encuentran regulados con carácter de orden público en el Capítulo VII, Título II, de la Ley de Contrato de Trabajo, aunque también surgen de otras leyes, estatutos profesionales y de los convenios colectivos de trabajo. Es decir, su estudio requiere el abordaje de una pluralidad de fuentes normativas.

Entre los deberes comunes a ambas partes, encontramos el de

134 BALCARCE, Fabián et al, “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, IPSO, Córdoba, 2016, p. 74.

135 JAKOBS, Günter, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en BALCARCE, Fabián et al, “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, op. cit. p. 75.

colaboración, solidaridad y buena fe, que debe estar presente desde antes de la celebración del contrato y hasta el momento de su extinción.

Respecto a los deberes de colaboración y solidaridad, se hallan especialmente acentuados en el contrato de trabajo, debido a la relación de carácter personal que une a ambos sujetos de la relación jurídica.¹³⁶

La buena fe implica que la actuación del trabajador y del empleador debe ser acorde a los que es dable esperar de un buen trabajador y un buen empleador, de conformidad a las circunstancias que concurran al caso. Según sostiene parte de la doctrina, “se refiere a la mutua confianza que debe existir entre ellos – trabajador y empleador – para que las relaciones se desarrollen armónicamente, y requiere una recíproca lealtad de conducta, la que será valorada en cada caso particular, ya que no se pueden establecer normas rígidas al respecto”.¹³⁷ También se ha sostenido al respecto que se trata de un deber de conducta que pesa sobre ambos sujetos y que es la base sobre la que se asienta cualquier relación jurídica de consenso, que se encuentra presente tanto en la celebración, ejecución y extinción del contrato de trabajo.¹³⁸ Es decir, es dable esperar que las partes actúen, en todos estos momentos indicados, guiadas por la buena fe. En definitiva se trata de una regla de conducta y una pauta de valoración e interpretación, presente durante toda la existencia del contrato de trabajo, y aún momentos antes de su nacimiento. Ha sostenido calificada doctrina que “parte de la necesidad de que las partes actúen desde una posición de honestidad y honradez, que lleva implícita la conciencia de no engañar, no perjudicar ni dañar, porque sin mutua confianza la relación no puede desarrollarse armónicamente”.¹³⁹

El imperativo legal que dispone que las partes deben conducirse conforme el principio de buena fe tiene gran importancia en relación al problema objeto de este trabajo. Por un lado, por la carencia de regulación normativa específica que aborde la materia, asunto que luego será desarrollado; y por otro, atento que tanto el trabajador al hacer uso del correo electrónico corporativo, como el empleador al momento de llevar adelante sus facultades de control, deben actuar conforme este principio liminar. Por lo tanto, enervan a todas luces a la buena fe las prácticas desleales, abusivas y reñidas con el mantenimiento de una relación armónica entre las partes.

4.2 Facultades y derechos del empleador. Límites a su ejercicio.

El ordenamiento jurídico también le reconoce algunas facultades específicas al empleador, conducente a llevar adelante con éxito la actividad económica o productiva de que se trate. Con relación al tema objeto de estudio, es preciso mencionar entre todas las facultades y derechos que tiene el empleador, las de organización, dirección, reglamentaria y de control.

136 ACKERMAN, Mario E., “Ley de Contrato de trabajo comentada”, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 527.

137 BOSIO, Rosa Elena, “Nota de Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 2017, t.2, p. 35.

138 ACKERMAN, Mario. E. “Ley de Contrato de trabajo comentada”, op. cit. p.528.

139 GRISOLÍA J.A y AHUAD E., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Estudio, 5° edición, p. 103.

En relación a la facultad de organización, receptada por el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo, el empleador organiza los aspectos técnicos y económicos de la actividad a la cual se inserta el trabajador. El dependiente carece de injerencia sobre estos aspectos, limitándose a poner a disposición de aquel su fuerza de trabajo. Es pertinente aclarar que se trata de un poder concedido en beneficio del interés colectivo de la empresa, entendida como organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, y no en interés personal del empresario.¹⁴⁰ Esto es relevante al momento de ponderar el ejercicio de esta facultad, en particular cuando ingresa en aparente colisión con algún derecho del trabajador.

Con respecto a la facultad de dirección, contenida en el art. 65 del mismo cuerpo normativo, el legislador no establece una definición legal sino que fija una pauta para su ejercicio, atento que debe ser practicada con carácter funcional. La funcionalidad está íntimamente ligada a la noción de razonabilidad, que está determinada por una adecuación de medios y fines, siempre apreciable en el caso concreto. Por lo tanto, si bien la dirección está dotada de cierta discrecionalidad, no puede extralimitarse para constituir un ejercicio arbitrario que termine por avasallar los derechos de los trabajadores.

Con relación a la facultad reglamentaria, si bien no es regulada expresamente por la LCT, se sostiene que se encuentra ínsita en la de dirección.¹⁴¹ Implica la posibilidad de objetivar ciertas directivas o prácticas a los fines de la prestación de tareas, naturalmente sin enervar el ordenamiento jurídico aplicable. La acción de instrumentar por escrito tales reglas y poner en conocimiento de forma fehaciente al trabajador, constituye una práctica esencial a los fines de un eficaz y armónico desarrollo de la actividad laboral.

Finalmente, respecto a la facultad de control, se puede sostener que es una consecuencia lógica de todas las anteriores, atento que su inexistencia podría tornar ilusorias las facultades reconocidas por la ley al empleador. No obstante el hecho de que la ley pone énfasis en el control destinado a la protección de los bienes del empleador, la doctrina entiende que esta facultad se extiende necesariamente al conjunto de obligaciones y deberes laborales, es decir, a todos los deberes de conducta observables por el trabajador.¹⁴² De esto se desprende que el control ejercido no se encontrará circunscripto a asegurar la incolumidad del patrimonio del empleador, sino que se podrá proyectarse sobre la propia dinámica de la prestación de tareas por parte del trabajador.

Se sostiene con respecto a la facultad bajo análisis, que debe ser ejercida en un marco de razonabilidad¹⁴³, esto es, destinada a obtener una mayor eficacia en la preservación del patrimonio de la empresa o en la detección de perjuicios o daños en las personas que la integran. Enerva entonces la noción de un contralor razonable aquel que es ejercido sólo por curiosidad o con la finalidad de intimidar y perseguir a los trabajadores.

140 ACKERMAN, Mario. E. "Ley de Contrato de trabajo comentada", op. cit. p.537.

141 BOSIO, Rosa E., "Nota de Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op. cit. p. 54.

142 BOSIO Rosa E., "Nota de Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op. cit. p. 55.

143 ACKERMAN, Mario. E. "Ley de Contrato de trabajo comentada", op. cit. p.592.

4.3 Facultades y derechos del trabajador.

Con relación al objeto de estudio reseñado, es preciso desarrollar algunos de los derechos que se reconocen al trabajador en el marco del contrato de trabajo. Cabe mencionar que muchos de estos derechos se encuentran íntimamente vinculados, de suerte que el incumplimiento de uno de ellos termina por lesionar a varios. Esto se debe a que no se trata de compartimentos estancos, sino que se presentan de forma indisoluble.

En primer término es preciso mencionar el derecho al respeto de su dignidad. El dependiente tiene derecho al ejercicio funcional de las facultades de dirección y organización por parte del empleador, atendiendo a los fines de la empresa, respetando su dignidad y sus derechos.¹⁴⁴ Es decir que el trabajador no es depositario de una simple legítima expectativa en relación al correcto despliegue de las facultades patronales, sino que tiene un derecho en tal sentido. La extralimitación por parte del empleador configurará una conducta reñida con la preservación de la dignidad del trabajador dando lugar, por ejemplo, a una situación de despido indirecto. Cabe mencionar en este punto que el derecho a la intimidad es constitutivo de la propia dignidad humana, conforme fuera mencionado.

Por su parte, el art. 73 de la LCT consagra el derecho a la libertad de expresión. Veda al empleador la posibilidad de realizar averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Todos estos aspectos constituyen aspectos íntimos que el trabajador puede preferir, en el marco de su autonomía de voluntad, sustraer del conocimiento público. En tal sentido, cobra una gran relevancia evitar intromisiones indebidas en dicho ámbito, que puedan resultar en una afectación de dicho espacio de exclusión personal. Estas injerencias pueden realizarse de las formas más variadas y, entre ellas, por medio del conocimiento de comunicaciones cursadas por el trabajador. Sobre este artículo en análisis se ha sostenido que el legislador ha pretendido evitar que el empleador invada abiertamente la esfera de la libertad personal, con actos contrarios a la libertad de las acciones o de conciencia del trabajador.¹⁴⁵

Es pertinente mencionar también el derecho a la no discriminación, consagrado el art. 81 de la LCT. El trabajador, entonces, es merecedor de una igualdad de trato respecto a sus pares, privando cualquier tipo de conducta discriminatoria a instancias del empleador. Esto tiene una gran importancia en relación a la protección del derecho a la intimidad, atento que en este ámbito sustraído del conocimiento público se resguardan aspectos sensibles de la personalidad, cuya divulgación muchas veces acarrea una ilegítima discriminación. Se incluyen en este ámbito íntimo las opiniones políticas, religiosas, sindicales, manifestaciones privadas destinadas a otras personas, etc.

Por último, es preciso mencionar que también se ubica aquí, entre los derechos del trabajador, el de la intimidad, cuyo contenido ya fue desarrollado in extenso.

144 BOSIO, Rosa E., "Nota de Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op. cit. p. 73.

145 GRISOLÍA J.A y AHUAD E., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", op. cit. Ed. Estudio, 5° edición, p. 115.

Seguidamente será expuesto cómo este derecho muchas veces entra en tensión con las facultades que tiene el empleador, esto más aun con la incorporación de tecnologías de la comunicación en el mundo del trabajo.

5. Incorporación de tecnologías de la información y las comunicaciones al Contrato de Trabajo.

5.1 El correo electrónico corporativo

En el marco de la organización técnica y económica de la actividad, es una tendencia instalada la incorporación por parte de los empleadores de Tecnologías de la información y las comunicaciones, denominadas “TIC”. La propia ley 27.078 aporta una definición legal, estableciendo que “es el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros”. En este sentido, es cada vez más frecuente que los empleadores provean a sus dependientes de correos electrónicos laborales. Estos correos corporativos son aquellos que la empresa ha contratado, incorporando un dominio propio que lo vincula especialmente (v. gr. `juan@ypf.com.ar`), a diferencia de los clásicos dominios que figuran en las casillas particulares. Esta dirección de correo es otorgada a los fines de llevar adelante actividades directamente vinculadas con el trabajo, pero puede ocurrir que el trabajador, dentro o fuera de su jornada, realice alguna comunicación con contenido extralaboral, y puede tener interés de preservar el contenido de la misma del conocimiento del empleador o de terceros. Este interés puede confrontar con el ejercicio de la potestad de control que la ley reconoce al patrón, entonces es necesario establecer si el ámbito de intimidad del dependiente se extiende o no sobre estas comunicaciones, con la consecuente consideración de un ejercicio ilegítimo o legítimo, respectivamente, de la facultad legal de la parte empleadora.

Tiene importantes consecuencias jurídicas la consideración que se hace acerca del correo electrónico laboral. Puede entenderse que el mismo integra el género más amplio de “herramientas de trabajo” o bien asimilarlo al resto de la correspondencia privada. Lo primero, conduce a reconocer el ejercicio legítimo de facultades de control al empleador sobre las mismas. Por otro lado, el segundo supuesto, implica la aplicación de la fuerte tutela que el ordenamiento prevé sobre las comunicaciones, resguardando su contenido del conocimiento compulsivo de terceros, incluido el propio empleador. Naturalmente, entre ambos extremos, puede reconocerse una postura ecléctica conducente a atender y resguardar los derechos de ambas partes.

Cuando nos encontramos frente a una herramienta de trabajo, se proyectan efectos hacia ambos polos de la relación laboral. Respecto al empleador, éste podrá ejercer un legítimo control sobre dicha herramienta. El límite estará dado por un ejercicio razonable del mismo y cumplimentando lo prescripto por el artículo 70 de la LCT, en el sentido de que debe respetarse la dignidad del trabajador y practicarse con discreción. Los controles deben realizarse por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal a los

finde de no constituirse en prácticas direccionadas a algunos trabajadores en particular. En consecuencia, no sólo será legítimo el control ejercido, sino que también tendrá la misma calidad la prueba obtenida. En relación a los efectos proyectados respecto al trabajador, éste deberá hacer un uso diligente de la herramienta de trabajo, destinada sólo a la prestación de sus tareas y no para fines personales. No puede entonces denunciar el contrato de trabajo por el simple hecho de que el empleador ejerza facultades de control, siempre que las mismas no sean exorbitantes y se encuentren dentro de los límites expuestos al momento del desarrollo de las facultades patronales.

5.2 Abordaje doctrinario y jurisprudencial

La mayoría de la jurisprudencia y la doctrina ubican a esta dirección de correo electrónico como integrante del género “herramientas de trabajo” que el empleador provee, y sobre las cuales puede ejercer facultades que le son propias. Por útiles y/o herramientas de trabajo puede entenderse a todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, a los que facilitan la misma.¹⁴⁶

Entre la jurisprudencia, por ejemplo, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo que “el acceso a un sistema informático y al uso de Internet que provee la empresa posee, conforme el art. 84 de la L.C.T., las características de una herramienta de trabajo, la cual debe ser utilizada para el cumplimiento de las tareas designadas y no para fines personales”.¹⁴⁷ En el mismo sentido, en un pronunciamiento más reciente, la misma Sala sostuvo “Cabe señalar que es indudable que el correo electrónico provisto por una empresa posee las características de una herramienta de trabajo (en el sentido del art. 84, LCT) que debe ser utilizada para el cumplimiento de la labor y no para fines personales ajenos a la prestación laboral”.¹⁴⁸ En idéntico sentido sostuvo que “Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales – en el caso, correo electrónico -, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad”.¹⁴⁹

Como se desprende de la jurisprudencia nacional reseñada, hay una conteste asimilación del correo electrónico laboral a las herramientas de trabajo. Esto trae importantes repercusiones, atento que el trabajador no podrá, siguiendo

146 AGUT GARCÍA, Carme, “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”, Revista Tribuna Social, Valencia, 2004, fascículo 163, p. 24-36.

147 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, S. X, 25/09/2008 “López Marcela Edith c/ C.C.R. S.A. Concord Consumer Communication Research Development S.A. s/ despido”.

148 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X. 30/6/10, “Asís Bruno Gamaliel c/ Sisdev Soc. de Hecho y otros s/ despido”.

149 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, S. X, 13/08/2003, “García, Delia María. c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ despido”.

el razonamiento mayoritario de la jurisprudencia, repeler con éxito la injerencia del empleador sobre las comunicaciones, ni atacar la legitimidad de la prueba obtenida luego de dicha injerencia.

Consecuentemente, de conformidad a la interpretación jurisprudencial, estas comunicaciones que se canalizan por un correo electrónico corporativo no son merecedoras de la férrea tutela consagrada a las comunicaciones efectuadas por un correo particular. Aun cuando el dependiente haya vertido en un correo electrónico aspectos personales o comunicaciones que no tengan relación con su prestación de tareas y que desee mantener fuera del conocimiento público, no podrá repeler exitosamente la facultad de control que ejercite el empleador. Como contrapartida, este último podrá fundar la injuria laboral configurada a partir del conocimiento de dichas comunicaciones, ejercitar válidamente sus facultades disciplinarias y obtener una prueba legítima de la que valerse en un eventual proceso judicial, de suerte que el juez la podrá valorar.

Considero que no es correcto abordar el tratamiento del correo electrónico corporativo como cualquier otra herramienta que provee el empleador y sobre las cuales éste detenta facultades de control y vigilancia. Esta asimilación resulta inconveniente a los fines del respeto irrestricto que debe regir en relación a los derechos humanos en general y derechos laborales en particular. Lo sostengo atento que el control ejercido sobre las comunicaciones allí vertidas puede tornarse ilegítimo y lesivo del derecho a la intimidad del titular de tales comunicaciones, que no es el empleador sino el trabajador.

Es decir, hay una disociación entre la persona propietaria del servicio de mensajería y el titular de las comunicaciones que por esa vía se realicen, y tal aspecto no puede ser desconocido.

Surge entonces el interrogante acerca de si es procedente o no la asimilación absoluta del correo electrónico a las herramientas que provee el empleador, o si por el contrario, debe avanzarse hacia un régimen específico que permita conciliar el control empresarial con el respeto de la intimidad del trabajador.

5.3 Jurisprudencia comparada: el caso “Barbulescu”

No hay dudas de que la comunicación por correo electrónico se encuentra tutelada, atento que queda resguardada por el derecho a la intimidad. Fue expuesto el contenido de dicho derecho, su íntima vinculación con la propia dignidad humana, su recepción normativa y el tratamiento jurisprudencial. El interrogante que surge es si el sólo hecho de considerar el correo electrónico provisto por el empleador como una herramienta de trabajo, tiene aptitud suficiente para dejar de lado el resguardo de las comunicaciones que se entablen por esa vía. Es decir, cabe preguntarse si es posible trasladar directamente todas las facultades que son reconocidas al empleador sobre todas las herramientas al propio correo corporativo, o si deben observarse resguardos específicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó en la materia una postura que puede ser calificada de ecléctica en el caso *Barbulescu v. Rumania*.

Sostuvo que es legítimo el conocimiento por parte del empleador de las comunicaciones realizadas por los dependientes utilizando el correo corporativo si observan una serie de recaudos. En decir, no se inclinó por un tratamiento idéntico al de cualquier herramienta de trabajo, pero tampoco le atribuyó la tutela férrea de los intercambios realizados por correspondencia privada.

La máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa sostuvo que “Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y la protección de datos todas las mañanas en las puertas del lugar de trabajo”. Agregó que “Las nuevas tecnologías hacen que inmiscuirse en la vida privada del empleado sea más fácil para el empleador y más difícil de detectar para el empleado, ya que la desigualdad connatural de la relación laboral agrava el riesgo. Un enfoque centrado en los derechos humanos para el uso de Internet en el lugar de trabajo garantiza un marco regulatorio interno transparente, una política de implementación consistente y una estrategia de aplicación proporcional por parte de los empleadores. Tal marco regulatorio, política y estrategia estuvieron totalmente ausentes en el presente caso. La interferencia con el derecho a la privacidad del solicitante fue el resultado de una decisión de despido tomada sobre la base de una medida de vigilancia ad hoc por Internet del empleador del solicitante, con efectos drásticos en la vida social del solicitante. El castigo disciplinario del empleado fue confirmado posteriormente por los tribunales nacionales, sobre la base de la misma evidencia reunida por la medida de vigilancia impugnada mencionada anteriormente”.¹⁵⁰ El Tribunal reconoce que el empleador es titular de las facultades de control que se extienden sobre el correo electrónico corporativo, para así asegurar la correcta utilización de este para los fines de la empresa. Pero el ejercicio de las potestades, para ser conteste con la tutela de los derechos humanos, debe satisfacer una serie de requisitos. Es necesario que el control se ejerza dentro de un marco regulatorio interno que, naturalmente, debe ser anterior a la actuación de la patronal. Es preciso que exista una política de implementación consistente que, en atención al principio de buena fe, sea adecuadamente conocida por los trabajadores.

5.4 Propuesta para un ejercicio legítimo de la facultad de control del empleador.

De conformidad a los conceptos desarrollados, y tomando como referencia la jurisprudencia internacional citada, es posible sostener que la actuación del empleador debería satisfacer una serie de recaudos a los fines de constituir un ejercicio legítimo que respete los derechos humanos involucrados. Se trata de armonizar los derechos a la propiedad y al ejercicio de una industria lícita en cabeza del empleador, y el respeto de la dignidad e intimidad del trabajador.

Existe en nuestro ordenamiento jurídico una falta de reglamentación expresa sobre la materia, pero hay disposiciones que resultan aplicables. En primer término, hay que tener presente lo prescripto por el art. 70 LCT. Los controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del

¹⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, Sentencia de 12 Enero 2016, Rec. 61496/2008.

empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador. Sobre este punto, parte de la doctrina ha señalado que “los sistemas de contralor en la empresa, hoy por hoy, exceden el marco acotado y simple previsto en el artículo 70, LCT, que no hacen otra cosa que reflejar – y rudimentariamente- el estado de cosas vigente al tiempo de la sanción de la LCT (1974).

En las últimas cuatro décadas, el avance tecnológico experimentado en todo el mundo, hace necesario poner al día las normas (o, al menos, interpretarlas dinámicamente, de manera aggiornada) que tienen vinculación con la tutela de la dignidad y la intimidad del trabajador, que pueden verse avasalladas por dicho desarrollo tecnológico”.¹⁵¹ Naturalmente, el legislador no ideó esta norma teniendo en cuenta la implementación del correo electrónico al ámbito laboral, suceso que fue posterior al nacimiento de la ley. No obstante, las pautas fijadas por este precepto normativo deben ser observadas al apreciar el contralor ejercido por la patronal. Es decir, ésta última debe actuar salvaguardando la dignidad del trabajador. El acceso compulsivo, inconsulto y constante por parte del empleador a las comunicaciones del trabajador aparece reñido con este parámetro mencionado.

También es necesario tener en cuenta lo prescripto por los artículos 71 y 72 del mismo cuerpo normativo. El primero impone la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad de aplicación la existencia de estos sistemas. El segundo dispone la facultad de verificación por la autoridad de aplicación a los fines de salvaguardar la dignidad del trabajador. Sobre estas disposiciones se sostiene que no basta con poner en conocimiento de la autoridad de aplicación, sino que también se exige el conocimiento previo de los trabajadores que se encuentren comprendidos o alcanzados por los mismos.¹⁵² Esto se desprende del deber de buena fe, común a ambas partes, cuyo concepto ya fue desarrollado. En la especie, considero que debe cursarse en todos los casos una notificación fehaciente previa tanto a la autoridad de aplicación como al trabajador acerca de la existencia de esos procedimientos de ingreso a la casilla de correo electrónico laboral a instancia del empleador. En su mérito, la falta de conformidad del dependiente, brindada producto de una notificación previa al control, efectuada por un medio fehaciente y en términos claros, torna ilegítima la actuación del empleador.

El ejercicio del poder de contralor sin respetar estos recaudos determina un avasallamiento del derecho a la intimidad del trabajador y debería ser calificado como contrario a derecho. La implementación de estas previsiones mencionadas permite conciliar el derecho del empleador de ejercer las facultades de organización, dirección y control sobre la actividad empresarial y las herramientas dispuestas en ella; y los derechos específicos de cada trabajador, y los inespecíficos que le son inherentes por el solo hecho de ser “ciudadano en la empresa”.¹⁵³ Sostengo esta postura atento que, no obstante la existencia de un interés fundado en cabeza de la patronal de ejercer un control sobre la actividad de la cual está a cargo, existe una legítima expectativa de

151 ACKERMAN, Mario. E. “Ley de Contrato de trabajo comentada”, op. cit. p.589.

152 ACKERMAN, Mario. E. “Ley de Contrato de trabajo comentada”, op. cit. p.593.

153 ACKERMAN, Mario. E. “Ley de Contrato de trabajo comentada”, op. cit. p.591.

privacidad en cabeza del trabajador, en virtud de la cual puede ver afectada su esfera de intimidad. Tal expectativa es fundada desde el momento en que le es adjudicada una casilla de correo electrónico exclusiva para él, diferenciada de la de sus otros pares y a la cual accede por una contraseña que no es conocida por todos. Pero si le es mencionado, en los términos y formas desarrollados, que es posible la verificación por parte del empleador de las comunicaciones allí vertidas, desaparece esa legítima expectativa y por lo tanto el trabajador evitará exponer por tal vía aspectos de su intimidad, atento que conoce que puede ser objeto de contralor.

6. Conclusión

El derecho a la intimidad, constitutivo de la dignidad humana, es merecedor de una fuerte protección, bajo riesgo de terminar por lesionar un derecho humano inherente a todas las personas.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en proteger fuertemente este ámbito íntimo de las personas en su calidad de “ciudadanos” cuando la agresión proviene de terceros o del propio Estado. Pero el escenario parece tornarse más confuso cuando se analiza el alcance de este derecho en el marco de un contrato de trabajo.

A partir del uso de nuevas tecnologías al momento de prestar tareas, es cada vez más frecuente que los empleadores le otorguen a cada uno de sus dependientes una casilla de correo electrónico sobre la cual tienen un manejo exclusivo, de suerte que ingresan con una contraseña que mantienen en reserva. Puede suceder que, aun sin alterar la normal prestación de tareas y fuera de la jornada laboral, el trabajador realice una comunicación por esa vía que no esté destinada al conocimiento público. Ante la intención del empleador de tener acceso a dicho correo corporativo de manera unilateral, surge una clara tensión entre derechos. Por un lado, la tutela de la intimidad y las comunicaciones privadas, con andamiaje en el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos; y por otro, el derecho al ejercicio de una industria lícita por parte del empleador, del cual surgen un cúmulo de facultades y prerrogativas.

No obstante la consideración de herramienta laboral que se hace del correo electrónico corporativo, no resulta adecuado trasladar sin más las facultades patronales previstas para el control sobre cualquier otra herramienta. Sostengo esto como resultado de la especial tutela que se reconoce sobre las comunicaciones privadas, que integran la intimidad personal. A los fines de preservar esta última, pero al mismo tiempo garantizar al empleador el ejercicio de sus facultades, se torna necesario reglamentar específicamente la materia. En este sentido, debería exigirse a los empleadores, como un deber emanado de la buena fe, informar previamente a los trabajadores la política interna con respecto a la utilización del correo electrónico, la potestad patronal de tener acceso a las comunicaciones transmitidas por esa vía y demás aspectos relevantes sobre su uso.

Dicha comunicación debería ser clara, anterior a efectuarse el control y por un medio fehaciente, anoticiando también a la autoridad de aplicación.

Si se realiza dicho aviso, el posterior ejercicio de la facultad de control

sobre el correo electrónico corporativo sería legítimo, compatibilizando de tal forma los derechos a la propiedad y al ejercicio de una industria lícita en cabeza del empleador, y el respeto de la dignidad e intimidad del trabajador.

Para esto, resulta esencial suplir la omisión legal que existe sobre la materia, recoger los lineamientos fijados por los derechos humanos internacionales, y así dotar de mayor certidumbre a la relación entre las partes del contrato de trabajo. De esta forma, el trabajador puede conocer con claridad la extensión de su ámbito de intimidad, y el empleador tener presente cuáles son los límites para el ejercicio legítimo de sus potestades en miras a dirigir con éxito su actividad económica o productiva.

7. Bibliografía

ACKERMAN, Mario E., “Ley de Contrato de trabajo comentada”, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

AGUT GARCÍA, Carmen, “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”, Revista Tribuna Social, Valencia, 2004, fascículo 163.

ARESE, César, “Derechos Humanos Laborales – Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

BALCARCE, Fabián et al, “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, IPSO, Córdoba, 2016.

BOSIO, Rosa Elena, “Nota de Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 2017.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X. 30/6/10, “Asís Bruno Gamaliel c/ Sisdev Soc. de Hecho y otros s/ despido”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, S. X, 25/09/2008 “López Marcela Edith c/ C.C.R. S.A. Concord Consumer Communication Research Development S.A. s/ despido”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, S. X, 13/08/2003, “García, Delia María. c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ despido”.

CSJN, 05/2009/2006, “Spinosa Melo, Oscar Federico c/E.N. Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto/empleo público”.

CSJN, 24/02/2009, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986

CSJN, 11/10/1984, Indala Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlántida S.A, s/ Daños y perjuicios.

Díaz Molina, Iván, El derecho a la vida, La Ley, en “SPARRAT María E., “El e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs poder de dirección y organización empresarial”, Revista Colegio de Abogados de La Plata n° 73, La Plata, 2011.

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2005, en HERNANDEZ, A.M. Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2012

GRISOLÍA J.A y AHUAD E., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Estudio, 5° edición.

HERNANDEZ, Antonio María, Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2012.

JAKOBS, Günter, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en BALCARCE, Fabián et al, “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, IPSO, Córdoba, 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO et al, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, en LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015

QUIROGA LAVIÉ, Humberto et al, “Derecho Constitucional Argentino”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p 147/148, en HERNANDEZ, Antonio María, Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, Sentencia de 12 Enero 2016, Rec. 61496/2008.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 19/03/2015, Carnero Luis Alberto s/ Ejecución de pena privativa de la libertad – Recurso de inconstitucionalidad.

TELETRABAJO Y DERECHO A LA INTIMIDAD

Rodríguez Juan Ignacio

I-La crisis actual del coronavirus

Al mundo le toca vivir una de las catástrofes más duras de la historia, provocada por un virus denominado COVID-19, que se originó en la ciudad de Wuhan China, y que al poco tiempo se propagó a las grandes ciudades de Europa.

En pocos meses, debida a su rápida evolución, se transformó en pandemia poniendo en alerta a toda la población mundial. Sus consecuencias no tardaron en llegar, y en lo que va del 2020 ya tenemos miles de muertos y millones de personas contagiadas, sin poder contar aún con una vacuna que le ponga fin a esta grave enfermedad.

Los problemas generados por el virus no son solo sanitarios, también se reportan consecuencias graves en la economía global y una gran paralización del mercado laboral dejando a millones de personas sin empleo.

Ante la inminente llegada de la pandemia a nuestro país, el gobierno nacional tomó la decisión de dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 que establece el aislamiento social preventivo y obligatorio para evitar la circulación y el contagio del virus COVID-19.

Producto de esta medida de aislamiento, las empresas eligieron al teletrabajo como una modalidad para paliar los efectos negativos que deja esta pandemia en el mercado laboral. Sin embargo en Argentina el teletrabajo no representaba una modalidad típica de trabajo. Ya que es un país con una cultura del trabajo presencial, fruto del sistema taylorista- fordista.

Por tal motivo, llevar el trabajo a casa puede traer una serie de colisiones con algunos derechos humanos fundamentales, entre ellos el Derecho a la Intimidad.

II- Consideraciones generales del teletrabajo.

a- Concepto

No existe una definición unánime o consensuada de teletrabajo, sino que su concepto responde a interpretaciones prácticas que se hacen en base a esta modalidad de trabajo. Podemos citar algunas de ellas para tener una noción general de esta modalidad.

Una primera definición nos dice que “es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos

locales de forma regular”¹⁵⁴.

En nuestro país según lo indicado por la Resolución 1552/2012 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo¹⁵⁵, “entiende por teletrabajo a la “realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones”.

También podemos definir al teletrabajo como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación”¹⁵⁶.

a – 1 Categorías diferentes.

Cuando brindamos un concepto de teletrabajo o queremos explicar esta modalidad, se utilizan términos que corresponden a dos categorías que son diferentes y que en la práctica podemos confundir. Por eso mi intención es aclarar esa desemejanza.

Por un lado decimos que el “teletrabajo” es una forma de trabajo a distancia, que no requiere la presencia física del trabajador en la empresa o establecimiento y que se realiza mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación¹⁵⁷.

Por otro lado el “trabajo a distancia” es todo aquel que precisa de un desplazamiento para llevar a cabo un trabajo que no puede realizarse en la oficina o sede de la empresa, quedando comprendidos dentro de este, el trabajo a domicilio, trabajo remoto, etc.

Como podemos ver en ambas categorías existe un desplazamiento, pero lo que las diferencia es el uso de las tecnologías, esto permite que en el teletrabajo, el trabajador se mantenga conectado a la oficina y continúe trabajando como si se encontrase físicamente en la sede.

Hoy en día se está imponiendo una tercera categoría, que aún no está normada, pero que es fruto de medidas que toman los Estados cuando se encuentran ante situaciones excepcionales. Esta nueva modalidad lleva el nombre de “trabajo remoto excepcional y obligatorio, que se da cuando por orden de una decisión sanitaria y en el marco de estados de excepción o de emergencia se suscita el teletrabajo, no voluntaria sino compulsivamente”¹⁵⁸.

Con el mundo en estado de emergencia y viviendo situaciones excepcionales, por la crisis del coronavirus, esta nueva categoría, se volverá

154 Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo, 2011, pág 11.

155 En adelante SRT

156 THIBAUT, JAVIER, Teletrabajo, Revista Acciones e Investigaciones Sociales N°8, 1998, Pág 210. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=170247>.

157 En adelante TIC

158 En igual sentido, VILLASMIL, HUMBERTO, *Teletrabajo: ¿modalidad de relación de trabajo o paradigma de “la nueva normalidad”?*, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_744411/lang--es/index.htm

la más común entre muchas empresas que implementan el teletrabajo compulsivamente, sin la voluntad del trabajador.

b- Antecedentes

En la década de 1970, el físico Jack Nilles utilizó el término “Telecommuting”, que en español significa “teledesplazamiento”, acompañado de una frase que tenía un propósito “en vez de que el trabajador vaya al trabajo, que el trabajo vaya al trabajador”. Ese término, con el paso del tiempo y con los avances tecnológicos se convertirá en lo que hoy conocemos como teletrabajo.

Las primeras experiencias de teletrabajo comenzaron en California, Estados Unidos, como respuesta a la necesidad de reducir los desplazamientos por parte de los trabajadores a sus lugares de trabajo, los cuales, en vez de acudir a la oficina central podían realizar sus actividades a través de oficinas satélites que quedaran cerca de sus casas. Aquellas contaban con un microordenador local y un concentrador para la entrada y salida de datos.

Luego aparece el computador personal, lo que le permite a la persona tener la oficina en el lugar que quisiera, con todas las herramientas y el software integrados al mismo computador, liberándose de la necesidad de concurrir a las oficinas satélites.

Más tarde en la década 1990 se produce el surgimiento del Internet, el uso del correo electrónico y la mensajería instantánea. Además de otras tecnologías y aplicaciones más desarrolladas que incluyeron herramientas como videoconferencias, acceso remoto y computadores portátiles, que actualmente continúan siendo determinantes.

Ya con el inicio del siglo XXI se evidencia una utilización masiva de equipos móviles, tabletas, cloud-computing -computación en la nube-, y virtualización de escritorios, que hacen posible la movilidad y el acceso en cualquier momento y desde cualquier lugar a los sistemas de información de la empresa, lo cual facilita los procesos de la organización.

Como podemos ver el teletrabajo ha evolucionado de manera conjunta con las nuevas tecnologías y las comunicaciones. Pero no debemos olvidar que a pesar de estar en pleno siglo XXI la brecha digital es muy amplia. Esto priva a miles de personas del acceso a internet, celulares, computadoras, etc. Lo que es una piedra en el zapato, para el desarrollo y aplicación del teletrabajo en muchos países del mundo.

c- Aspectos positivos y desventajas

Esta modalidad facilitada por las tecnologías de la información, y que hoy en día ha sido implementada por muchas empresas para continuar con sus actividades, pese al aislamiento obligatorio. Presenta ventajas y desventajas tanto para el empleador como para el trabajador.

Para los empleadores torna más rápidas las comunicaciones y la información, además disminuye los costos utilizados para llevar a cabo dichas comunicaciones. Como es una modalidad que no requiere la presencia física del trabajador en la empresa, el empleador se beneficia porque puede reducir los gastos en infraestructura,

lo que implica una reducción muy importante para cualquier empresa¹⁵⁹.

El trabajador no es ajeno a los beneficios del teletrabajo, gozando por ejemplo de mayor disponibilidad y aprovechamiento de su tiempo, acaso ¿hay algo más valioso que el tiempo? pues yo diría que no lo hay, poder trabajar y que nos sobre tiempo para estar con la familia, con amigos, o hacer lo que nos gusta, es lograr el equilibrio justo. También el trabajador se ahorra mucho dinero en transporte, vestimenta y alimentación, que implican gastos fijos que tiene el asalariado cuando tiene que viajar hasta la empresa o establecimiento, en la ropa que debe ponerse y la comida de todos los días. El teletrabajo es de mucha utilidad para personas de zonas alejadas de grandes ciudades, como para las mujeres embarazadas o con niños pequeños, como así también para que las personas de grupos vulnerables y con discapacidad puedan tener acceso al trabajo¹⁶⁰. Una ventaja realmente importante porque viene a suplir una deuda muy grande con esa parte de la sociedad que muchas veces se encuentra olvidada.

La sociedad, también mira con buenos ojos al teletrabajo, ya que al reducir el desplazamiento de personas a sus lugares de trabajo, disminuye el tránsito y la utilización del transporte público, generando menos contaminación ambiental¹⁶¹.

No solamente podemos mencionar ventajas del teletrabajo, ya que también posee aspectos negativos, por ejemplo una de las consecuencias es que, por el aislamiento social el trabajador pierde la vinculación con la empresa, ya que al no poder ir al trabajo, va perdiendo esa unión o sentido de pertenencia que había con la compañía. Si todos los empleados teletrabajan, se pierde el ambiente laboral, se extingue el espacio común que había con los compañeros de trabajo¹⁶².

Para los empleadores representa un inconveniente el control del empleado y el cumplimiento de las órdenes, ya que puede quedar restringido a valorar el trabajo solo según los resultados. Un problema para el empleador, es que bajo esta modalidad de trabajo, el empleado realiza sus actividades dentro de su domicilio, siendo un obstáculo a la hora de ejercer sus facultades de control y vigilancia, obligando al empleador a utilizar medios adecuados que respeten los derechos a la intimidad y privacidad del trabajador¹⁶³.

d- Regulación normativa

Si bien el teletrabajo no se encuentra expresamente previsto en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, existen una serie de resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación¹⁶⁴ y por la SRT,

159 Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social, *El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral*, 2012, Pág 28. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

160 Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social, *El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral*, 2012, Pág 28. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

161 Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social, *El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral*, 2012, Pág 28. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

162 Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social, *El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral*, 2012, Pág 27. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

163 Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social, *El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral*, 2012, Pág 28. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

164 En adelante MTEySS

que se encargan de regular algunos aspectos de esta modalidad.

Una de estas resoluciones es la N° 147/2012 del MTEySS, que creó la “Coordinación de Teletrabajo”, a la que le asignaron competencias para promover el teletrabajo y asesorar en la materia.

También dentro de las más importantes está la Resolución N° 1552/2012 dictada por la SRT, con la finalidad de imponerle al empleador la obligación de proveer a los teletrabajadores una serie de elementos básicos, como: una silla ergonómica; extintor portátil contra incendio; botiquín de primeros auxilios; almohadilla para ratón o mouse; Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo. Esta resolución le exige al empleador que le informe, a la Aseguradora de Riesgos del trabajo, la localización de aquellos trabajadores que se desempeñan bajo esta modalidad. La norma además le otorga al empleador la facultad de visitar el lugar donde el trabajador presta sus tareas, con previo consentimiento de este.

Le siguen la Resolución N° 239/2013 del MTEySS, por medio de la cual se implementaron acciones de sostenimiento y promoción del empleo, a favor de los trabajadores en situación de reserva de puesto de trabajo. Y la Resolución N° 595/2013 también del MTEySS, cuyo fin fue crear el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo. Programa que busca promover la aplicación de la modalidad de Teletrabajo en empresas del sector privado.

Un caso aparte ocupa la provincia de Neuquén, que es la única, que cuenta con una ley sobre teletrabajo. Es la Ley N° 2861, del año 2013. Tiene como finalidad la promoción y difusión del teletrabajo como instrumento para mantener y generar empleo a través de la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación. Además le obliga al empleador a proveer el equipo informático y en caso de que el empleado aporte su propio equipamiento la administración provincial deberá cubrir esos gastos. La norma aclara que todos los sistemas de control que sean utilizados por el empleador, para la protección de bienes y de información deberán, y esto es muy importante, salvaguardar la intimidad del teletrabajador y la privacidad de su domicilio. Es un aporte fundamental porque esta norma le pone un límite al empleador, para que cuando tenga que realizar los controles respectivos, respete tanto el Derecho a la Intimidad como a la privacidad del trabajador.

III-Derechos Humanos.

a-Concepto

El reconocimiento de la Igualdad y la Libertad humana, como derechos universales, son el inicio de lo que hoy conocemos como derechos humanos. Ese reconocimiento es el resultado de una serie de acontecimientos como, los absolutismos de la época, el cambio cultural del iluminismo, la independencia de los estados unidos en 1776, y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789¹⁶⁵.

165 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p 12.

Más adelante en el siglo XX al mundo le toca vivir el momento más oscuro de su historia con el paso de las dos guerras mundiales, hechos que determinarán la “positivización universal” de los derechos humanos. Aunque debemos decir que este siglo no fue solo un sinónimo de guerra y catástrofes, ya que también, fue un tiempo de grandes progresos materiales, y un enorme desarrollo de nuestra capacidad para transformar la tierra.

En este relato hacia un concepto de Derechos Humanos, me parece oportuno traer las palabras de Carlos Nino, quien dijo que “la positivización universal de los derechos humanos es el mejor invento del siglo XX, incluso mejor que el internet, el avión, la penicilina o la teoría de la relatividad”¹⁶⁶. Y cuánta razón tiene ¿porque, qué sería de nosotros sin ese invento?, que nos define y reconoce nada más y nada menos que como personas.

Hoy podemos decir que los Derechos Humanos son “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”. Son derechos fundamentales porque son esenciales al ser humano y propios de la dignidad humana¹⁶⁷.

IV- Derechos Humanos Laborales.

a- Concepto

Para comenzar a desandar un concepto de derecho humano laboral, nos tenemos que remontar a los años sesenta (1960), cuando Mario de la Cueva, empezó a hablar de un derecho universal del trabajo haciendo referencia a un derecho derivado de la naturaleza misma del hombre y de sus necesidades vitales¹⁶⁸. Más adelante en el tiempo, por el año 2003 la Corte Interamericana de Derechos Humanos empleó la expresión Derechos Humanos Laborales para explicar que “los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio”¹⁶⁹.

Entonces si nos basamos en lo que dijo la CIDH, diremos que “Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. Con estos antecedentes llegamos a la conclusión que los Derechos Humanos Laborales, son derechos atinentes a la simple condición humana o de persona y que se expresan en el ámbito del trabajo dependiente. Son derechos atribuidos al individuo pero que pueden ser ejercidos por los trabajadores en condición dependiente”¹⁷⁰.

a-1 Derechos humanos laborales específicos e inespecíficos

Ya con una definición de Derechos Humanos Laborales, podemos decir

166 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 13.

167 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 15.

168 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 19.

169 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 19.

170 ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 20.

que existen derechos laborales específicos e inespecíficos. Los primeros son aquellos que se le reconocen a la persona por su calidad de trabajador, entre ellos están la limitación de la jornada, el descanso, las vacaciones, la remuneración, la protección contra el despido, el derecho de huelga, es decir aquellos reconocidos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Pero además de estos derechos, hay también derechos humanos laborales inespecíficos, porque el trabajador por el hecho de ser trabajador no deja de ser persona, y por consiguiente no deja de ser titular de aquellos Derechos Humanos que no son reconocidos específicamente al trabajador pero sí a todo ser humano; Porque el trabajador no deja colgado en la reja de entrada a la fábrica, sus derechos de persona junto con su abrigo. Estos derechos son el Derecho a la intimidad, a la libertad, la integridad, la no discriminación, a la libertad de culto, la libertad de pensamiento, etc¹⁷¹.

V- Derecho a la Intimidad

a- Concepto

¿Qué es la Intimidad?

Podemos definir a la intimidad como el área que comprende diversos aspectos de la vida individual y familiar, como las relaciones personales y familiares, las creencias religiosas, inclinaciones políticas, condiciones personales, inclinaciones sexuales, comunicaciones privadas, etc. Es el ámbito inherente a la persona humana, que se encuentra libre de la intromisión de extraños. Es fundamental para que el hombre se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad¹⁷².

El respeto por la vida privada y la intimidad se constituye en un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos a través del Derecho a la Intimidad¹⁷³. Este es un derecho humano fundamental que le otorga a la persona la facultad de excluir o negar a los demás individuos del conocimiento de ciertos aspectos de la vida privada de cada uno, que sólo a éste le incumben.

b- Recepción Normativa Nacional e Internacional.

Este Derecho Humano a la Intimidad, tiene una amplia recepción legislativa, tanto a nivel internacional como en nuestra legislación local. Específicamente a nivel supranacional podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se estableció que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra y reputación” (art. 12). También a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 5) que consagra el derecho a la

171 En igual sentido, ERMIDA, URIARTE, *Los Derechos Laborales como Derechos Humanos*, La Mancha, 2010, p 7. Disponible en: <http://www.relats.org/documentos/FTgeneralErmida.pdf>.

172 Ius Revista Jurídica, Universidad Latina de América, *El Derecho a la Intimidad, al Honor, y a la Propia Imagen*. Disponible en: <https://www2.unla.mx/iusunla3/reflexion/derecho%20a%20la%20intimidad.htm>

173 Ius Revista Jurídica, Universidad Latina de América, *El Derecho a la Intimidad, al Honor, y a la Propia Imagen*. Disponible en: <https://www2.unla.mx/iusunla3/reflexion/derecho%20a%20la%20intimidad.htm>

protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Como así también a la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 11 donde protege la Honra y la Dignidad de toda persona.

En el ámbito nacional tenemos al art. 19 de la Constitución que expresa: “...las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan la moral y las buenas costumbres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados y el art. 18 que nos habla de la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados.

Por un repaso por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, destacamos que el art. 51 determina la “inviolabilidad de la persona humana y su derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, por su parte el art. 52 consagra el derecho del afectado a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. Y el art. 1770 consagra el deber de reparar y pagar una remuneración por el perjuicio ocasionado.

Finalmente en la ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, en su art. 73, prohíbe la intromisión en la vida privada de los trabajadores mediante encuestas, averiguaciones o indagaciones sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador”

c- Recepción Jurisprudencial.

Si hacemos un recuento de la jurisprudencia de la CSJN¹⁷⁴, encontraremos algunos fallos que han delineado el concepto de intimidad. El primero que encontramos es el fallo de “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida” de 1984, donde se deja plasmado que la protección constitucional de la intimidad no se limita solamente a la vida interior, sino que igualmente comprende los comportamientos exteriores por los que esa interioridad se manifiesta. También es interesante el caso de la CIDH¹⁷⁵ “Fontevicchia y D Amico vs. Argentina” del 2011, donde respecto al alcance de la intimidad y la colisión con el derecho a la libre expresión, la CIDH resalta que el umbral de protección de la vida privada de los funcionarios públicos es diferente que el de los particulares dado que existe un interés general de información sobre sus actos. Esto se explica ya que el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada. También los casos “Gutheim” de 1993 y “DGI c/ Colegio Público de Abogados” de 1997 donde se explicitó que por protección no debe entenderse sólo la protección en la esfera doméstica sino también la protección integral de hábitos, creencias, costumbres, sentimientos y relaciones que la persona decida no divulgar.

d-El Derecho a la Intimidad en el ámbito laboral.

El trabajador que se encuentra en la empresa o lugar de trabajo, cumpliendo con sus actividades, sigue gozando de su derecho a la intimidad, por lo tanto no se le debe vulnerar ese espacio personal, íntimo y reservado. Donde se le debe asegurar por ejemplo su libertad de pensar, su elección sexual, su creencia

174 Corte Suprema de Justicia de la Nación.

175 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

religiosa, política en fin, todo aquello que la persona quiera reservarse para sí, y que no quiera dar a conocer a los demás¹⁷⁶. Esta es la situación del trabajador en la empresa y el modo en que se debe asegurar su intimidad. Pero hoy en día tenemos un problema con las tecnologías de la información, si bien se desarrollan a una alta velocidad, llegan a miles de personas, y son muy beneficiosas para la sociedad. También representan un peligro, sobre todo para la intimidad de la persona, introduciéndose en lo más íntimo, y dejando expuesto aquellos aspectos, que el individuo guarda para sí y no quiere compartir con los demás¹⁷⁷. Este problema de las tecnologías trasciende al ámbito laboral agudizando más la cuestión ya que el trabajador se encuentra en una situación de inferioridad frente al empleador, colocándolo en una situación muy particular, haciéndolo susceptible de agravios en cuanto a su ámbito de reserva.

e- Derecho a la intimidad y teletrabajo

Con el arribo del virus COVID-19, se produjo la paralización de la economía y del mercado laboral, dejando sin respuestas a muchos Estados del mundo. Estos se vieron obligados a tomar medidas rápidas que buscarán en primer lugar proteger la salud de la población, pero con los ojos puestos en la economía. Por ello los gobiernos implementaron un periodo de cuarentena o aislamiento social. Y en el marco de esta medida sanitaria muchas empresas se subieron al tren del teletrabajo, con el objetivo de continuar con sus actividades y evitar que miles de personas pierdan sus empleos. Cabe aclarar que solo se sumaron aquellas actividades que se pueden tele trabajar, quedando fuera varias tareas que son estrictamente presenciales.

A simple vista parece una decisión muy sencilla, enviar los empleados a sus hogares para cumplir con el aislamiento y seguir trabajando desde allí. Pero no es una situación tan manejable, porque en más casos de los esperados, se está tele trabajando de una forma muy improvisada, fruto de esta huida al teletrabajo de manera acelerada. Y ¿Porque de una forma improvisada?, porque los trabajadores en su gran mayoría no estábamos preparados previamente para llevar a cabo esta modalidad, además nuestros domicilios no cuentan con un espacio adecuado, se trabaja con computadoras propias, que no están adaptadas para las actividades del trabajo, y que en muchos casos tenemos que compartirla con otros integrantes del hogar. También es cierto que al no contar con un horario fijo, provoca la desaparición de las fronteras entre el trabajo y la vida personal, excediendo muchas veces el límite legal de la jornada de trabajo¹⁷⁸.

Dentro de estas dificultades quisiera agregar una situación muy particular y que es sumamente delicada, me refiero a la irrupción del teletrabajo en el domicilio del trabajador¹⁷⁹. ¿Qué sucede ante esta situación? el trabajador

176 En igual sentido, ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p 254.

177 En igual sentido, ARESE, CÉSAR, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p 254.

178 En igual sentido, SANGUINETI, WILFREDO, *¿Es esto el teletrabajo del futuro? Notas para aprender de la experiencia y construir lo que vendrá*, 2020. Disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2020/04/22/es-esto-el-teletrabajo-del-futuro-notas-para-aprender-de-la-experiencia-y-construir-lo-que-vendra/>

179 En igual sentido, SANGUINETI, WILFREDO, *¿Es esto el teletrabajo del futuro? Notas para*

empieza a perder su vida privada, porque tendrá que responder llamadas y mensajes a toda hora del día, se le acumulara trabajo, tendrá que soportar los controles del empleador, todo esto lo llevará a vivir para trabajar, vivirá estresado e invadido. Quizás estoy planteándome el peor de los escenarios, pero estoy seguro que si no aprendemos de esta experiencia y no se toman las medidas necesarias, el teletrabajo se transformara en la peor opción y no perdurará luego de esta pandemia.

e1- Derecho a la Intimidad vs. Control empresario

Para comenzar este tema me propuse un interrogante qué es, ¿cómo hará el empleador para controlar que su empleado cumpla efectivamente con su prestación, si este trabaja desde su casa?

En primer lugar es cierto que en el marco del teletrabajo, el empleador se topa con una dificultad a la hora de ejercer sus facultades de dirección, organización y control de la prestación de trabajo, ya que el trabajador no se encuentra físicamente en la empresa, sino que está "conectado" a la oficina y trabajando pero desde su domicilio. Ante esta situación la Resolución N° 1552/2012 de la SRT, en su art 4, le concede al empleador el derecho de visita, para que pueda concurrir al domicilio del teletrabajador, con su previo consentimiento, para verificar las condiciones del lugar elegido por el trabajador para la ejecución de su tarea (cabe aclarar que esta resolución no se encuentra vigente en el contexto de la pandemia del virus COVID-19, según Resolución N° 21/2020 de la SRT).

Es decir que a través de este derecho el empleador podrá verificar que la prestación se cumple correctamente.

Pero ¿qué pasa si el trabajador se opone a la visita del empleador? Si el trabajador se opone a que el empleador concorra a su domicilio, estará haciendo valer su Derecho a la Intimidad, estará privilegiando su vida privada, su ámbito personal, que es inherente a su persona, por encima de cualquier otro derecho. Obligando al empleador a buscar otros medios de control que resulten menos invasivos.

En segundo lugar y haciendo referencia al primer interrogante que me hice al empezar con este tema, es que con la utilización del teletrabajo aumenta la capacidad de control del empleador sobre el trabajador, a través de sistemas de GPS, controles virtuales, con equipos tecnológicos. Son controles altamente invasivos que realiza el empleador sin tener que concurrir al domicilio, vulnerando la privacidad e intimidad del trabajador.

Podemos ver que es una cuestión muy delicada, por eso me pregunto ¿Qué podemos hacer ante esta situación? A mi entender, antes que nada se debe generar un debate donde participen todos los actores, pero principalmente las empresas. Ellas son las que deben adoptar medidas de vigilancia y control sobre la actividad de los trabajadores, que sean idóneas, necesarias, proporcionadas y justificadas. Buscando alternativas en medios tecnológicos o a través de programas informáticos que solamente controlen su actividad y no su vida privada.

aprender de la experiencia y construir lo que vendrá, 2020. Disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2020/04/22/es-esto-el-teletrabajo-del-futuro-notas-para-aprender-de-la-experiencia-y-construir-lo-que-vendra/>

Mientras me planteaba algunos interrogantes y trataba de buscar sus respuestas, llegué a la conclusión de que la privacidad y la protección del domicilio del trabajador son cuestiones primordiales, que deben prevalecer por delante de cualquier otra cosa. Si atendemos a estas cuestiones podremos reconducir a una buena aplicación del teletrabajo, conciliando el control del empleador con la intimidad del trabajador.

VI-Conclusión

Una actualidad marcada por una pandemia inesperada, generada por el virus COVID-19, cambió por completo la vida de los seres humanos. Dicen que la normalidad que conocíamos ya no existe más y que nos tenemos que preparar para la “nueva normalidad”.

El teletrabajo se precipitó en el mercado laboral, con la llegada de esta pandemia. Modalidad que nació allá por los años setenta(1970) que floreció en los dos mil (2000) y hoy es una herramienta que mantiene de pie a varias actividades de la economía mundial y de nuestro país.

Hoy muchas personas trabajan desde sus casas, lo que a primera vista parece un sueño cumplido, combinar el trabajo con las actividades del hogar; hacer la tarea de la oficina mientras compartimos más tiempo con la familia. Pero sin darnos cuenta el teletrabajo se mueve en una línea muy delgada, que mezcla la empresa con nuestra vida privada. Lo que parecía un sueño se vuelve una pesadilla. Llamadas a todas horas, el WhatsApp colmado de mensajes de clientes, una única computadora para toda la familia, etc.

Tenemos que lograr un equilibrio justo entre el teletrabajo y nuestra vida privada, para poder aprovechar los beneficios de esta modalidad. Para eso necesitamos legislar, regular y establecer derechos y obligaciones claras para todos. Tendremos que aprovechar esta crisis sentarnos a debatir y lograr una legislación compatible para teletrabajar y disfrutar del hogar.

VII-Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

“Derecho a la Intimidad de la persona trabajadora”. Por la Dra. Paula Frescotti. Material de estudio de la materia de DDHH Laborales y Derecho Internacional del Trabajo, con el Cine como recurso didáctico. Año 2020. <https://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/>

“Derechos Humanos Laborales Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo” Por César Arese, Pról. de Antonio Baylos .Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As., 730 p., 2014.

” El teletrabajo, motor de inserción sociolaboral”. Ministerio de trabajo, Empleo, y Seguridad social. Pág 27,28. http://www.trabajo.gov.ar/downloads/difusion/141107_libro_teletrabajo.pdf

“El Derecho a la Intimidad, al Honor, y a la Propia Imagen”. Universidad Latina de América. Ius Revista Jurídica. <https://www2.unla.mx/iusunla3/reflexion/derecho%20a%20la%20intimidad.htm>

¿Es esto el teletrabajo del futuro? Notas para aprender de la experiencia y construir lo que vendrá. 22 ABRIL 2020 .Por Wilfredo Sanguinetti. <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2020/04/22/es-esto-el-teletrabajo-del-futuro-notas-para-aprender-de-la-experiencia-y-construir-lo-que-vendra/>

<https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/05/el-teletrabajo-una-regulacion-justa-con.html?m=1>.

“Los Derechos Laborales como Derechos Humanos”. Por Oscar Ermida Uriarte. Conferencia en el Postgrado “Trabajo y Derechos Fundamentales”. Universidad de Castilla – La Mancha, Campus de Toledo. Enero de 2010. <http://www.relats.org/documentos/FTgeneralErmida.pdf>

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Resolución 147/2012. Bs. As., 10/2/2012. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/194314/norma.htm>

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social..Resolución 239/2013. Acciones de sostenimiento y promoción del empleo. Reserva de puesto de trabajo. Bs. As., 15/3/2013.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Resolución 595/2013. Bs. As., 1/7/2013.

OIT Manual de buenas prácticas en teletrabajo. 1ra. ed. Buenos Aires : Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, 2011.

Promoción y difusión del teletrabajo como instrumento para mantener y generar empleo. LEY 2861. Neuquén, 3 de Julio de 2013. Boletín Oficial, 27 de Septiembre de 2013. <http://www.saij.gov.ar/2861-local-neuquen-promocion-difusion-teletrabajo-como-instrumento-para-mantener-generar-empleo-lpq0002861-2013-07-03/123456789-0abc-defg-168-2000qvorpel>

RÉGIMEN DE CONTRATO DE TRABAJO. LEY N° 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/1976. Bs. As., 13/5/1976.

Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Resolución 1552/2012. Bs. As., 8/11/2012. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204726/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204726/norma.htm>

<http://teletrabajoparatodos.blogspot.com/p/relaciones.html>.

Teletrabajo: ¿modalidad de relación de trabajo o paradigma de “la nueva normalidad”? Por Humberto Villasmil. https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_744411/lang--es/index.htm.

“LOS TESTEOS GENÉTICOS ¿CONSTITUYEN UNA AFECCIÓN A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR, COMO REQUISITO O FACULTAD DEL EMPLEADOR PARA SOLICITARLO?”

Por Cortez Lourdes Victoria

PRESENTACIÓN DEL TEMA

En el presente trabajo, busco reflexionar sobre algunos puntos del derecho a la intimidad y la no discriminación que se dan en el ámbito laboral y que poco se escucha sobre ellos.

¿Qué pasa con el trabajador cuando se conoce que tiene enfermedades genéticas o que posee factores genéticos que hacen que pueda contraerla? ¿Cuál es el límite al empleador para que pueda solicitar que se someta a pruebas para averiguarlo?

¿Qué se hace frente a las indicaciones de test pre ocupacionales o inter ocupacionales para la detección de estas sin la previa solicitud del consentimiento expreso del trabajador o aspirante al empleo?

¿Hasta dónde llega el derecho a la intimidad del trabajador? ¿Puede el empresario limitar este derecho en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control?

Todos estos interrogantes pueden resultar perjudiciales del ya citado derecho a la intimidad, contemplados en los art 18-19 de la Constitución Nacional y en la Ley de Protección de Datos Personales y Hábeas Data por la que el Estado debe velar.

Además de constituir prácticas discriminatorias y de exclusión de la igualdad de oportunidades del cual deben gozar, tanto los futuros como actuales trabajadores. Dando lugar así muchas veces, a la exclusión laboral, ya sea en el estadio anterior a la celebración del contrato de trabajo, como en su ejecución.

Busco plantear así, el derecho a la intimidad concebido no solo con la ausencia de información sobre el trabajador en la mente de los demás, sino también como la facultad que tiene el trabajador de controlar y conocer sobre la información personal que figura en los bancos de datos. Ya que esta puede afectarlo, por manejos o decisiones que tome el empleador, sin que el trabajador se entere de los mismos.

Al igual que puede constituir una traba para el acceso al empleo, por estas circunstancias y consideraciones que son ajenas de las aptitudes relacionadas con las características de idoneidad para el puesto de trabajo.

Resumen

Estamos viviendo en el siglo de las revoluciones tecnológicas, con el avance de la ciencia y la tecnología, que han generado modificaciones en nuestras vidas.

Revolución proviene del latín *revolutio*, y significa “una vuelta”, un cambio

social fundamental en la estructura de poder o la organización, que toma lugar en un periodo relativamente corto o largo, dependiendo de la estructura de la misma, llevando a la innovación y reforma. Su fin, es lograr objetivos específicos, o solucionar problemas a la sociedad, a través del uso tecnologías biológicas, físicas y digitales, lo que por supuesto trae beneficios y riesgos.

Por su parte, la ciencia genética ha experimentado un alto crecimiento en los últimos años, debido a su orientación a la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Es así como este trabajo, propone ahondar sobre uno de los tantos puntos vinculados a ella, como lo son los test genéticos, que se realizan en el ámbito laboral. Abordada, desde una perspectiva de los derechos fundamentales del trabajador, y como el uso de los análisis genéticos, puede resultar un arma de doble filo, ya que así como puede ofrecer información relevante, para la prevención de riesgos laborales, propiciando la protección del derecho a la vida y a la integridad psíquica y física del trabajador; también puede lesionar su derecho a la intimidad y su derecho a no ser discriminado. Además, de involucrar intereses y derechos del empleador y el Estado.

Constituyendo así, un riesgo ético y de seguridad, ya que el conocimiento científico, se estaría utilizando en contra de la supervivencia humana, eliminando la privacidad. Por ello, a su vez planteo, cómo el avance de estas prácticas y debido a los resultados provenientes de dichos test genético, pueden influir en el encuadramiento profesional del trabajador.

A falta de legislación que establezca un sistema específico de protección, citare algunos tratados, normativas de la provincia de Córdoba, jurisprudencia a través de las cuales se podría instrumentar esa protección y articulación de derechos, partiendo siempre de que la privacidad se trata de un derecho humano fundamental.

Sumario: 1. Consideraciones generales de introducción al tema.2. ¿Qué son los datos genéticos? 3. Facultades del empleador 4. Consentimiento 5 Test genéticos y sus usos 6. Derecho a la intimidad 7. Análisis Normativo 8. Jurisprudencias 9. Consideraciones finales 10. Conclusión.11. Bibliografía.

1. Consideraciones introductorias:

Al plantear hacer este tema, fueron varios los interrogantes que se presentaron, en cuanto a ¿cómo se aplicaban estos test genéticos en el marco del trabajo? Algunos citados en la presentación del tema.

Comenzaré por abordar el derecho a la privacidad, vista desde el lado de los curriculum Vitae, para mostrar como a través de estos y desde un primer momento, el empleador puede ir ingresando en la privacidad del trabajador postulante.

Así me cuestiono si estos test genéticos, se constituyen en los nuevos curriculum, sirviendo para determinar si alguien está o no calificado para realizar tal o cual trabajo, o si lo pueden o no realiza, o solo servirá para clasificarlo a lo que sus genes dicen, contribuyendo a crear así, a dos tipos de trabajadores: los

sanos y los sanos, pero con genes enfermos. Constituyéndose en un instrumento de recursos humanos.

Lo central, es dilucidar si hay un interés razonable y justificado, en el marco de una relación laboral, que permita que el empresario conozca estos datos sensibles del trabajador, su aptitud o falta de ella, cuando ni siquiera el propio trabajador los conoce o desea conocerlos.

El Derecho a la intimidad está por encima del empresarial, ya que se trata de un derecho humano fundamental, basado en la dignidad de persona humana, siendo universales, inalienables e inherente a la persona. Esto es lo que debería ser, pero no siempre sucede, así, generalmente en las entrevistas laborales es cuando más se ve esta desprotección, que va acompañada por la necesidad y ganas de adquirir el empleo.

Otra cuestión, es si debe el trabajador una vez que cuente con datos provenientes de test genéticos, informarlo en una entrevista. Por lo que podremos decir, en base a la opinión de algunos especialistas dedicados al derecho laboral, y por lo que sucede en la práctica, que no se dice toda la verdad en ella y más cuando muchas veces los postulantes se preparan para pasarlas. Además, otro fundamento, por la que no habría motivo para informarlo es que los resultados que arrojen estos test, solo contienen una razonable probabilidad de padecer la enfermedad, lo que no alcanza un valor de verdad científica inmutable.

Asimismo, también se tiene que tener en cuenta el principio de buena fe, cito art 63 de la ley de contrato de trabajo, que el derecho laboral refiere mucho por lo cual, tomando como base a este, se “exigiría” tanto al trabajador como al candidato al empleo, comunicar su predisposición genética en caso de saberla, permitiéndole de este modo al empresario, adoptar todas las medidas de seguridad y salud correspondientes, para hacer efectiva su obligación o deber de seguridad, como así también la igualdad de oportunidades.

Por lo tanto siguiendo a Mangialardi,¹⁸⁰ el derecho del trabajador a revelar su predisposición genética debe tener excepciones:

- Cuando el trabajador sepa con seguridad que no podrá realizar el trabajo que se le asigna debido a su predisposición genética. Por ejemplo, el daltonismo.
- Cuando una determinada ocupación requiera un grado de fiabilidad absoluta por parte del trabajador, como por ejemplo una enfermedad mental de origen genético que pudiera sufrir una persona que es piloto de líneas aéreas comerciales.

2. ¿Qué son los datos genéticos?

Para continuar, haciendo el análisis de este tema y para mayor comprensión, definiré a los datos genéticos, como aquellos relacionados con los caracteres hereditarios de un individuo, o que vinculados a dichos caracteres, componen el patrimonio de un grupo de individuos emparentados, es decir son datos que afecten a intercambios de información genética (genes) de un individuo o línea

180 MANGIALARDI, E., “El proyecto de genoma humano. Su incidencia en las relaciones laborales y asegurativas” p. 10

genética, con relación a cualquier aspecto de la salud o de una enfermedad, constituya o no un carácter identificable.

Contienen un campo considerable de información, que interesa no solo al individuo a quien pertenece, sino también a sus seres cercanos, a las personas a quienes está genéticamente unido, al empleador y a la ART, en la medida que se puedan extraer pronósticos sobre la capacidad de trabajo y salud.

Permitiendo, a través de estos datos obtenidos de dichos test, predecir enfermedades, debilidades orgánicas, o ciertos aspectos del comportamiento, con el consecuente beneficio para el paciente, constituyendo a su vez una amenaza, ante el riesgo que terceros ajenos a su titular, puedan acceder a dicha información.

3. Facultad de dirección y organización del empleador:

La facultad de organización, se encuentra contemplada en el art 64 de Ley Contrato de trabajo 20744 (Bs. As., 13/5/1976) y dice: “el empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”.

Y en la facultad de dirección: contemplada en el art 65 de dicha ley establece: “deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”.

Se trata de dos facultades muy importante con que cuenta el empleador, lo que puede llevar a que en el marco de dichas atribuciones y por medio de la realización de test genético, pueda ser tomado como una herramienta por el empresario, para calcular los posibles beneficios y pérdidas, teniendo en cuenta la variable de enfermedad de los trabajadores, pudiendo así, disminuir costos e incrementar beneficios. Es decir, ser utilizado por el empresario como un instrumento más para la selección de su personal, desde un punto de vista económico y, de acuerdo a este criterio, se discriminaría entre los trabajadores “genéticamente rentables” y los que no lo son.

Considerando de ese modo, que los trabajadores que ya se encuentran trabajando, o los aspirantes a serlo, con datos genéticos que anticipan futuras enfermedades o incapacidades son más caros y por ello menos idóneos para el trabajo al que aspiran o que se encuentran realizando.

4. Consentimiento si o consentimiento no:

Ahora otro punto fundamental, es si el trabajador acepta o no realizar estas pruebas ante el pedido del empleador. En estos casos vamos a tener dos alternativas, por un lado la negativa, lo que si bien va tener que ser aceptado por el empleador, puede implicar generar una sospecha del empresario sobre la existencia de una enfermedad genética, y como anteriormente exprese, por la libertad de la empresa de contratación, podrá optar por otro candidato. Por lo cual, el trabajador si bien no se ve obligada a la realización de estas pruebas genéticas por una normativa específica, frente a esta situación, tiene poco

margen de actuación y más que está en juego su puesto de trabajo

Y por el otro, puede darse que el trabajador por su parte, tenga interés en someterse a estas pruebas genéticas, ya que le puede servir para orientar su futuro profesional, de acuerdo con sus aptitudes psíquicas o físicas, permitiéndole protegerse de los posibles riesgos vinculados al trabajo que está por aceptar o se encuentra desarrollando, y que pudieran afectar su salud, o en un segundo término, posibilitarle al conocer la información genética, ofrecer perfiles favorables para su contratación, ascenso, movilidad o permanencia respecto a un puesto de trabajo determinado. Pero en ambos casos se debe mantener la confidencialidad de los datos allí obtenidos, sobre todo, si resulta ser uno que confirma, que puede tener una enfermedad o dificultad en el futuro, ante el peligro de ser discriminado por poseer uno o más genes dañados. O incluso podría después de haber dado su consentimiento, preferir ignorarlos para no ver alterada su auto comprensión y su plan de vida.

5. El lado b de los test:

Ahora bien, no todo lo que hace a estos test resulta ser negativo, también tienen su parte positiva, sobre todo, cuando se usa para preservar la salud del trabajador o futuro trabajador, por el riesgo en el cumplimiento de una actividad específica, pudiendo en el caso de no conocerlo, empeorar o producirle algún daño en la salud de ese trabajador genéticamente “imperfecto”; siempre que no existiera o pudiera ser obtenida por otro tipo de prueba o test, que sea menos invasiva al derecho a la intimidad. Es decir como ya mencione antes, cuando se empleen para mejorar la situación sanitaria del empleado, pero no se podrá realizar sin su conocimiento. Sirviéndole de este modo al empleador, para asignarle a cada trabajador la función más acorde con sus características genotípicas, optimizando de este modo la organización y la marcha de la empresa, en el marco de su función de la dirección. Obligación que conlleva también, la protección de la vida, la salud de los trabajadores y de la prevención de los riesgos laborales, impuesta por la legislación, art 75 ley contrato de trabajo¹⁸¹ (Bs. As., 13/5/1976).

Tipos de test:

1. En primer lugar, tenemos aquellos orientados a identificar predisposiciones genéticas, que causan hipersensibilidad a determinadas sustancias existentes en el trabajo. En estos casos, siempre se deberán realizar con el consentimiento del trabajador. Su finalidad es la protección de la salud del propio trabajador o candidato al puesto de trabajo. El foco no está aquí, en los beneficios del empresario, sino en el interés del propio empleado. Además, la causa de justificación del test no se basa principalmente en el consentimiento del candidato o trabajador, sino en las exigencias objetivas de salud que un determinado puesto de trabajo requiere.

2. Por otro lado están los que se realizan en aquellos puestos de trabajo que impliquen una gran responsabilidad, como puede ser el de controlador aéreo,

181 Deber de seguridad. “dotar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores” [...]

piloto o miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, donde el objetivo del test es detectar una patología que puede afectar seriamente a intereses de terceros, y que no puede detectarse de otra forma.

Ahora bien, estos casos son excepcionales, por lo que los resultados que se pongan a disposición del empleador deben ser lo más restringidos posibles, ciñéndose a aquellos aspectos de salud laboral que justificaron el test.

3. y un tercer tipo que constituye un test discriminatorio, ya que se produce para detectar enfermedades y predisposiciones genéticas en el trabajador no conectadas con su actual puesto de trabajo, y que, en caso de manifestarse, lo harán en un futuro. Estas pruebas son las realizadas por el empresario a fin de evitar descensos en la producción, o de prever bajas laborales con costas para la empresa, con el propósito de evitarlas. Este supuesto constituye un claro ejemplo de discriminación genética, que penaliza al trabajador a la hora de acceder a un puesto de trabajo o de mantenerse en el mismo debido a su información genética.¹⁸²

6. El derecho a la intimidad:

Por un lado, lo describiré en un sentido general: entendido como aquel ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia, que constituye lo más personal, interior o privado; lo que no se desea hacer conocer ni dejarse ver ni sentir. Es el que garantiza a su titular, el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, en tanto dicha conducta no ofenda al orden público, a la moral pública, ni perjudique a otras personas.

En un sentido más específico al tema, se podría decir que el derecho a la intimidad genética, puede ser definido como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética¹⁸³, es decir, se trata de la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho de mantener su bio autonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella.

Es un derecho básico, que protege y respeta la intangibilidad del patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo, se diferencia de cualquier otro, por su carácter estrictamente personal. Por lo cual, mediante este derecho la persona se puede identificar, y se individualiza como sujeto biológico y unidad genética dentro del orden jurídico.

7. Aspecto normativo:

A continuación, enunciare diferentes normativas a través de las cuales está contemplada la protección a la intimidad, datos, no discriminación, consentimiento,

182 F.J. CALVO GALLEGOS, «Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador», 28 de abril: Revista digital de salud y seguridad en el trabajo, núm. 1, 2008, p. 14.

183 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, 4ta. Edición, Grijley, Lima, 2001, p. 231.

forma de investigación que me parece importante para comprender como

Como una primera aproximación a este aspecto normativo, hay que decir que la obligatoriedad de efectuar pruebas genéticas es inconstitucional ya que la Constitución Nacional contiene garantías del derecho a la intimidad, a la integridad física por tanto, el hecho de obligar coactivamente al trabajador, a aportar su propio cuerpo va constituir una violación a dichas garantías.

El derecho a la privacidad de la información genética es uno de los derechos naturales de las personas, que se encuentra estipulado en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

La libertad de intimidad implica la posibilidad de mantener en secreto, distintos aspectos de la vida privada, impidiendo que el Estado o los particulares se introduzcan en esa esfera sin su consentimiento. Brinda una idea de refugio, de ocultamiento, de sustracción al conocimiento de los demás. Este derecho [...] alcanza también al ADN de los individuos y su información genética”.

Por otro lado, a nivel internacional por medio de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, también se reconoce el derecho a no ser discriminado por ninguna condición: entre ellos en el inc. a. y el art 2 de la Declaración Universal sobre DDHH dice “u alguna otra expresión que comprenda la de no ser discriminado por su patrimonio genético” (Declaración sobre los Derechos y Deberes del hombre).

El Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado por nuestro país por el art. 75 inc.22 Constitución Nacional. Define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades, de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1.inc a)

También tenemos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Ley 23.313 aprobado por la República Argentina el 13 de mayo de 1986, juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su art. 26 consagra que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.”

Por su parte, el Comité de Ética en la Ciencia y la Tecnología recomienda, que la legislación sobre este tema debe:

- “Respetar los principios establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, a la cual la República Argentina adhiere en su carácter de país signatario.
- Definir qué entiende por información genética.
- Establecer qué condiciones deben cumplirse para llevar a cabo una prueba genética (el consentimiento, por ejemplo) y qué usos de esa información serán permitidos y cuáles no (confidencialidad o privacidad, entre otros).
- Garantizar el resguardo del derecho a la dignidad, identidad e integridad de todas las personas respecto de su información genética.
- Prohibir expresamente cualquier tipo de discriminación basada en

información genética.

- Explicitar tanto los casos en los que se garantiza absoluta privacidad de la información (seguros, asistencia médica, aseguradoras, cuestiones laborales, etc.), como aquellos casos que habrán de ser exceptuados de la condición de consentimiento y/o privacidad. Ejemplo casos penales, casos de identidad, casos de paternidad, etc.

- Aclarar que no restringe la realización de estudios para el tratamiento de personas con su debido consentimiento, así como tampoco las posibilidades de realizar investigaciones genéticas con informaciones anónimas.

Se exige que se le ofrezca el derecho a ser informado exhaustivamente del resultado del examen y del pronóstico sobre su salud futura. Pero, el trabajador también tiene la posibilidad de exigir que se le proporcione exclusivamente la información relativa a su idoneidad para el puesto de trabajo, y a rehusarse a recibir otra información incluida en los resultados del examen al que se ha sometido. Tiene, entonces, derecho a no saber. Por otra parte, el empleador (como en todos los casos de exámenes médicos) no será informado del diagnóstico, sino únicamente de la idoneidad del trabajador para desempeñar el punto de trabajo de que se trate”.

La información genética, fue reconocida por la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos en la conferencia General de la UNESCO, del 16 de octubre de 2003. Esta Declaración reconoce que “los datos genéticos humanos son singulares por su condición de datos sensibles, toda vez que pueden indicar predisposiciones genéricas de los individuos, y que esa capacidad predictiva que presenta cualquier tipo de datos puede ser mayor en el caso de los datos genéticos, que no debemos de olvidar que es un determinado tipo de datos sanitarios, y esta especial importancia que presentan los datos genéticos, pasa porque su conocimiento puede tener consecuencias importantes para la familia, ya que pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas, y que pueden ser de vital importancia desde el punto de vista cultural para personas o grupos”.

En la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos del 11 de noviembre de 1997, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, también se señala:

“Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características” (art. 2º a). A lo cual agrega que “esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad” (art. 2º b).

El art. 5º inc. a) dispone que tanto investigación, tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma de un individuo sólo podrá efectuarse, previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entraña, y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

Y en el inc. b establece, como debe efectuarse el consentimiento diciendo, “el derecho al consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. En caso de no estar en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley,

teniendo en cuenta el interés superior del interesado”.

Y por otro lado en el inc. c contempla la autodeterminación informativa, diciendo:” se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias”

Después en el art 6 “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”

Y por último de esta ley, en el art. 7º otro tema que ya mencioné antes de la confidencialidad de los datos genéticos referidos a un individuo identificable o conservado o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.

La ley 25326 (promulgada parcialmente:30 octubre de 2000) regula la protección de datos personales y Habeas Data en general, si bien no se menciona la protección a los datos genéticos, se encuentran comprendidas en esta. “Su fin es regular la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también permitir el acceso a la información que sobre las mismas se registre” (art. 1)

Asimismo, define a los datos personales como la “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinada o determinable” y por otro lado a los “datos sensibles como datos personales que revelen origen racial, étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliaciones sindicales e información referida a la salud o vida sexual, pudiendo aplicarse acá también la información genética”. (art2)

En el Art 4 inc2 “prohíbe: la recolección de datos por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la ley”. Y en el Inc3 dice, “o para fines distintos o incompatibles a los que motivaron su obtención”.

También el art.4 inc.7 contempla, el derecho al olvido, según el cual los datos deben desaparecer del archivo o base de datos una vez que se haya cumplido el fin para el que fueron recabados.

Otro dato no menor que se encuentra contemplado y que también está contemplado en la declaración de la UNESCO, es el principio de consentimiento por el cual se requiere que sea libre, expreso e informado del titular de los datos, el que en principio debe constar por escrito, reconociendo como excepción art 5 inc. d como es el caso de la “obtención de datos personales provenientes de una relación científica”.

En el art. 9 inc.2 habla de que se prohíbe que se registren datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.

El Art 10 establece el deber de confidencialidad, muy importante si lo llevamos puntualmente al tema, porque este va de la mano con el derecho del trabajador a no ser discriminado. Es el deber de secreto, que obliga al responsable y a las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos

personales, a respetar el secreto profesional respecto de los mismos, exigencia que deberá subsistir aun después de finalizada la relación con el titular del archivo de datos. Es decir, lo que busca es que el procedimiento de recolección de datos no sea realizado en forma ilícita o desleal, conforme lo normado en el art.4 inc.2.

En la provincia de Córdoba tenemos la Ley 8953 sobre la inviolabilidad de genoma humano en su art 2: que prohíbe tanto en el ámbito oficial como en el privado, la realización, utilización, consulta y difusión de estudios genéticos de las personas con algunas de las siguientes finalidades:

A. La elaboración de informes orientados a la obtención del empleo.

Como parte de exámenes médicos de rutina que se practique a los empleados mientras dure la relación laboral

Como elemento de valoración, requisito de admisibilidad y/o categorización por parte de las compañías de seguros, administradoras de fondos de jubilación y pensión, administradora de riesgo de trabajo, entidades públicas o privadas que presten servicios de seguridad social y atención médica, mutuales, cooperativa que presten o administren servicios de salud.

E. Para toda acción que independientemente de su objeto carezca de interés legítimo y sea susceptible de generar un trato discriminatorio.

8. Jurisprudencia:

La protección de derechos tales como la salud, el derecho al trabajo, a la integridad personal, a la intimidad, depende de la seguridad de que ningún dato genético pueda revelarse a terceros, como cite anteriormente en la normativa, ya que podrían utilizarse para discriminar o estigmatizar a la persona del que provienen los datos.

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “que, en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad, su fundamento constitucional se encuentra en el art.19 de la Constitución Nacional. Por lo que en relación directa con el derecho a la libertad, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud física y mental y en suma, las acciones hechas datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y conocimiento, cuya divulgación por los extraños significa un peligro potencial o real para la intimidad”.

Este mecanismo persigue notoriamente una finalidad protectora respecto de quienes pueden ser objeto de discriminación, por el solo hecho de padecer la enfermedad. En este sentido la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos “Sendoya Josefina O c/ Travel Club SA.” (Sent. del 9/4/00)¹⁸⁴ estableció que como la ley 23.753 no considera al padecimiento de diabetes como un obstáculo para el trabajo, como así también que el trabajador, no tiene necesidad de manifestar la existencia de la enfermedad y no se puede exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, es decir, un dato sensible.

184 (Fallos 306:1892)

La circunstancia de que la trabajadora sea despedida por diabetes durante el período de prueba, no mejora la situación del empleador, pues lo que se juzga es la existencia de un acto discriminatorio que es prohibido por la ley y en consecuencia ilícito, y la única forma que tiene el empleador para justificar que la diabetes padecida por el trabajador es invalidante es a través del dictamen, de las juntas médicas que lo afirmen en igual sentido, procedimiento con carácter obligatorio.

KIPER en su voto señaló que “cuando lo que se juzga en la causa es la existencia de un acto discriminatorio, no obsta a la demanda de reparación de los daños y perjuicios la circunstancia de que la accionante se encontrara en el período de prueba, pues no se cuestionan aspectos vinculados a la contratación laboral” (6)¹⁸⁵

9. Consideraciones finales:

Como vengo diciendo, los análisis genéticos permiten acceder a los datos biológicos más profundos y secretos de un individuo humano; su uso invade la intimidad, esa zona de nuestro ser que, en circunstancias normales, todos deseamos reservar para nosotros mismos y mantener alejada de la intromisión o del conocimiento ajenos.

Por consiguiente, la decisión acerca de someterse o no a una prueba genética debe depender siempre de la voluntad personal y sin presiones del sujeto cuyo genotipo se pretende explorar, en este caso, del trabajador y no de otros sujetos, como pudieran ser el empleador, el médico o el Estado.

Estos test no deberían considerarse en forma automática, como condición excluyente para acceder a un puesto de trabajo, como puede suceder, sino solamente debería ser valorada en cuanto constituya un requerimiento específico para un puesto de trabajo determinado. Ya que, si no, constituiría una violación al derecho del trabajo, derecho humano fundamental, que constituyen junto a la dignidad de la persona humana el bien jurídico protegido, porque, es inherente a ella y pertenece a su propia esencia; no existe persona alguna que carezca de ella. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”¹⁸⁶

10. Conclusiones:

Es importante que existan canales para denunciar estos instrumentos irregulares de selección de personal, cuando esto no se cumpla. Como así también, sería de gran valor que se le dé importancia a estas cuestiones, que

185 Sala H, 4/9/2000, (Sendoya Josefina O. c/ Travel Club S. A.) Impugnación de deuda daños y perjuicios», MJJ32894.

186 Fallos 314:424, 441/442 considerando 8vo

cada vez van a ir ocupando más espacio y se hablara más sobre ellas, y que la legislación, ya sea provincial o nacional, se refiera a estos temas relacionadas al genoma humano, reflejando siempre un adecuado tratamiento y protección de esa información. Constituyéndose de a poco, en un objetivo principal en nuestro país, porque de lo contrario como sabemos que sucede, la ciencia avanza cada vez más, y la legislación se va quedando.

Esto se debe, a que si bien, el régimen jurídico antes mencionado por el que se pueden efectuar posibles controles, no evita ni merman la necesidad de una regulación, que aclare este régimen tan complejo como el genoma, de forma especializada y que, sobre todo, sancione las posibles intromisiones y discriminaciones por parte del empleador.

Por su parte, las medidas represivas posibilitaran garantizarán la protección civil y penal de la intimidad genética, y la voluntariedad real en el acceso a los análisis, de tal modo que, como destacaba con anterioridad, no se permita que la admisión en un determinado puesto laboral, se condicione a la realización de estas pruebas.

Sería importante también una política preventiva, donde se establezcan información real y clara sobre las graves consecuencias que, tanto a nivel personal como social, pueden derivarse del acceso a estos datos.

Asimismo, es importante insistir en la idea de que la detección de la enfermedad, al menos a corto plazo, no asegura en absoluto la existencia de medios de curación, a fin de no crear falsas esperanzas.

La sociedad por su parte, también debería comprometerse y exigir tal legislación, junto con políticas adecuadas para combatir la discriminación. Esta es la única forma de obtener relaciones laborales, basadas en los principios de justicia y solidaridad. Porque si no se llegaría a lo que Hoeffel ¹⁸⁷ ilustra como “riesgo de la pérdida de la intimidad genética” diciendo: “imagínense una sociedad en la que las autoridades tuvieran archivadas muestras de tejidos y fluidos de toda la comunidad, y un banco de datos del perfil de ADN de cada persona. Imagínense entonces que, no sólo los agentes del orden, sino también las compañías de seguros, empleadores, escuelas, agencias de adopción y muchas otras organizaciones pudieran tener acceso a esos archivos de acuerdo con su “necesidad de conocer datos” o acreditando que dicho acceso se realiza “en interés público”. Imagínense a continuación, que se pudiera negar a una persona empleos, seguros, adopción, atención sanitaria y otros servicios y prestaciones sociales, basándose en la información contenida en su perfil de ADN, como una enfermedad genética, la herencia genética o la idea subjetiva de alguien de lo que es un “defecto genético”. Con ello quiero decir, cuánto daño más le ocasionaría al trabajador, ya que dicha difusión podría suponer un grave atentado a la intimidad y poner en peligro expectativas de la persona afectada, condicionando decisiones en diversos ámbitos familiar, educativo, de salud, laboral.

Es decir, el problema existe y sucede, quizás no tan conocido o vigente como tema hoy en Argentina, ni incluso antes de la pandemia, pero no por ello

187 “Marco jurídico de la predicción de la enfermedad mediante estudios genómicos” p.15

menos importante. Así imaginemos que un empleador por conocer estos datos, no contrata una mujer porque su madre, abuela y tía abuela por parte materna, sufrieron de un cáncer de mama, algo tan común en las mujeres. Si bien se cuenta con normativa que protegen estos derechos, nada impide que al trabajador no le pueda pasar, de que se lo discrimine por tal patología u no pueda acceder al empleo o continuar desempeñándolo, convirtiéndose en doblemente víctima.

El trabajador es un ser de carne y hueso, que tiene familia, padres, hijos, hermanos, que se enferma, se deprime, se alegra, con todo lo que le ocurre a su alrededor. Es una persona que tiene sentimientos, que sufre, y que puede ser y mostrarse débil, y necesitado, no mereciendo por ello desprecio, sino respeto.

Por ello, como fundamento en su dignidad intrínseca, el trabajador en el caso de saber su predisposición genética, solo aspirara a obtener la misma igualdad de trato dispensada a sus compañeros, en igualdad de condiciones, y de oportunidades para acceder y permanecer en un empleo. Ello no se logra, si es tomada por el empleador como un elemento para despedirlo, o no contratarlo bajo una invocación injustificada o infundada, por desconocimiento, convirtiéndose en una discriminación arbitraria.

Así, por ejemplo, no debemos olvidar la situación de los leprosos en otras épocas, ni los efectos discriminatorios de ciertas enfermedades, como el SIDA años atrás, con la discriminación que sufrían y sufren estos colectivos constituyéndose en un fenómeno de raíces sociales y no un caso de mera desigualdad de trato, concurriendo tanto en las enfermedades como en los gens, desde mi punto de vista, un rasgo en el que el individuo no tiene ninguna posibilidad de elección.

Por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad, de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso decir que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.¹⁸⁸

En esta línea, y para concluir, lo que de alguna manera he intentado contar en este trabajo, es que, con los avances biotecnológicos, pone al descubierto un trabajador “vulnerable”, factor determinante del surgimiento de una modalidad de discriminación, apoyada precisamente en la noción de enfermedad o predisposición a una determinada patología.

11. Bibliografía

Páginas web:

http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/download/551/752

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

188 KAUFMAN, Gustavo A.: (Dignus inter pares). Un análisis comparado del derecho discriminatorio. Abeledo Perrot, p.119.

<http://www.saij.gob.ar/liliana-noem-gonzalez-derechos-conflicto-derecho-salud-trabajador-libertad-contratar-empleador-dacf080012-2008-03/123456789-0abc-defg2100-80fcanirtcod>

<http://www.cecte.gov.ar/pdf/15/>

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200002

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6144010.pdf>

<http://www.saij.gob.ar/liliana-noemi-gonzalez-ambito-intimidad-trabajador-discriminacion-razones-salud-dacf080022-2008-01/123456789-0abc-defg2200-80fcanirtcod>

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142362.pdf>

EL AUGE DE LAS REDES SOCIALES Y LA PROBLEMÁTICA DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

¿En qué medida está permitido la intromisión del empleador en este ámbito? ¿Cuenta el trabajador con libertad para expresarse por medio de sus redes sin temor a que repercuta en el ámbito laboral?

Por Julieta Sol Teloni

Resumen

El auge de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha impactado en todos los ámbitos de la vida del hombre, y el ámbito laboral no es ajeno a esta circunstancia. Se conocen muchas situaciones en las que la intimidad del trabajador se ve claramente vulnerada a raíz de información o elementos extraídos de sus redes sociales por su empleador, llegando incluso a producirse despidos o sanciones.

El surgimiento de las redes sociales vino acompañada de la publicación de la vida íntima y la vida personal, generando que en cualquier momento los actos individuales se puedan convertir en públicos en estas redes, ya sean personales o institucionales, pudiendo generar una vulneración al derecho a la intimidad de la persona en general, y del trabajador en particular.

Esta circunstancia nos ha generado gran inquietud de conocer e investigar cuales son los límites dentro de esta nueva problemática, en qué medida el empleador puede entrometerse en las redes sociales de sus trabajadores sin afectar su derecho a la intimidad y cuáles son las medidas que puede tomar al respecto, cuáles son los márgenes dentro de los cuales esa intromisión del empleador estaría permitida y hasta qué punto los trabajadores tienen libertad de expresarse en sus redes sin el temor de que esto pueda repercutir en su empleo.

En el marco de este trabajo monográfico intentaremos dar respuestas a estas interrogantes, para ello hemos decidido en primer lugar realizar un análisis del derecho a la intimidad en general con todas sus características, para luego pasar al análisis concreto de como este derecho se ve vulnerado por las nuevas formas de comunicación, particularmente en relación al control de las redes sociales por parte del empleador. Para realizar esta tarea recurriremos no solo a las normas jurídicas nacionales e internacionales de protección del derecho a la intimidad considerado un derecho humano fundamental dentro del contexto laboral sino también mediante el estudio y análisis de investigaciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

Sumario

1. Introducción. 2. Vision General del Derecho a la Intimidad. 2.1 Intimidad y Derecho a la Intimidad. 2.2. Derecho a la intimidad del trabajador. 3. Normativa que regula el Derecho a la Intimidad. 3.1 Instrumentos Internacionales que regulan el derecho a la intimidad. 3.2 Normas jurídicas nacionales que regulan el derecho a la intimidad. 3.3 Normativa particular en miras a la protección de la intimidad del trabajador 4. Derecho a la intimidad del trabajador y las nuevas

tecnológicas de la comunicación. 5. El caso particular de datos extraídos de redes sociales. 6. Situaciones hipotéticas de colisiones de derechos a raíz de las redes sociales. 7. Límites a la libertad de expresión del trabajador. Injerencias del empleador en las redes sociales personales. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

Introducción

El derecho a la intimidad está presente en cualquier acto de la vida cotidiana, con el solo hecho de caminar por la calle, ir al cine, asistir a clases, ya estamos exponiendo una parte de nuestra esfera íntima dando lugar a posibles injerencias de la sociedad. Esta circunstancia se ve intensificada con la aparición de las nuevas tecnologías de información y el auge de las redes sociales.

Para comprender como este derecho humano fundamental se ve afectado a raíz de dichas injerencias, en primer lugar, tenemos que analizar y delimitar que se entiende por intimidad y cuál es la normativa al respecto encargada de su protección, para luego pasar al análisis de la situación en la que se encuentra este derecho con el surgimiento de las nuevas tecnologías de comunicación.

Visión general del derecho a la intimidad

Intimidad y derecho a la intimidad.

La doctrina entiende que dentro del término intimidad quedan comprendidos los objetos jurídicos de protección como la libertad de pensar, la elección sexual, la intimidad, la profesión religiosa, política o de costumbres personalísimas, las relaciones personales, la comunicación personal, cuestiones familiares, vida amorosa o afectiva, la propia imagen. En resumen, todo dato o información que la persona quiera reservarse para sí, le produzca o no, violencia o turbación al ser conocido o difundido por otros. Se refiere a todo aquello que forma parte de lo interno o privado; lo que no se desea hacer conocer.¹⁸⁹

La intimidad forma parte del ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Este derecho garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, siempre que esa conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.¹⁹⁰

El ordenamiento jurídico tanto a nivel nacional como internacional da reconocimiento al derecho a la intimidad en miras a la protección de este bien jurídico esencial e inherente a la persona humana que hace a su vida personal.

El derecho a la intimidad se sitúa dentro de los derechos humanos fundamentales y como tales está basado en la dignidad de la persona humana, es universal, inalienable. Se lo clasifica dentro del género de los derechos

189 Arese, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales, Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni, p.254.

190 Rivera, Giatti y Alonso (2007). "La Cuantificación del Daño Moral en los Casos de Lesión al Honor, la Intimidad y la Imagen". *Revista Latinoamericana de Derecho*. pag.379.

humanos individuales en contraposición a los derechos humanos sociales. Es un derecho que hace a la esencia de la persona misma, está relacionado al ámbito de la denominada integridad espiritual o vida personal del sujeto junto con otros derechos como el honor, la imagen y la identidad.

Los derechos personales a la privacidad, género que comprende a este derecho, son atributos de la condición ciudadana que pueden ser ejercidos en todo ámbito, ya sea frente a toda la sociedad en general, como también en el ámbito laboral o empresario en particular.¹⁹¹

Este derecho importa el ejercicio de dos facultades, estas son la de exclusión y de autoconfiguración. La primera posibilita a su titular la atribución de excluir a terceros de la intromisión en aquello que constituye zona nuclear de la personalidad que forma lo privado, lo reservado, lo íntimo, fundamento de la potestad del trabajador de repeler las injerencias que exorbitan el contrato de trabajo. A la vez, esa zona de reserva de la personalidad supone el poder definidor del ámbito protegido de su intimidad, manteniendo con sus propios actos una mayor o menor reserva. El primero es genérico e idéntico en todas las personas mientras que el segundo varía de acuerdo a las circunstancias de cada persona.¹⁹²

Derecho a la intimidad del trabajador.

El trabajo es un ámbito que no es ajeno a la vigencia del derecho a la intimidad, este constituye un atributo de la persona humana del trabajador, y no solo puede ser ejercido, sino que debe ser necesariamente respetado por todos los sujetos con los que el trabajador se relaciona al desempeñar su actividad laboral.

Es esencial diferenciar en el contrato de trabajo, los derechos laborales y los derechos de la persona. Los laborales son aquellos que su realización típica se produce en el seno de la relación de trabajo, mientras que los derechos personales, como el derecho a la intimidad, son derechos que el individuo lleva siempre consigo y que puede ejercitar o reclamar con independencia del ámbito o situación en la que se encuentre.¹⁹³

Es importante destacar que las circunstancias especiales que supone la relación laboral inciden en el derecho a la intimidad del trabajador, ya que concluyen en ella una pluralidad de intereses igualmente relevantes y contrapuestos.¹⁹⁴

Dentro de esta relación encontramos, por un lado, distintas atribuciones o poderes que tiene el empleador y son indispensables para que la empresa pueda cumplir con su finalidad económica, como es el caso del poder de dirección y organización o las facultades disciplinarias que la ley reconoce al empleador. En el otro extremo encontramos los derechos e intereses de los trabajadores,

191 ARESE, C. Ob. Cit, pág. 254

192 Frescotti, Paula Andrea (2020). "Derecho a la intimidad de la persona trabajadora". Córdoba: Documento de clase virtual. Facultad de Derecho UNC. Pag.2

193 Cardona Rubert, María Belen (1998). "El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información Relativa al Trabajador". Ius et Praxis: pag.112.

194 Cardona Rubert, M. Ob. Cit. Pag.111.

también reconocidos y tutelados por la ley. Esta circunstancia genera un cúmulo de facultades, derechos y deberes en cabeza de ambas partes del contrato cuya observancia y ejercicio son esenciales. Los derechos de los trabajadores encuentran un límite en el respeto del interés empresarial y, a su vez, el poder empresario aparece como un poder limitado a la existencia de los derechos de los trabajadores.

La celebración del contrato de trabajo no puede importar, en modo alguno, la privación para una de las partes de sus derechos reconocidos jurídicamente. Sin embargo, advertimos que en el universo de la empresa se despliegan poderes desequilibrados, y si bien no se admite que pueda verse afectado el espacio personal y reservado a la vida privada del trabajador esto muchas veces ocurre, de distintas maneras y en distintas circunstancias.

Las especiales circunstancias del contrato de trabajo imponen una cierta reducción de la intimidad del trabajador por el solo hecho de ingresar a la empresa a prestar tareas, pero estas limitaciones o reducciones en ningún caso podrían implicar medidas incompatibles con la dignidad de la persona del trabajador.

Este derecho debe ser protegido durante toda la vigencia del contrato, tanto desde las tratativas iniciales y el ingreso del trabajador a la sede del empleador como durante el desenvolvimiento y extinción de la relación laboral.

Regulación del derecho a la intimidad

A partir de la reforma Constitucional del año 1994, se otorgó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos de Derechos Humanos expresamente enumerados en el art. 75 inc. 22. Este corpus jurídico pasa a integrar el bloque de constitucionalidad y los derechos que consagra complementan y amplían el elenco de derechos y garantías vigentes en el ordenamiento jurídico.¹⁹⁵

Esta circunstancia constituye un hito fundamental en virtud del cual los derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales se van a proyectar sobre el ámbito del trabajo dependiente. El trabajador se encuentra protegido por estos derechos humanos que penetran las relaciones de trabajo de igual modo que el resto de los ciudadanos que integran la sociedad.

Respecto al derecho a la intimidad podemos mencionar múltiples instrumentos jurídicos internacionales y normas jurídicas nacionales que lo tutelan tanto en forma general como en el ámbito particular del derecho del trabajo.

Instrumentos Internacionales que regulan el derecho a la intimidad

En relación al tema la Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948 establece que: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra y reputación*" (art. 12). Disposiciones similares encontramos en el art 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y en la Declaración Americana de los

195 Frescotti, Paula Andrea. Ob. Cit. Pag: 3.

Derechos y Deberes del Hombre (art. 5) que consagra el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar: “...*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*”¹⁹⁶

Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 11 protege la Honra y de la Dignidad de toda persona, estableciendo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia ni ataques ilegales a su honra y reputación y tiene derecho a la protección contra esos ataques. La Convención Americana ha conferido al derecho a la vida privada rango de libertad constitucionalmente garantizada.

Normas jurídicas nacionales que regulan el derecho a la intimidad

En nuestra Constitución Nacional encontramos receptado este derecho en el art. 19 cuando expresa: “...*las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan la moral y las buenas costumbres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...*”. También en el art. 18 de este cuerpo normativo cuando establece la inviolabilidad del domicilio “...*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...*”.

A su vez, el art 43 de la Constitución Nacional reconoce la acción de amparo contra aquellos actos u omisiones que restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos por este texto legal, tratados o leyes.

Por su parte, la ley 23.592 relativa a los actos discriminatorios protege también este ámbito permitiendo solicitar el cese de las conductas que propendan a su vulneración mediante la discriminación. Es importante analizar su aplicabilidad a las relaciones laborales, se ha expresado que: “...Sostener que la ley 23.592 no resulta aplicable a cuestiones laborales es una expresión antidemocrática y, en sí misma, discriminatoria, en tanto persigue excluir a los trabajadores de los derechos fundamentales de los que sí gozan todos los demás habitantes del país, a la vez que demuestra una forma arcaica y autoritaria de ejercicio del poder que se resiste a la apertura pacífica y democrática que se deben desarrollar las relaciones y convivencias laborales en un estado social de derecho” (CNTrab, Sala IX, 28/04/2014, “L.E.L. c/ GFK Kleiman Sygnos SA s/ acción de amparo” AR/JUR/28057/2014.). Esto se halla afirmado en fallos cimeros de la CSJN como Álvarez c. Cencosud SA. Acción de amparo (fallos 333.2306).¹⁹⁷

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el art. 51 determina la “*inviolabilidad de la persona humana y su derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”, por su parte el art. 52 consagra el derecho del afectado a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. También surge la protección de la vida privada del art. 1770 del mencionado cuerpo normativo que consagra el

196 ARESE, C. Ob. Cit. Pag: 256.

197 Frescotti, P. Ob. Cit. Pag: 4.

deber de reparar y dice *“el que arbitrariamente se entrometa en la vida ajena y publique retratos, difunda correspondencia, mortifique a otros en sus costumbres y sentimientos o perturbe de cualquier modo su intimidad debe ser obligado a cesar en tales actividades si antes no cesaron y a pagar una indemnización que debe fijar el juez de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”*.

Normativa particular en miras a la protección de la intimidad del trabajador

La constitución nacional reconoce la ciudadanía social del trabajador dependiente y esto comprende el aseguramiento de condiciones dignas y equitativas de labor, todo esto esta prescripto en el art 14bis del texto legal, en virtud de esto es importante entender que si bien el objeto del contrato de trabajo es la actividad productiva y creadora que se enajena a favor del empleador, debe desenvolverse sin comprometer la intimidad o privacidad personal del trabajador. Esta circunstancia se relaciona directamente con los limites previstos a la relación de dependencia y al poder de organización y dirección del empleador en los art 64,65 y 66 de la LCT.¹⁹⁸

A su vez este mismo texto legal en su art 73 establece expresamente la prohibición de intromisión en la vida privada de los trabajadores mediante encuestas averiguaciones o indagaciones sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador.

Por su parte, el art. 68 le reconoce al empleador el libre ejercicio de las facultades que la ley de Contrato de Trabajo y la propia Constitución Nacional consagran (ejercer el libre comercio, organizar las formas y las modalidades de la prestación) pero se excluye toda forma de abuso del derecho. Circunstancia que abarca claramente la imposibilidad por parte del empleador de, en el marco del ejercicio de sus poderes y facultades, afectar la intimidad del trabajador.

Derecho a la intimidad del trabajador y las nuevas tecnologías de la comunicación.

Podemos advertir, de acuerdo a lo analizado, que en el marco de la relación laboral no podemos hablar de un derecho incondicionado a la intimidad, las especiales circunstancias del contrato de trabajo dan lugar a una legítima reducción de la zona que compete a la vida privada del trabajador. Esto se da sobre todo en razón del interés de los empleadores de obtener información que les permita una gestión eficiente de su empresa, lo que justificaría la posibilidad de obtener datos de los trabajadores. A lo que se añade, la libre circulación de la información y la libertad informativa que tienen los ciudadanos, que lleva a una colisión con la privacidad y la intimidad de los trabajadores.¹⁹⁹

Toda esta circunstancia se ve maximizada a partir del surgimiento y el avance de la informática, que ha alcanzado todos los ámbitos sociales incluyendo el laboral.

198 ARESE, C. Ob. Cit. Pag: 256.

199 Cardona Rubert, M. Ob. Cit. Pag.115.

La tecnología informática está presente tanto en la producción como en la gestión de la empresa lo que genera una gran transformación en la organización del trabajo. La introducción de la informática en el mundo laboral, conlleva una serie de ventajas organizativas y de gestión, pero al mismo tiempo, supone un riesgo para determinados derechos fundamentales de la persona, en especial para el derecho a la intimidad.

Con la informática se multiplica la capacidad del empleador de acumular información en relación al trabajador. Y el auge de estas tecnologías nos lleva a hablar de una colisión entre el derecho del empleador de libertad informativa (art 17CN) por un lado, y el derecho a la intimidad y vida privada (art 18 y 19 CN) del trabajador, por el otro. Además, a raíz de estas circunstancias, se han generado nuevos espacios donde es difícil establecer el límite entre los derechos y facultades de la empresa y los derechos y facultades del trabajador.²⁰⁰

Todas estas particularidades entorno a la informática y su relación con la vida privada del trabajador nos podría llevar a hablar de una nueva dimensión dentro del derecho a la intimidad, que podríamos denominar el derecho a la intimidad informática del trabajador, que suponga la facultad de este de conocer y de controlar las operaciones que se realicen con sus datos personales.²⁰¹ Podríamos hablar de una autodeterminación informativa de cada sujeto, donde la persona es quien decide cuales son los datos que quiere que se den a conocer y cuáles no, y la posibilidad de brindar su consentimiento a los fines de su manipulación.

La realidad es que este nuevo esquema genera situaciones muy complejas, sobre todo a raíz de la facilidad con la que en la actualidad podemos acceder a una infinidad de información con un solo clic, y por supuesto la posibilidad del empleador de aprovechar esta circunstancia a los fines de recabar información sobre el trabajador, lo que termina repercutiendo en el área laboral.

El caso particular de datos extraídos de redes sociales

Junto con la informática y las nuevas tecnologías de información se dio también el auge de las redes sociales que van a generar una nueva realidad que se traslada al ámbito laboral.

Las redes sociales son un fenómeno cuyo éxito radica en establecer un lugar de encuentro virtual entre los sujetos²⁰², si bien esto supone un gran avance en la comunicación que facilita la vida de personas a lo largo de todo el mundo, no dejan de ser importantes plataformas de intercambio de información que suponen el peligro de intromisiones ajenas a la esfera personal del sujeto, como podría ser el caso del acceso del empleador a la información que el trabajador publica en sus redes.

200 Raso Delgue, Juan (2014). "Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, pag.2.

201 De Vicente Paches, Fernando (1999). "El Derecho a la Intimidad y la Informativa en el ámbito laboral". Revista Iberoamericana de Derecho Informático: pág. 283.

202 APARICIO, Aldana. (2016) "Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales". Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, pag.129.

En cualquier momento los actos individuales pueden convertirse en públicos mediante el uso de redes sociales, dejando expuesto al sujeto a un público ilimitado de personas. En virtud de esta nueva realidad, surge la importancia del titular de las redes de establecer límites al acceso de su perfil, encontramos que hay quienes admiten naturalmente la exposición a través de plataformas como pueden ser Facebook o Instagram, pero hay otros que se oponen a esto y no encuentran un modo eficaz de preservarse, lo que genera una situación muy compleja.

Podemos diferenciar entre información pública, de acceso a todos los sujetos que visiten las redes sociales de la persona, donde se entiende que no caben restricciones porque es el propio titular el que está consintiendo su difusión sin límite alguno, podríamos afirmar que el empleador podría acceder a esta sin problemas, y por el otro lado tenemos la información privada, cuyo acceso está limitado y depende de la voluntad y el consentimiento del titular el hecho de que otros sujetos puedan conocer su contenido.

Sin embargo, las redes sociales no son un fenómeno simple y su contenido no depende únicamente de lo que publique el titular de una eventual cuenta, sino que puede existir información que no dependa de su propia publicación, como es el caso de datos o imágenes publicadas por terceros usuarios, no podemos negar que existen supuestos en los que se puede producir una difusión involuntaria de información que puede deparar consecuencias jurídicas y laborales irremediables.

Un claro ejemplo de la complejidad que suponen las redes sociales es el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “Martínez Leandro Alexis c/ SAV S.A”, en el cual se produjo el despido de un trabajador bajo la justificación de que este había cometido una falta de conducta grave que consistió en la supuesta ingesta de bebidas alcohólicas en horario de trabajo, circunstancia que se dio a conocer a partir de una foto colgada en una cuenta personal de Facebook de otra persona. Si bien la cámara desestimó la existencia de la injuria imputada, el despido ya se había producido.²⁰³

Situaciones hipotéticas de colisiones de derechos a raíz de las redes sociales.

A partir del análisis anterior, propondremos algunas hipótesis entorno a situaciones que pueden presentarse dentro de este ámbito, a los fines de entender como colisionan los distintos derechos y deberes que existen dentro del contrato de trabajo entre el trabajador y empleador, y la dificultad que supone este fenómeno de las redes.

Como se explicó anteriormente, el derecho a la intimidad tiene la característica de que en gran medida depende de lo que su titular decida exponer o resguardar en relación a su vida privada, esto tiene que ver con la facultad de autoconfiguración del sujeto. Así podemos encontrar el supuesto de un trabajador que expone la mayor parte de su vida en forma pública en redes como Facebook, y eventualmente podría publicar fotos o cuestiones que se vinculan a su ámbito laboral. ¿Qué sucedería en ese caso? ¿Cuál sería la posibilidad del

203 ARESE, C. Ob. Cit. Pag.263.

empleador de entrometerse? si bien no existe una regulación específica para resolver casos como este, de lo analizado podríamos afirmar que si en el marco de estas publicaciones de carácter público de alguna forma se afectara o injuriara a la empresa no cabe lugar a dudas que en el marco de las facultades de control y disciplinarias del empleador este podría tomar medidas al respecto según las circunstancias del caso, y sería difícil desde nuestra perspectiva que el trabajador alegare una violación a su intimidad porque al exponerse públicamente de esa manera ese derecho estaría claramente aminorado por su propia voluntad.

Distinto es el caso de aquel sujeto que o bien decide no tener redes sociales o las publicaciones que allí realiza tienen un carácter absolutamente privado, eligiendo resguardar su intimidad, llevando su facultad de autoconfiguración al máximo. Donde entendemos no cabría ningún tipo de intromisión ni medidas por parte del empleador por cuestiones extraídas de redes sociales, los límites a los poderes reconocidos al empleador están dado justamente por el ejercicio de los derechos que le competen al trabajador, y es claro que en este supuesto hay un claro interés en ejercer y proteger su intimidad.

El problema es que entre estos dos supuestos totalmente opuestos, hay un sin número de situaciones de mayor complejidad a analizar, como es el caso de información extraída de redes sociales que llegan al conocimiento del empleador a través de terceras personas y que determinan la aplicación de sanciones, por ejemplo el despido producido por fotos subidas a redes sociales en forma privada, pero que en razón de que un sujeto formaba parte de los seguidores/amigos del trabajador en la red social pudo acceder y de esta forma la información llegó a conocimiento del empleador, o la situación inversa en la que un tercero con perfil público realiza publicaciones donde se ve involucrado el trabajador y esto es advertido por el empleador. En estos casos, pese al intento de resguardar su intimidad el trabajador de todas formas quedaría expuesto. Y no solo hablamos de que esto podría generar despidos, sino también podríamos plantear situaciones de tratos diferenciados o discriminatorios a raíz de información privada del trabajador que llegó a conocimiento del empleador pese a los intentos del primero de resguardarla.

Lo planteado nos lleva a repensar la idea de que el solo hecho de que el sujeto mantenga en privado la información que publica en sus redes personales, estaría libre de injerencias ajenas en su intimidad. Hay muchas otras aristas a tener en cuenta, que nos llevan al planteo de situaciones realmente complejas y de difícil regulación.

A partir de esto nos surge una interrogante, ¿existe realmente libertad de expresión por parte del trabajador en sus redes sin temor a que esto repercuta en su trabajo? ¿No se ve condicionada por la posibilidad de acceso del empleador a estos espacios? ¿Existe autodeterminación informativa del trabajador? Vamos a tratar esta idea a continuación.

Límites a la libertad de expresión del trabajador. Injerencias del empleador en las redes sociales personales.

La libertad de expresión ha sido consagrada como un derecho fundamental que le corresponde al ser humano sólo por el hecho de serlo. Sin embargo,

sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos, normalmente son limitados por el ejercicio de otros derechos.

En relación al trabajador dentro de sus derechos fundamentales se incluye la libertad de expresión, que le permite exteriorizar sus ideas, pensamientos y opiniones sin censura, por cualquier vía y medio, sea en forma presencial o con el uso de los medios informáticos, lo que implica la posibilidad de publicar los contenidos relativos a su esfera íntima o relacionados con terceros, incluyendo su empleador.

La publicación de contenidos por parte del trabajador en principio es autónomo y absolutamente libre. Pero bien sabemos que el hecho del contrato de trabajo somete al trabajador a una relación de subordinación y dependencia frente al empleador, lo que supone un control por parte de este sobre todo en el ámbito laboral pero que puede extenderse más allá si la empresa o actividad económica se viera afectada, a esto se suma el hecho de que las características de las redes sociales y su gran poder de comunicación modificaron el objeto de control del empleador, llegando a incluir los contenidos allí publicados por sus trabajadores.

Cuando el trabajador se vincula a través de un contrato de trabajo compromete su libertad personal en el ámbito laboral, es decir, sacrifica su disponibilidad horaria, parte de su iniciativa profesional sometiéndose a las instrucciones para desarrollar el trabajo en cuanto a lugar, tiempo y modo, y se somete al poder disciplinario del empleador, quien puede sancionar el incumplimiento de las obligaciones laborales, pero esto no se extiende al ámbito estrictamente privado del trabajador.

Pero es importante entender también que un límite concreto a la facultad de control e injerencia de los empleadores en las redes sociales de sus trabajadores, en principio si una persona decide exhibirse a través de redes esta expuesto a la difusión y acceso de esa información, argumento que puede ser utilizado por el empleador para aplicar sanciones valiéndose de datos obtenidos por estas vías.

Consideramos imposible hablar de una verdadera libertad de expresión de los trabajadores en este ámbito a raíz de que no existe manera de asegurarse al cien por ciento que la información publicada no será conocida por el empleador y no le traerá consecuencias en su trabajo. Este derecho fundamental, que a raíz de las redes sociales está directamente relacionado con la intimidad o vida privada del mismo, ya que este publica información en sus redes de carácter personal, está claramente limitado por circunstancias que mencionamos. Y es otra clara demostración de la dificultad que suponen estas redes y como complejizan la relación entre los derechos del trabajador y el empleador.

Conclusión

A los fines de concluir con el trabajo monográfico, reiteramos el hecho de que el fenómeno de la informática en general, y las redes sociales en particular no puede ser dejado de lado a la hora de analizar la relación que existe entre el trabajador y el empleador. Las nuevas circunstancias que se generan entorno a las redes sociales suponen un análisis muy complejo y de muchas variantes que

debemos tener en cuenta para entender cómo funciona y como se desenvuelven las relaciones entre estos dos sujetos.

Una de las interrogantes planteadas al inicio fue la medida en la que la intromisión del empleador en las redes sociales de los trabajadores estaría permitida, y las consecuencias que dicha intromisión podía generar, de lo expuesto concluimos que es claro, porque así lo determina la normativa al respecto, que al empleador se le reconocen facultades de control y dirección sobre sus empleados, y que no podemos hablar de un derecho incondicionado a la intimidad, existe en el marco del contrato de trabajo una legítima reducción de la zona que compete a la vida privada del trabajador. No podemos negar que el empleador estaría facultado para conocer y tomar medidas en el área laboral a partir de información obtenida por redes sociales.

En cuanto los límites al poder empresario sabemos que en ningún caso el ejercicio de las facultades del empleador podría implicar una violación a derechos del trabajador, a la intimidad en este caso. Las circunstancias en las que este poder se ejerce en el ámbito de las redes sociales determinan situaciones confusas y complejas que impiden hablar de límites expuestos y precisos al respecto. Entendemos que, si bien dependerá del caso concreto la mayor o menor posibilidad de inmiscuirse que tiene el empleador, es claro que nuestro ordenamiento protege siempre en primera medida al trabajador, y que por lo tanto siempre deberá analizarse la situación con ese plus de protección, sobre todo teniendo en cuenta la situación de inferioridad o sumisión del trabajador frente al poder del empleador.

Por último, en cuanto a la libertad de expresión del trabajador, no podríamos hablar de un ejercicio libre y autónomo de ese derecho por que como lo expresamos y desde nuestra propia experiencia, el trabajador no está protegido frente a las injerencias del empleador en las redes, nadie asegura al cien por ciento que la información que se publique, aun en forma privada, no llegara a conocimiento de los empleadores y terminara repercutiendo de la manera que sea en el ámbito laboral. Las condiciones económicas y la necesidad del trabajador de contar con recursos para subsistir se van a anteponer a la libertad de expresión, priorizando la conservación del puesto de trabajo. Lo que sin lugar a dudas supone una grave vulneración a un derecho reconocido constitucionalmente.

Es muy difícil pensar en una solución o una regulación específica para resolver los problemas o situaciones complejas generadas en torno al control de las redes sociales, pero no por esto deja de ser necesario. Lo que surge con claridad es que al igual que en otras circunstancias el sujeto que queda mayormente expuesto, indefenso y se verá afectado por consecuencias disvaliosas es el trabajador, por lo que nuestra propuesta al respecto sería entender por un lado la complejidad que suponen las redes sociales y aplicar siempre un criterio flexible a la hora de tomar medidas por parte de los empleadores como también los jueces al resolver los eventuales conflictos que se generasen al respecto.

Bibliografía

ARESE, C. (2014). "Derechos Humanos Laborales, Teoría y Práctica de un nuevo derecho del trabajo". Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.

RIVERA, GIATTI Y ALONSO (2007). "La Cuantificación del Daño Moral en los Casos de Lesión al Honor, la Intimidad y la Imagen". Revista Latinoamericana de Derecho.

FRESCOTTI, Paula Andrea (2020). "Derecho a la intimidad de la persona trabajadora". Córdoba: Documento de clase virtual. Facultad de Derecho UNC.

CARDONA RUBERT, María Belén (1998). "El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información Relativa al Trabajador". Ius et Praxis.

RASO DELGUE, Juan (2014). "Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.

DE VICENTE PACHES, Fernando (1999). "El Derecho a la Intimidad y la Informativa en el ámbito laboral". Revista Iberoamericana de Derecho Informático.

APARICIO, Aldana. (2016) "Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales". Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Convención Americana de los Derechos Humanos (1969).

Constitución Nacional de la República Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

Ley 23.592 Contra Actos Discriminatorios.

Fallo Jurisprudencial: "L.E.L. c/ GFK Kleiman Sygnos SA s/ acción de amparo". Cámara Nacional del Trabajo, Sala IX, 28/04/2014.

Fallo Jurisprudencial: "Martínez Leandro Alexis c/ SAV S.A", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. 10/06/2013.

Trabajo de las mujeres
TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO
Florencia Attwood

Introducción

La no discriminación y la promoción de la igualdad constituyen principios fundamentales que sustentan la labor de la Organización Internacional del Trabajo desde su fundación en 1919.

Todos los trabajadores tienen derecho a un trabajo digno, tanto como quienes trabajan en la economía formal, los que son autónomos, los tienen un empleo eventual y también aquellos que se desempeñan en la economía informal, sea en la prestación de cuidados o en el ámbito de una familia en particular.

Las ideas acerca de una división tradicional entre trabajo remunerado y el trabajo familiar o de cuidados no remunerado, han experimentado profundos cambios (y siguen haciéndolo). El hecho de que el trabajo doméstico no remunerado sea ejercido principalmente por mujeres capta nuestra especial atención y consideración. Corresponde relacionar esto a la división sexual y social del trabajo, esto, lejos de ser un hecho natural, es un hecho socialmente construido que asigna espacios, roles, y prácticas para las mujeres y los hombres.

Hablar de trabajo doméstico importa hablar de un trabajo totalmente desvalorizado e invisibilizado.

En el siguiente trabajo abordo esta problemática vigente desde sus diversas aristas, a saber: precisiones conceptuales, derechos humanos laborales, división sexual, segregación ocupacional, estadísticas y la incidencia del sistema capitalista.

Trabajo: diversas significaciones

El significado del término *trabajo* no es unívoco ni ha permanecido estable a lo largo de la historia, el alcance y el sentido del mismo están condicionados por las representaciones sociales y culturales vigentes en cada momento y cada lugar.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) arroja a la luz esta cuestión, a través de las distintas acepciones que nos ofrece la palabra “trabajar”.

La primera nos remite a un concepto amplio: ocuparse en cualquier actividad física o intelectual.

Las siguientes limitan el significado del término “trabajo” al correlacionarlo de manera directa al concepto de remuneración: tener una ocupación remunerada en una empresa, una institución, etc. Ejercer determinada profesión u oficio.

Por otra parte, nuestra Ley de Contrato de Trabajo (LCT) reza:

Art. 4- Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

En ninguna de las dieciocho acepciones que enuncia la RAE ni en el artículo 4 de LCT se hace alusión de forma explícita al trabajo doméstico, ni a la realización de tareas de cuidado, actividades que son necesarias socialmente y que en el corriente, continúan siendo desempeñadas mayoritariamente por mujeres. Esta dimensión hace que la desigualdad se reproduzca y amplíe.

Lo que se expone responde a una determinada concepción del término, en la que el género es un factor importantísimo. Podemos decir que el género es una circunstancia que impacta en la vida de las personas y en el mundo del trabajo.

Derechos de las mujeres trabajadoras en las normas internacionales

La discriminación basada en el sexo es la forma más primigenia de discriminación y es objeto de atención de la comunidad internacional.

Algunas normas específicas de trabajo son explícitas respecto al género y la igualdad entre hombres y mujeres, tales como:

Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951: se adoptan disposiciones relativas al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958: afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981: se refiere tanto a los hombres como a las mujeres con responsabilidades por lo que respecta a hijos o familiares directos a cargo, y está encaminado a facilitar el empleo de estos trabajadores sin que sean discriminados a raíz de responsabilidades familiares de este tipo.

Declaración de la OIT, 1998: relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

Todos los Convenios, principios y derechos fundamentales guardan estrecha relación con las mujeres trabajadoras; ya que dentro de sus fines encontramos: promover justicia social y el trabajo decente remunerado debidamente. Todos los Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo deben aplicar y promover el principio de la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación, que abarca la igualdad de remuneración para los hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, y la igualdad de oportunidades y trato.

Trabajo doméstico no remunerado

Christine Delphy²⁰⁴ nos dice que es todo trabajo efectuado para otra persona dentro del hogar o de la familia y no pagado. En su visión posee tres características: es gratuito, es trabajo y son servicios prestados a otras personas. Valeria Esquivel²⁰⁵ habla del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado siguiendo la línea conceptual de C. Delphy.

Hace referencia a él como el trabajo que se desempeña dentro de los hogares y que quien ejecuta este trabajo no obtiene remuneración por el mismo. Entiende que:

- es *trabajo* puesto que demanda el tiempo y la energía de la persona que lo realiza.
- es *doméstico* porque se realiza en la esfera de los hogares o de la comunidad, fuera del espacio mercantil.
- es *cuidado* porque consiste en un grupo de actividades que sirve para el bienestar de las personas.
- es *no remunerado* porque emana de las obligaciones sociales o contractuales. Es menester diferenciar cuando estas tareas se tercerizan en una persona o en una institución. En esta situación emerge claramente la existencia de un valor, que al trasladarse el trabajo en otro se manifiesta un precio.

Mary Rosaria Goldsmith Connelly²⁰⁶ lo define como la producción de bienes y servicios para el consumo interno y/o inmediato, que incluye todo lo relativo al cuidado de la ropa, limpieza de la casa, preparación de alimentos y socialización de los niños.

Estos valores de uso contribuyen directamente al mantenimiento y a la reproducción de la vida, y con ella de la capacidad humana para producir.

En este ámbito se pueden distinguir diferentes niveles de actividad reproductiva: niveles de reproducción biológica, reproducción de la fuerza de trabajo y reproducción social, que así clasificados permiten una aproximación más precisa al concepto del trabajo doméstico.

La reproducción biológica posibilita la alimentación, procreación, manutención, cuidado de la salud; desde una perspectiva macro social se refiere a aspectos sociodemográficos de la fecundidad. El nivel de reproducción de la fuerza de trabajo permite y posibilita la reposición cotidiana de los integrantes de una determinada unidad familiar, tareas domésticas de subsistencia. Y el nivel de reproducción social, en el que se reproducen valores, costumbres, hábitos, comprende actividades ligadas a la reposición generacional: tener

204 Socióloga y escritora francesa, teórica del feminismo materialista, pionera de la segunda ola del movimiento feminista en Francia.

205 Economista feminista y Coordinadora de Investigación en Género y Desarrollo en el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social (UNRISD).

206 Doctora en Antropología, con Especialización y Maestría en Estudios de la Mujer.

hijos, cuidarlos, socializarlos; tareas dirigidas a la reproducción del sistema social (Beltrán, 2003).

La OIT en su Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo reconoció que existen muchas formas de actividad humana con valor económico y social que no están todavía reconocidas como trabajo. Incluye en este sentido, las actividades no remuneradas relacionadas con el trabajo doméstico y con el cuidado directo de familiares y terceros.

Se han alcanzado acuerdos a nivel mundial para la redefinición de conceptos estadísticos a fin de incluir las formas de trabajo remuneradas y no remuneradas. En la actualidad existen directrices internacionales²⁰⁷ en las que se reconoce a todo trabajo como actividad productiva y por ende, de valor económico. No obstante, calcular el valor del trabajo no remunerado sigue siendo difícil. Quienes realizan trabajos en el ámbito de la familia y no perciben remuneración, sobre todo las mujeres, constituyen una gran proporción del personal activo en la economía informal.

División sexual y segregación ocupacional

La primera gran división social del trabajo en la historia humana fue la división sexual del trabajo.

La división sexual del trabajo, en términos de opresión jerárquica es anterior a las sociedades divididas en clases, aunque sin lugar a dudas que la aparición de la propiedad privada reforzó y forjó el sistema sexo-género. La familia es el primer agente socializador, es decir, es el primer espacio donde se articula lo individual con lo social a través de la internalización de representaciones, roles y pautas construidos por el conjunto social; también es el primer transmisor y reproductor de las jerarquías sociales, de la autoridad y de la desigualdad

Las sociedades jerárquicas se sostienen sobre la idea de que las labores domésticas constituyen el lugar natural de las mujeres por su relación cercana con la reproducción biológica. Lo cierto de esto es que para la mayoría de las sociedades modernas el trabajo doméstico es considerado como el reino de la feminidad.

Históricamente se ha consolidado una división sexual del trabajo que asigna roles de género: a las mujeres se les destina el trabajo reproductivo²⁰⁸, mientras que el trabajo productivo²⁰⁹ aparece asociado a los varones.

207 Recomendaciones de la Plataforma de Acción de Beijing, ideada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995)

208 También llamado **privado y familiar**, lugar de trabajo no mercantil, sin remuneración económica, relacionado con actividades del ámbito doméstico, de mantenimiento del hogar, de cuidado de personas, que garantiza las condiciones materiales y afectivas para la convivencia y el bienestar de los miembros de un grupo familiar, por lo tanto sin existencia social.

209 También llamado **público**, relacionado con el mercado, con actividades con remuneración económica, con reconocimiento administrativo, legal y social, fuente de poder y prestigio, es decir, dotado de gran visibilidad y existencia social.

En las primeras décadas del siglo XX imperaba la idea de que las mujeres eran más frágiles que los hombres, por lo que se les asignaban determinadas ocupaciones, y otras por tanto les estaban vedadas²¹⁰. Los trabajos asignados a las mujeres se caracterizaban por requerir pocas calificaciones, por ser poco jerarquizados, repetitivos, monótonos, de modalidad part-time y extensivo de los roles domésticos.

La asimetría en la distribución del trabajo es una de las mayores fuentes de la desigualdad entre varones y mujeres. Los quehaceres domésticos como la limpieza de la casa, aseo, arreglo de ropa, preparación y cocción de alimentos, compras para el hogar; los cuidados de las personas miembros del hogar; y el apoyo escolar, recaen de manera asimétrica sobre las mujeres.

Esto último genera que las mujeres dispongan de menos tiempo para desarrollar sus proyectos personales tales como estudiar, capacitarse profesionalmente, obtener un trabajo full time remunerado debidamente²¹¹, escalar en él y en consecuencia obtener puestos jerárquicos²¹².

Esta estructura desigual de oportunidades ocupacionales por sexo da nacimiento al concepto de segregación ocupacional; la misma se genera cuando el acceso a los diferentes status es diferencial para mujeres y hombres que poseen condiciones equivalentes. En este sentido, la construcción sociocultural sexo-género que asignó a la mujer su función madre-esposa concentrando en el hogar su centro primario de actividad, ha determinado no sólo las relaciones jerárquicas dentro del mismo, sino también la proyección de éstas fuera del hogar.

El fenómeno se repite en todos los países y es muy poco visible porque, en mayor o menor medida, todos asumimos que estas tareas son de mujer y que se realizan por amor. La situación va en detrimento también de la realidad de los hombres, ya que ellos sienten la necesidad de conseguir mejores empleos y salarios más altos para ser el principal sustento y proveedor de la familia.

Doble jornada laboral

En pleno siglo XXI, las mujeres enfrentan exclusivamente la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, circunstancia que se traduce en la existencia de las denominadas dobles jornadas, es decir el desempeño de un doble rol: uno tradicional, asociado a lo afectivo, familiar y a las responsabilidades de cuidado; y otro vinculado al trabajo en el ámbito público y al reconocimiento social. La misma es consecuencia de la inequidad en las tareas reproductivas y de cuidados.

Christine Delphy hace alusión de la llamada “doble jornada” como a la

210 en particular, toda actividad que pudiera poner en peligro la salud de la mujer, y en especial, su función reproductiva.

211 Cuando digo “remunerado debidamente” me refiero al derecho de percibir una remuneración igual a la de sus pares varones por la realización de la misma tarea.

212 **Techo de cristal:** barreras invisibles a las que se ven expuestas las mujeres trabajadoras, altamente

distribución del tiempo entre la jornada laboral por la cual se percibe un salario, y el ya mencionado trabajo en el interior del hogar que no cuenta como actividad productiva y pública con valor.

Que las mujeres logren un segundo trabajo, remunerado; no las libera del primero no remunerado. El doble empleo ha supuesto para las mujeres tener incluso menos tiempo y energía, una mujer que trabaje a tiempo completo en casa o fuera de ella, tiene que dedicar horas de trabajo para reproducir su fuerza de trabajo, y ellas conocen la tiranía de este trabajo.

En cuanto a la calidad del empleo de las mujeres, es necesario considerar que en muchos casos la dedicación exclusiva de las mujeres a los servicios de cuidado ha obstaculizado y hasta condicionado su formación profesional; ello implica que, al momento de insertarse al mercado laboral, su menor capacitación le permitirá acceder a empleos de inferior calidad en relación con los hombres²¹³.

En medio de esta coexistencia de tiempos²¹⁴, se encuentra el tema del reparto: reparto del trabajo asalariado entre los ciudadanos y reparto del trabajo no asalariado entre los hombres y las mujeres. Éste es uno de los objetivos del Convenio núm. 156 de la OIT²¹⁵.

Incidencia del capitalismo

El objetivo central de esta sección es el análisis de las relaciones entre el trabajo doméstico no remunerado realizado en el ámbito privado y el capitalismo.

El trabajo doméstico es mucho más que la limpieza de la casa, es servir a los que ganan el salario, es criar y cuidar de los hijos asegurando que éstos actúen futuramente de acuerdo a los mandatos del capitalismo; lisa y llanamente las mujeres a través de él producen el producto máspreciado para el capitalismo: la fuerza de trabajo.

El capitalismo distingue dos grupos: por un lado, los que venden su fuerza de trabajo, el proletariado; por el otro los que poseen los medios de producción, la burguesía. Ahora bien, se diferencia también la producción del hombre, que integra el circuito mercantil, y que tiene valor de uso y de cambio en el mercado, pero a contracara existe una producción que le está subordinada. Se trata del trabajo doméstico gratuito, no integrado formalmente a ese circuito mercantil.

Cuando se habla de producción, generalmente se alude al conjunto de bienes y servicios elaborados por el trabajo humano y que tiene un valor en el mercado, es decir que pueden ser intercambiados por otros bienes y servicios a través del dinero que se paga por ellos y que constituye su precio. La actividad productiva tiene la característica de ser pública, tener un precio medido en dinero, y producir mercancías que tienen un valor mensurable. En este marco se inscribe el concepto tradicional de trabajo, como aquella actividad humana

213 La mayoría de hombres, se han dedicado a lo largo de su vida a su capacitación profesional en lugar de al cuidado de las personas dependientes de la familia.

214 Tiempo de trabajo doméstico y tiempo para las demás actividades fuera de él.

215 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

que produce valores de cambio en la esfera pública.

En cambio, al referirse a la reproducción, no se lo hace únicamente aludiendo al aspecto biológico de la misma, sino al conjunto de actividades que se realizan en el seno del hogar y que incluyen la crianza de los niños, la limpieza, la alimentación de la familia y el apoyo afectivo necesario. El área de la reproducción es pues, principalmente la del trabajo doméstico. Sus características centrales son que se realizan en el ámbito privado²¹⁶, no se considera trabajo propiamente dicho, no es remunerado y es realizado exclusivamente por la mujer. Otra característica comúnmente señalada es la de producir sólo valores de uso, y por lo tanto, bienes sin valor en el mercado. Esta postura es atacada y por ende se sostiene que la reproducción es un valor de cambio diferido porque:

- la mujer realiza la reproducción biológica, es decir, reproduce constantemente la masa general de individuos cuya fuerza de trabajo tendrá un valor en el mercado. Es decir, un valor de cambio que llegará al mercado con trabajo cristalizado²¹⁷.
- la mujer produce los bienes y servicios necesarios (valores de uso) para la cotidiana reproducción de la fuerza de trabajo ya sea del hombre y también de los hijos, como futura fuerza de trabajo.

Marx en *El Capital* analiza el trabajo de las mujeres en el capitalismo, pero solo analiza el trabajo de las mujeres en la gran industria. En el volumen I reconoce que el proceso de reproducción de la fuerza laboral es parte integrante de la producción de valor y de la acumulación capitalista y, piensa, que esa reproducción queda cubierta desde el proceso de producción de las mercancías, es decir, el trabajador gana un salario y con el salario cubre sus necesidades vitales a través de la compra comida, ropa, etc.

No reconoce que el trabajo de reproducción sea necesario para cocinar, limpiar, procrear.

El hecho de que el trabajo reproductivo no esté asalariado le ha otorgado a esta condición socialmente impuesta una apariencia de naturalidad que influye en cualquier cosa que las mujeres hagan (Federici, 2018)

Argentina: aplicación local y estadísticas.

El servicio doméstico fue inicialmente regulado por una norma de nuestro derecho positivo, el Decreto Ley 326/56 (Buenos Aires, 14/01/1956). En su articulado buscó establecer un criterio único en relación a la gratuidad del trabajo doméstico, suponiéndola frente a vínculos afectivos y de estrecha solidaridad. En otras palabras, dicho criterio distinguió el servicio doméstico de otras formas de trabajo doméstico frente a las que no correspondía una remuneración.

216 privado doblemente: porque se realiza en un ámbito privado y porque produce para uso privado.

217 a pesar de no tener relación directa con el capital, contribuye directamente a la creación de la mercancía llamada fuerza de trabajo (procreación y cuidado posterior)

El supuesto de que el trabajo doméstico debía ser gratuito en el marco de ciertas relaciones afectivo-familiares fue utilizado frecuentemente por quienes eran demandados ante distintas instituciones de justicia laboral por derechos derivados de relaciones del servicio doméstico.

En este sentido, la afectividad fue un recurso utilizado para negar derechos a las trabajadoras; de hecho surge claro del art.2 de dicho decreto ley al disponer que no se consideren empleadas en el servicio doméstico las personas emparentadas²¹⁸ con el dueño de casa.

En la actualidad, y más allá de la insuficiencia de políticas públicas que se ocupen de las desigualdades que se desprenden de los servicios de cuidado, es importante resaltar dos situaciones puntuales donde se reconoce la importancia del tema planteado y se adoptan medidas concretas para tratar de paliar esas desigualdades:

Compensación económica en el divorcio²¹⁹: el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora esta figura en el derecho de familia. En la misma se reflexiona y se le otorga valor económico al servicio de cuidado realizado por uno de los cónyuges; más precisamente, el “inciso b” dice que la realización de responsabilidades familiares (crianza, educación y cuidado de niños) configura un parámetro para la fijación judicial de la compensación. En conclusión, la norma reconoce las desigualdades en el mundo laboral y en consecuencia le otorga un significado económico al trabajo doméstico no remunerado ejercido en el hogar durante el matrimonio.

También en el inciso d se considera lo expuesto supra respecto a la capacitación laboral de las mujeres, ya que si la mayor parte del tiempo se vierte en el desarrollo de las tareas domésticas, se torna dificultoso, y hasta imposible, formarse y capacitarse profesionalmente.

Jubilación de amas de casas: una de las consecuencias directas de los servicios de cuidado no remunerados en cabeza de la mujer es la imposibilidad de acceder al sistema de seguridad social cuando ésta llega al fin de su edad productiva. En este contexto, aparecieron en la región algunas políticas destinadas a paliar la realidad adversa de las mujeres que llegan a la tercera edad sin cobertura de la seguridad social: las conocidas moratorias previsionales. Sin adentrarnos demasiado en la regulación específica, las mismas permitieron tanto a mujeres como a hombres, que hayan cumplido la edad requerida²²⁰, regularizar

218 **CNTrab, en pleno, 14/07/70, Plenario nº133, “Vidal, Ana Elisa”:** resuelve que el término “emparentadas” refiere únicamente a ascendientes, descendientes, hermanos y afines en línea recta.

219 **ARTÍCULO 442.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.** A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) **la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;** c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

220 60 años, las mujeres - 65 años, los hombres.

la situación de falta de aportes²²¹ y en consecuencia, acceder a una prestación jubilatoria.

Si bien se estableció indistintamente a favor de hombres y mujeres que encuadren en las supuestas fácticas de la norma (edad y aportes), la realidad dio cuenta de la cantidad de mujeres dedicadas a servicios de cuidado y responsabilidades familiares que accedieron al beneficio jubilatorio. De aquí surge que las moratorias previsionales se identificaran como “jubilaciones de amas de casa”.

Estadísticas INDEC – tercer trimestre año 2013

> Economía del cuidado

La economía del cuidado capta la idea de que el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado produce valor pero es invisible a los cálculos estándar del producto total.

Esto se debe a que la mayoría de los “servicios” de cuidado son producidos fuera del marco de los intercambios del mercado. La monetización del trabajo doméstico y de cuidado, que se lleva a cabo aplicando un “precio de mercado” a las horas de trabajo, hace que este valor en dinero sea comparable con otros agregados monetarios²²². (Esquivel, 2011).

Según un informe elaborado por la Dirección de Estadísticas de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2016 se registraron 3.399 millones de horas dedicadas al trabajo doméstico no remunerado en la Ciudad de Bs As. Si a esas horas se les pone un valor de mercado el mismo equivaldría al 13,4% del PBI de la Ciudad.

>Distribución de TNR en hombres y mujeres

Según la Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo²²³, las mujeres realizan el 76% de las tareas domésticas no remuneradas. Mientras tanto, sólo el 24% de los varones participa en estos trabajos, a los que les dedican un promedio de 3,4 horas semanales.

>Tasa de actividad

Uno de los indicadores en los que es posible identificar el impacto de la asimetría en la distribución de los trabajos no remunerados, es la tasa de participación de las mujeres en el mercado laboral. Al tener una cantidad de tiempo disponible menor, las mujeres participan menos en el mercado de trabajo.

La tasa promedio de la participación de las mujeres en el mercado laboral es de 49,2%, 21 puntos porcentuales más baja que la de los varones

221 no cumplen con los 30 años de aportes que requiere nuestro sistema previsional.

222 **Producto Bruto Interno (PBI):** es una medida del valor de la actividad económica de un país, ella calcula cuál fue la producción en bienes y servicios que se hizo en un periodo de tiempo específico.

223 **EAHU-INDEC, 2013**

(71,2%). Según los datos de la INDEC existen diferencias entre las mismas mujeres, las que cuentan con estudios universitarios completos o incompletos tienen una tasa de actividad de 74.3%, mientras que las que poseen secundario incompleto muestran una participación del 35,9%, y las que poseen estudios secundarios completos 55,1%.

CONCLUSIÓN

A fin de exponer mi postura a la problemática desarrollada, afirmo:

El trabajo doméstico realizado en el ámbito familiar y para las personas vinculadas a él es, sin dudas, una actividad productiva no remunerada; en otras palabras: es trabajo. Si bien la OIT ha realizado sus esfuerzos en calificarlo así, la realidad no acompaña ese proceso, lo que me lleva a decir que no reconocer esas actividades prestadas mayormente por mujeres en el ámbito privado, implica negar sistemáticamente la existencia de un gran sector de la población mundial que efectúa tareas laborativas y no están asalariadas.

Calificar este trabajo como “no remunerado” no equivale a decir “sin valor”; de hecho al tercerizar dichas tareas, a través de un contrato de trabajo, se paga un precio por ello. En definitiva, son actividades que claramente poseen un valor traducible en dinero. En este sentido, asumo que si bien es complejo establecerlo, hacerlo constituye un reto fundamental para reconocer el aporte o contribución económica, ignorada, de las personas que lo realizan.

Es importante desnaturalizar las tareas que le fueron asignadas históricamente por la cultura y la sociedad a las mujeres; a fin de que el abordaje sobre esta situación sea verdaderamente pragmática. Desnaturalizarlas implica un reparto equitativo de las responsabilidades familiares privadas. Insisto, por un lado, en un cambio de conducta, perspectiva y de educación en el lugar socio-familiar para arribar a una interiorización-reproducción del concepto de igualdad entre hombres y mujeres.

Comprender esto permitirá articular los tiempos de tareas domésticas con los demás tiempos sociales. Por el otro, en la existencia de políticas públicas estatales y acciones concretas que rompan con la idea de “lugar natural” de las mujeres en estas categorías laborales.

La igualdad de oportunidades como derecho fundamental reconocido internacionalmente debe tender a esto, es decir, al equilibrio de las responsabilidades que surgen en post de cumplir deberes familiares.

Bibliografía

Beltrán, E. P. (2003). Mujeres, trabajo y relaciones de género. En E. P. Beltrán, *Mujeres y trabajo: cambios impostergables* (pág. 13). Porto Alegre: Veraz Comunicação.

CONICET. (s.f.). *Repositorio Institucional CONICET Digital*. Obtenido de <https://ri.conicet.gov.ar/>

D'Alessandro, M. (2016). *Economía Feminista: Cómo construir una*

sociedad igualitaria (Sin perder el glamour). Buenos Aires: Sudamericana.

Dirección Nacional De Economía, I. y., Secretaría de Política Económica, & Ministerio de Economía Argentina. (s.f.).

Esquivel, V. (2011). *La economía del cuidado en América Latina: poniendo a los cuidados en el centro de la agenda*. Obtenido de America Latina Genera: https://www.americalatinagenera.org/es/documentos/Atando_Cabos.pdf

Federici, S. (2018). *El patriarcado del salario*. Madrid: Traficante de sueños. Ferreiro Díaz, M. (2014). *La revolución laboral de las mujeres: luces y sombras*.

Castellón de la Plana: Universitat Jaume I.

Hacienda, D. G.-M. (2016). *Trabajo no Remunerado de los hogares en la Ciudad de Buenos Aires*. Obtenido de Estadística Ciudad: https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2018/03/ir_2018_1245.pdf

INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos. (s.f.). Obtenido de <https://www.indec.gob.ar/>

Lipszyc, C., Ginés, M., & Belluci, M. (1996). *Desprivatizando lo privado: mujeres y trabajos*. Buenos Aires: Catálogos.

Marchionni, M., Gasparini, L., & Edo, M. (2019). *Brechas de género en América Latina*.

Un estado de situación. Caracas: CAF.

OIT. (s.f.). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

Trabajo, O. I. (2008). *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

UCASAL - Sistema de Bibliotecas. (s.f.). Obtenido de <http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/> Zerga, L. P. (2012, n°29). La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 108-129.

Trabajos citados

Beltrán, E. P. (2003). Mujeres, trabajo y relaciones de género. En E. P. Beltrán, *Mujeres y trabajo: cambios impostergables* (pág. 13). Porto Alegre: Veraz Comunicação.

D'Alessandro, M. (2016). *Economía Feminista: Cómo construir una sociedad igualitaria (Sin perder el glamour)*. Buenos Aires: Sudamericana.

Esquivel, V. (2011). *La economía del cuidado en América Latina: poniendo a los cuidados en el centro de la agenda*. Obtenido de America Latina Genera: https://www.americalatinagenera.org/es/documentos/Atando_Cabos.pdf.

¿EXISTE ACTUALMENTE EN ARGENTINA UNA TENDENCIA A EQUIPARAR LA BRECHA EN LA PARTICIPACIÓN LABORAL FEMENINA? ¿LA CALIDAD DE LOS EMPLEOS A LOS QUE SE ACCEDEN SON LOS MISMOS?

Ignacio Ceballos

Introducción

La protección de la mujer trabajadora en el derecho laboral ha sufrido una gran transformación en el último siglo, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar. Con el presente trabajo deseo contribuir a la comprensión de la protección jurídico-laboral actual de la mujer trabajadora, teniendo en cuenta de los derechos fundamentales de la persona y del deber de respeto a la igual dignidad. La igualdad entre el hombre y la mujer en el marco de la equiparación de oportunidades laborales comprende una larga historia de fenómenos socioculturales, los cuales a veces han logrado quedar plasmados en los ordenamientos jurídicos y a veces no.

Esta igualdad de oportunidades no solo implica las posibilidades de acceso a puestos de trabajo sino que también exige analizar cómo es la calidad de esos puestos de trabajo a los cuales se accede, y esa circunstancia motiva este ensayo.

Para ello es preciso analizar si los cambios primordiales que han logrado los convenios internacionales en las legislaciones nacionales y en la interpretación constitucional de los derechos laborales, han logrado plasmarse en la realidad, todo ello teniendo en cuenta como se desenvuelve la situación es rasgos generales a nivel país, valiéndome para ello principalmente de datos estadísticos oficiales.

Análisis histórico

La mujer ha trabajado con la misma intensidad que el hombre, pero su trabajo históricamente no ha sido valorado porque se ha dado dentro del fenómeno de la subordinación, lo cual no le permitió influir directamente en las grandes decisiones de la historia, por lo que tuvo menos oportunidades de desarrollar y enriquecer su personalidad. El trabajo de la mujer, en el contexto de la comunidad primitiva, fue determinado por el valor del trabajo productivo, que se realizaba colectivamente. Al extinguirse las estructuras comunitarias surgió la organización patriarcal, el trabajo de la mujer se restringió a la elaboración de valores de uso para el hogar y consecuentemente el rol de la mujer quedó fuera del trabajo productivo, siendo invisible su participación económica dentro de la sociedad. En un plano opuesto, el trabajo del hombre ganó vigor, prestigio y solidez y sobre todo debido a la producción de objetos para la comunidad, los cuales fueron destinados a crear riqueza al entrar en el proceso de intercambio. Así las cosas, el hombre se estableció como productor de mercancías, adquiriendo categoría y poder social, en tanto que la mujer se vio expulsada del mundo económico y así fue relegada a un “segundo plano”, en el cual desarrollaba una función económica fundamental, como lo es el de proveer la alimentación, el vestido, la vivienda y la educación de sus hijos, trabajo que consume muchas

horas de desgaste, al cual no se ha dado su valor justo, ya que por llevarlo a cabo, la mujer se vio marginada en la economía de la sociedad y de la historia.

Durante la primera mitad del Siglo XX, la situación de las mujeres trabajadoras argentinas y las problemáticas sobre el trabajo femenino fueron el resultado tanto de la visibilidad que este fue adquiriendo en la sociedad argentina, como de las tensiones que se generaban entre trabajo y función reproductiva, el destino maternal de las mujeres fue construido socialmente asignándole como función social la responsabilidad de conservar, reproducir y mejorar a los habitantes de la Nación. La historia del trabajo femenino asalariado está relacionada con el desarrollo industrial y comercial del país, y también con el denominado mundo privado a causa de la persistencia del trabajo a domicilio y al hecho de que las tareas domésticas remuneradas permanecieron reservadas a las mujeres.

En relación a las condiciones de trabajo, no había diferenciación entre mujeres y varones, la precarización y el deterioro en materia laboral los afectaba por igual. Sin embargo había un contraste en lo referido a las compensaciones salariales. Desde principios del Siglo XX hasta el periodo del peronismo clásico, a igual trabajo las mujeres percibían salarios más bajos que los varones. Este patrón de desigualdad se hizo persistente, y de este modo la división sexual del trabajo se fue naturalizando; estas circunstancias se legitimaron en una ideología de género que atribuyó a la mujer el cuidado de la familia como parte de su función teóricamente “natural” y al varón la responsabilidad de asegurar el bienestar material del hogar.

En lo relativo a los modos de accionar político, la construcción de una conciencia común fortaleció la solidaridad entre las trabajadoras, articulando sus reclamos por la reducción de la jornada laboral, mejoras en las condiciones laborales, incumplimiento de la legislación laboral y reclamos salariales. Cabe destacar que las mujeres se solidarizaron con las huelgas protagonizadas por varones, tales como la gran huelga ferroviaria de 1917, y las huelgas bancarias finalizando la primera mitad del Siglo XX, a favor de un salario digno que permitiera asegurar la supervivencia del hogar trabajador, teniendo en cuenta la dependencia que el presupuesto familiar tuvo de los ingresos de todos los miembros del hogar, y no solo del asalariado varón. No es menor destacar que, el mundo laboral y el de las organizaciones gremiales era y es primordialmente masculino, por lo cual, se fueron consolidando las ideas de subordinación y complementariedad del trabajo femenino. En este sentido, es posible señalar que si bien la categoría de clase es útil para comprender la dinámica social y política argentina, las solidaridades y conflictos que atravesaron al mundo del trabajo en la primera mitad del siglo, una aprehensión más compleja de esto, nos demanda la intersección de tal categoría con la perspectiva de género, porque los conflictos y estuvieron enmarcados por sujetos sexuados.

Actualmente el mercado laboral ofrece a la vista una ostensible división en actividades masculinas y femeninas, a pesar de los cambios producidos últimamente que tienen que ver con lo tecnológico y con las transformaciones en la organización del trabajo y se da de manifiesto que las disparidades de remuneración por razón de género constituyen una de las mayores

manifestaciones de injusticia social de la actualidad, Si bien la brecha salarial entre varones y mujeres se conforma como el indicador más evidente de las desigualdades dentro del mercado laboral, no es el único. Los mayores niveles de desempleo femenino, principalmente entre los segmentos más jóvenes de la población, los límites en el acceso a cargos jerárquicos, y la imposibilidad de formar parte de actividades “masculinizadas”, generan una estructura que construye y reproduce desigualdades.

Es evidente la dificultad de acceder a puestos de responsabilidad y dirección, la amplia presencia de trabajos con baja calificación aun cuando las mujeres en términos generales acreditan mayores niveles de educación formal que los varones, y las cargas de familia y tareas reproductivas que recaen principalmente sobre las mujeres obligándolas a aceptar empleos de tiempo parcial, son algunas de las principales desigualdades que forman parte de las diferencias entre la brecha salarial entre varones y mujeres. En este sentido también hago mención a otros componentes que influyen en la brecha existente entre varones y mujeres, como elementos asociados a la discriminación y la presencia de prácticas sexistas en las relaciones laborales que se invisibilizan cotidianamente.

Sin embargo podemos decir que se observa un proceso de expansión de la fuerza de trabajo femenina, la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo ha aumentado considerablemente en las últimas décadas, y su presencia tiende a ser cada vez más permanente, ya sea encausado por la decisión personal o como resultado de presiones económicas pero del hecho de que algunos puestos de trabajo se hayan feminizado, no podemos concluir que esto signifique todavía un gran aumento de la participación de las mujeres.

La mujer en la época actual. Análisis estadístico Estatal

Para aportar algunos datos esclarecedores que permitan analizar este fenómeno de una manera más palpable, apporto un informe sobre la situación de género del 3er trimestre de 2019 del departamento de Estudios Estadísticos de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), el cual revela que la actual brecha salarial entre el hombre y la mujer es del 20%:

El informe, analiza las variables de exposición a riesgos, cobertura, accidentabilidad y litigiosidad y establece que la participación de hombres y mujeres en el mercado laboral sigue siendo estructuralmente condicionada por el género. Este trabajo confirma que los estereotipos continúan siendo un factor determinante en la división del trabajo y establece que la naturalización de las tareas de cuidado, confección de prendas de vestir, tareas domésticas, los sectores de servicios, principalmente sanidad y educación, son en los que se desempeñan las mujeres. La división entre las actividades masculinizadas, en sectores como la construcción, la minería, las manufacturas, el transporte y el agro permanecen concentrados en los hombres.

Los hombres cobran un salario 20,2% mayor que las mujeres. El salario bruto promedio de trabajadores de unidades productivas es de \$51.203, y el de las trabajadoras de \$42.585. Las explicaciones se encuentran en la concentración

de mujeres en sectores económicos como administración pública, defensa y seguridad social, enseñanza y comercio.

En general, la población de varones es más joven, más heterogénea en su distribución por actividad económica y mantienen esa heterogeneidad a lo largo de todas las edades, lo que no ocurre con las mujeres. Hay 4 actividades que concentran el 58,5% de las trabajadoras. El 29,5% de las mujeres registradas y cubiertas se concentra en administración pública, defensa y seguridad social obligatoria, el 13% en Servicios de hogares privados que contratan servicio doméstico, el 12,4% en Enseñanza y un 3,6% en salud humana y servicios sociales.

En el 3° trimestre de 2019 fallecieron 141 trabajadores por accidentes laborales: 120 hombres (85,1%) y 21 mujeres (14,9%). El 90,5% de los casos mortales de trabajadoras mujeres fue accidentes in itinere, mientras que en la población de hombres el 54,2% fue por accidentes de trabajo, y el 45,0% por accidentes de trayecto.

Se notificaron un total de 17.204 juicios al Registro Nacional de Litigiosidad. En el 79,9% de los casos los demandantes son hombres, y de éstos, prácticamente el 100,0% son trabajadores de unidades productivas. El 29,2% de los expedientes judiciales en los que la demandante es una trabajadora, la contingencia reclamada es por un accidente in itinere, y en el 40,8% de los casos es por accidentes de trabajo. En los hombres las demandas por accidentes de trabajo representan el 53,4% de los juicios, mientras que por accidentes in itinere el 15,5%.

Brechas económicas entre hombres y mujeres

Un informe sobre inclusión financiera realizado en marzo del corriente año 2020 por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) es un buen aporte para visualizar las inequidades existentes y brindar información de las brechas económicas actuales, en este sentido, el estudio se centra en 3 ejes de los cuales concretamente se desprende:

- **Brecha en el mercado laboral:** las mujeres participan de la actividad económica 20% menos que los varones. En Argentina 2 de cada 10 mujeres son titulares de cuentas a sueldos mientras que los varones son 3 de cada 10.
- **Trabajo no remunerado:** la brecha en la distribución del trabajo doméstico es una de las mayores fuentes de desigualdad entre mujeres y varones. Las mujeres dedican más del doble de horas a trabajos no remunerados que los varones.
- **Brecha de ingresos:** la brecha de ingresos entre mujeres y varones es del 27%. La diferencia de ingresos existe a pesar de que las mujeres tienen mayor formación educativa: el 60% de las mujeres tienen educación secundaria o superior en contraposición del 55% en los varones.

Todas estas desigualdades son demostraciones de afectación del desarrollo e independencia económica de las mujeres y por supuesto,

impactan de manera negativa hacia la construcción de una sociedad más equitativa.

Protección de los derechos humanos laborales de la mujer en el bloque de constitucionalidad

La discriminación se encuentra presente en todos los ámbitos de nuestra vida y los espacios laborales, públicos o privados, no son una excepción a ello. Nuestro bloque de constitucionalidad posee la adhesión a una gran gama de convenios internacionales y en este sentido contamos con innumerables cláusulas operativas que tienden a salvaguardar la igualdad laboral entre el hombre y la mujer. La declaración de los derechos humanos no hace distinción sobre hombres y mujeres, sino que trata a los dos por igual, quienes hacemos la diferencias somos nosotros que no ponemos en práctica los derechos que nos corresponden, al contrario seguimos sumisos en nuestras tradiciones como seres humanos y eso hace que la discriminación de la mujer no termine.

La protección de los derechos laborales de la mujer es una obligación por parte del Estado, la cual fue acrecentándose a lo largo de los años, sobre todo a través del art. 16 de nuestra Constitución Nacional y de la incorporación en su art. 75 inc. 22 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros tratados de Derechos Humanos. Si hablamos de la discriminación laboral de género, encontramos afectados derechos fundamentales que se encuentran amparados en la parte dispositiva de nuestra Constitución Nacional, uno es el derecho al trabajo (art. 14 CN), como derecho fundamental e inalienable que se relaciona directamente con el desarrollo individual, y el otro es el derecho a la igualdad, que parte de ofrecer las mismas posibilidad a todos aquellos que se encuentran en iguales condiciones. La vulneración o el menoscabo de cualquiera de ellos, trae aparejada una contradicción con todo el bloque de legalidad y una violación a los Derechos Humanos.

Desde la reforma constitucional de 1994, en el ámbito del derecho público, los órganos del Estado se encuentran obligados a tomar decisiones que garanticen el efectivo goce de tales derechos. Por un lado, los jueces de la Nación deben realizar un doble control en los casos sometidos a su decisión: de constitucionalidad y de convencionalidad; y por otro lado, pesa sobre el Congreso de la Nación la atribución de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de los grupos vulnerados como las mujeres (art. 75 inc.23).

En relación a la posibilidad de que los derechos fundamentales sean exigibles en el marco de las relaciones privadas, considero que eso es absolutamente posible por supuesto más allá de que esto se emplee en la práctica, ya que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha producido una “humanización” del derecho privado, que ha receptado los postulados de las Convenciones Internacionales en materia de grupos vulnerados. Es importante resaltar que el art. 2 de dicho cuerpo normativo que impone interpretar todo el ordenamiento jurídico “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las

leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídico”. Esto implica que el Estado, a través del Poder Judicial tiene el deber de reprochar aquellas relaciones en las que se vulneren derechos inherentes a cualquier ser humano, sea hombre o mujer. Sin embargo es notorio que el gran avance normativo obtenido hasta hoy en todos los ámbitos (internacional, nacional y local) no alcanza para erradicar la discriminación laboral de género. La legislación y las políticas públicas que se han puesto en marcha con la finalidad de respetar los Derechos Humanos de las mujeres son muy alentadoras en el plano formal pero en la realidad constituyen un progreso muy lento hacia la igualdad. Lo llamativo es que son derechos laborales que las mujeres tienen por ley, pero que no siempre se cumplen en el día a día. Los instrumentos internacionales del trabajo son una de las vías principales de acción para promover mejores condiciones laborales y de vida. Dentro de éstos hago mención a alguno de ellos:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

Establece en el art. 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho”, y en el 2.1 establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. A través de esta Declaración, “por consenso entre los estados se establece una nueva construcción normativa donde hombres y mujeres tendrán el mismo rango de sujetos de derecho, al tiempo que los Estados asumen ante la comunidad internacional el compromiso de garantizar la igualdad real y su correlato, consistente en la obligación de adaptar las legislaciones internas, el funcionamiento de los poderes públicos, y la remoción de prácticas culturales y sociales para hacer efectivas las igualdades, debiendo encarar políticas públicas para la inclusión de todos los componentes de la sociedad que se encuentren en situación de desventaja o exclusión”. También es importante destacar el art. 23 que establece el derecho al trabajo, a la libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias, y a un salario igual por igual trabajo.

b) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

En esta convención los Estados parte se obligan a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos. Los suscribientes reconocen que para lograr una igualdad material entre hombres y mujeres es necesario “modificar el papel tradicional” que ellos cumplen en la sociedad y en la familia. “La CEDAW es una convención que tiene como objetivo central reafirmar la dignidad e igualdad de derechos entre hombres y mujeres, reconociendo el estado de mayor vulnerabilidad de estas y por ello la situación de exclusión, menoscabo, limitación, y discriminación de la que son objeto”. Esta convención apunta al compromiso que asumen los Estados de realizar cambios en su legislación, prácticas y políticas públicas con el fin de lograr la mayor paridad

entre hombres y mujeres. El art.11 se refiere a la discriminación en el ámbito laboral, estableciendo que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: el derecho a igual remuneración, impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad; derecho a la seguridad social, entre otras”. Esta convención es primordial porque a partir de la reforma constitucional de 1994 adquirió rango constitucional junto con otros once tratados de derechos humanos, los que fueron incorporados en el art. 75 inc. 22 de nuestra ley fundamental.

c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Esta declaración aprobada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en el año 1948, establece en su art. 14 que “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades de empleo existentes”. Y también instituye la prerrogativa de que todo ser humano perciba una remuneración acorde a su “capacidad y destreza” que le asegure un nivel de vida adecuado para sí y para su familia.

d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA y nuestro país la ratificó en 28 el año 1996 mediante ley N° 24.632. En nuestro sistema jurídico, este instrumento tiene jerarquía superior a las leyes. En esta convención se exhorta a los Estados partes a adoptar políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, modificando su legislación interna, instando la toma de medidas jurídicas respecto de los agresores, y modificando todo tipo de práctica consuetudinaria que tolere la discriminación contra la mujer en cualquiera de sus formas. En su texto hace fundamental hincapié en la importancia de adoptar medidas de prevención y de brindar un efectivo acceso al resarcimiento, de efectuar estadísticas que permitan evaluar las causas y la efectividad de las medidas con que se abordan y de generar campañas de concientización destinadas a contrarrestar prejuicios, costumbres y prácticas que legitimen la violencia contra la mujer. Según el art. 10 de esta convención, los Estados firmantes deben elevar informes periódicos a la Comisión Interamericana de Mujeres, en los cuales aporten datos de las medidas que han adoptado en aras de efectivizar los derechos de las mujeres a vivir una vida sin violencia. “Cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidos en uno o más Estados de la OEA, puede presentar peticiones a la CIDH cuando se hubiere violado la Convención.

e) Convenios de la OIT

Se trata de instrumentos internacionales elaborados en el marco de acción de la Organización Internacional del Trabajo relacionados con esta temática, por ello cito los siguientes:

i. Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100):

Este convenio sancionado en el año 1951, hace énfasis en el principio de la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Para ello establece que deben tomarse criterios objetivos para la evaluación del empleo, esto significa que las diferencias entre las tasas de remuneración, independientemente del sexo, deben resultar de una evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, de modo que no pueden considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración, aunque resulten de un trabajo de igual valor.

ii. Convenio sobre la discriminación (núm. 111):

Firmado en 1958, compromete a los suscribientes a formular y llevar a cabo una política nacional que facilite la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito de formación profesional, de admisión en el empleo, como así también en las condiciones de trabajo. En su primer artículo establece qué debe entenderse como acto discriminatorio en el empleo u ocupación, pudiendo cada Estado miembro ampliar o disminuir esa gama de conductas previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

iii. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (núm. 156):

La finalidad que persigue es la protección del grupo familiar, por ello dispone que los Estados deberán adoptar medidas compatibles con las necesidades de esos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares y el desarrollo de servicios comunitarios, públicos o privados, de asistencia de la infancia y de la familia. El ámbito de aplicación del Convenio se circunscribe a todos los trabajadores limitados por las responsabilidades de familia frente a las posibilidades de prepararse para la actividad económica, y de ingresar, participar y progresar en ella. Otra de las disposiciones trascendentes de este instrumento de la OIT, es la que refiere que la responsabilidad familiar no puede constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

iv. Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 183):

Establecido en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra en el año 2000, este convenio pretende proteger la situación laboral de las mujeres-madres, de tal forma que el trabajo no constituya un impedimento en la formación y atención de la familia,

y viceversa, es decir, que la condición de madre no sea un obstáculo en el desarrollo laboral de las mujeres.

Con ese fundamento se establecen medidas tendientes a la protección de la salud tanto de la madre como del hijo que se materializa en la concesión de licencias tales como: licencias por maternidad, licencias por casos de enfermedad u otras complicaciones que puedan producirse como consecuencia del embarazo o del parto. Por otro lado, se hace referencia al derecho de la mujer a que esas licencias sean pagas y que las prestaciones pecuniarias que reciba en ese concepto sean de una cuantía “que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado”. A su vez se prohíbe a los empleadores despedir mujeres embarazadas o que se encuentren gozando de licencia por maternidad, excepto que el despido no esté relacionado al embarazo, al nacimiento del hijo y sus consecuencias o a la lactancia, cuya prueba incumbe al empleador.

Recomendaciones de la OIT

Estos instrumentos, aunque no resulten obligatorios para los Estados parte, son de trascendental importancia a la hora de poner en práctica los principios sentados en los convenios que nombre anteriormente. A modo de ejemplo las recomendaciones que se destacan son:

- i.Recomendación sobre igualdad de remuneración.
- ii.Recomendación sobre la discriminación.
- iii.Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.
- iv.Recomendación sobre la protección de la maternidad

ÁMBITO EMPRESARIAL

Aporto un informe estadístico realizado el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el cual resulta revelador y muy didáctico, se refiere a la participación en los puestos de decisión según la actividad en período 2017-2018. En el ámbito empresarial existe lo que se denomina “techo de cristal o segregación vertical, lo cual hace alusión a la dificultad actual de las mujeres para acceder a puestos jerárquicos y de mayor responsabilidad y remuneración. Sucede que aún en los casos en que las mujeres acceden a puestos jerárquicos en nuestro país, en general se trata de gerencias con menores remuneraciones, como por ejemplo las de recursos humanos o administración; esto es una gran diferencia en relación a lo que se suscita con los varones, quienes suelen ocupar las gerencias financieras de ventas o productivas, que son mejor remuneradas. Estadísticamente la participación diferenciada entre varones y mujeres en puestos de decisión, según la rama de actividad, nos muestra que en general hay una mayor concentración de varones en puestos directivos y jefaturas intermedias. Esta situación se evidencia en todos los sectores y excepto en los servicios personales y sociales, donde se registra la relación inversa, ya que la dotación de mujeres en este sector es de 65% y la de varones es de un 35%.

CONCLUSIÓN

La existencia y permanencia de brechas salariales inexplicables, o con altos niveles de arbitrariedad, dentro del mercado de trabajo argentino responden en términos generales a distintos tipos de factores que impactan sobre las trabajadoras. En primer lugar, se trata de factores culturales que estigmatizan y subvaloran a amplios sectores de la población. Es manifiesto que existen elementos muy arraigados en la sociedad que obstaculizan o impiden el acceso a empleos mejor remunerados principalmente a mujeres y adultos jóvenes. Si bien lentamente se ha ido equilibrando la balanza en este sentido, todavía existen grandes condicionantes en el aspecto cultural de nuestro país. La brecha económica no se refiere simplemente a las inequidades que pueden existir al comparar los ingresos que recibe una mujer en relación a los del hombre, lo relevante de esto es considerar que de esta circunstancia se desprenden un sin número de consecuencias que afectan el desarrollo personal económico y financiero de la mujer, un ejemplo notorio de esto podría ser la desigualdad en los accesos a créditos que se generan debido a la brecha salarial, es decir, si bien se ha avanzado mucho en cuanto al análisis y la difusión de esta problemática, considero que en general no hay un gran conocimiento por parte de la sociedad de la multiplicidad de consecuencias que generan esta desigualdad porque si bien es más que concluyente que existe una gran disparidad laboral entre el hombre y la mujer en nuestro país, no se puede dejar de lado que de todo ello se desprenden un sin número de afectaciones a los derechos elementales de la persona, resultando disimilitudes en todo los aspectos de la vida, en lo social, lo económico, lo financiero, lo familiar, etc.

Por otro lado, es manifiesto que existe todavía una menor participación de la mujer en la actividad económica o en el mercado laboral. Esta circunstancia se ve agravada ya que las mujeres que si forman parte del mercado laboral, acceden en promedio, a menos puestos jerárquicos y de decisión que el hombre; y en general cuando acceden se trata de puestos con menores remuneraciones; esto se encuentra respaldado estadísticamente.

Considera que la problemática de la brecha salarial y la posibilidad de acceso a la misma calidad de puestos de trabajo entre el hombre y la mujer debe ser contemplada interdisciplinariamente y no sólo en el aspecto normativo, ya que si bien contamos una instrumentos internacionales de derechos humanos laborales a los cuales ha adherido nuestro país y por supuesto contamos con legislación interna, la realidad nos demuestra que el derecho, en general, no ha funcionado a la hora de crear modelos conductuales a favor de la equiparación, es decir, creo que parecería que existe una gran concientización del rol de la mujer no sólo en lo laboral sino en otros aspectos de la vida, sin embargo muchas veces los intereses políticos desvían el tema central y se termina generando una gran confusión en la sociedad porque se priorizan los intereses partidarios o personales.

No está muy clara multiplicidad de efectos concretos de esta disparidad.

Finalmente, enfatizo en que exista una mayor difusión de las consecuencias que se desprenden de la brecha laboral ya que eventualmente esto podría ser una forma de concientización sólida, que haya un verdadero conocimiento de la

situación por parte de la sociedad, que sea el mismo Estado el que se encargue de difundir la gran cantidad de trabajos e informes que elabora al respecto, los cuales a priori no parecen tener una gran llegada en la sociedad. Lo normativo requiere de un conjunto de principios y valores que todavía nuestra sociedad no ha hecho suyos.

BIBLIOGRAFÍA

GRISOLIA, JULIO ARMANDO. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 12ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires; 2007. Págs. 879 a 902.

GRISOLIA, JULIO A.- AHUAD, ERNESTO J. Ley de Contrato de Trabajo Comentada. 4ta. Edición, Editorial Estudio, Buenos Aires; 2012. Págs. 232 a 24

Informe de Inclusión Financiera (IIF), (BCRA), 2019. Encuesta Permanente de hogares, efectuada por el Instituto de Estadísticas y Censos correspondiente al segundo trimestre de 2019, (INDEC).

Informe sobre las mujeres en el mundo del trabajo, realizado por el Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social de la Nación (2017).

Informe del Ministerio Publico Fiscal de la nación sobre brecha salarial, "Desigualdades en el mercado laboral (2017)".

<http://www.bcra.gov.ar/Noticias>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "Aportes para el desarrollo humano en argentina / 2014 género en el trabajo: brechas en el acceso a puestos de decisión".

<http://www.saij.gob.ar/romina-soledad-guadagnoli-desigualdades-genero-como-obstaculo-trabajo-decente-dacf130390-2013-12-09/123456789-0abc-defg0930-31fcanirtcod>.

DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER

Por Pedro S. D. Peralta

Sumario

Introducción. Desarrollo. Discriminación. Discriminación por sexo. Contexto Internacional. Contexto en Argentina. Normativa Internacional. Normativa Argentina. Conclusión. Bibliografía

Introducción

La discriminación de la mujer en el mundo laboral sigue siendo aún un problema en nuestros tiempos. A pesar de la evolución a mejor con el paso de los años, todavía persisten como uno de los grupos más afectados. No hay que olvidar que los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho.

En este trabajo se comienza por determinar a que llamamos discriminación, cuáles son los motivos, haciendo hincapié en la discriminación por el sexo. Seguidamente se define el término sexo. Luego se indica los distintos porcentajes, tanto a nivel mundial como a nivel nacional, referidos a la participación de la mujer en el mundo del trabajo. Por último, se muestra las normas que existen en relación a la protección de la igualdad en el trabajo. Para finalizar se manifiesta una conclusión del tema.

Desarrollo

Discriminación

La discriminación, según el art 1 del Convenio 111 de la OIT²²⁴, comprende:

cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Estas conductas atacan al derecho de la igualdad. Al ser un derecho humano se le atribuye a todo ser humano por el solo hecho de ser personas. La igualdad implica reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y gozan de protección contra aquellos actos discriminatorios que pretendan atacarlos²²⁵.

224 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111
(24/5/2020)

225 <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (24/5/2020)

En el ámbito laboral, los sujetos que se encuentren en igualdad de condiciones deben tener las mismas oportunidades tanto para el acceso al trabajo como para sus beneficios, sin que los motivos mencionados en el párrafo anterior afecten a ello.

Hay que tener en cuenta que no todas las distinciones, exclusiones o preferencias son consideradas discriminatorias. No van a entrar dentro de esta categoría aquellas basadas en calificaciones objetivas que la actividad exija para su cumplimiento.

Discriminación por sexo

Una de las principales formas de discriminación en el trabajo es por razón del sexo. El término sexo, según la OMS, se refiere al conjunto de características biológicas que definen al espectro de humanos como hombres y mujeres.²²⁶ La distinción tiene como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos consagrados por pertenecer a uno u a otro sexo. Las mujeres representan ser el grupo que mayor sufre este tipo de discriminación.

Contexto Internacional

La tasa mundial de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo es del 48,5 %, 26,5 puntos por debajo del hombre. A su vez la tasa de desempleo de las mujeres del 6,0 %, siendo 0,8 puntos más alta que la de los hombres. Además de que las mujeres tienen el doble de posibilidades de trabajar en empresas familiares sin una remuneración. Y por último hay cuatro veces más hombres que mujeres trabajando como empleadores.²²⁷

Contexto en Argentina

En Argentina el 53% de las mujeres está fuera del mercado laboral formal, mientras que los hombres cuentan con el 56% de los empleos en sectores formales. La brecha salarial es de un 27%, perjudicando a las mujeres.²²⁸ El 4,7% de las mujeres ocupa un cargo como directiva o jefe, en el caso de los hombres es del 8,5%. No obstante, esto existe a pesar de que el 60,6% de las mujeres tienen educación secundaria completa o superior, sobrepasando al porcentaje correspondiente de los hombres. En este contexto se crea el fenómeno “techo de cristal”, aquella barrera invisible que impide a las mujeres avanzar laboralmente a pesar de contar con una igual o mayor capacitación que los hombres.²²⁹

226 Organización Mundial de la Salud, *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo [Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach]*, Ginebra, 2018, p. 3. Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf?ua=1>

227 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550/lang-es/index.htm (25/5/2020)

228 <https://www.infobae.com/economia/2018/04/30/desempleo-informalidad-y-desigualdad-la-deuda-del-mercado-laboral-con-las-mujeres/> (25/5/2020)

229 <https://www.ambito.com/ambito-biz/ambito-biz/solo-el-5-las-mujeres-acceden-jefaturas-o-cargos-jerarquicos-n5087914> (25/5/2020)

Normativa Internacional

La OIT para la protección de los derechos de la mujer en el trabajo ha dado pie a distintos acuerdos y declaraciones. El Convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951, va dirigido a la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. La Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975, declara la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadores y trabajadoras y promulga la eliminación de la discriminación contra la mujer que afecte esta igualdad. La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, compromete a los estados miembros a promover los principios y derechos comprendidos dentro de cuatro categorías, siendo una de ellas la eliminación de la discriminación en el empleo.²³⁰²³¹

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, específicamente en el art 7 nos habla sobre igual salario por igual trabajo, que las mujeres deben contar con las mismas condiciones de trabajo que los hombres y que la igualdad de oportunidades también se debe dar a la hora de ser promovidos.²³²

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, tiene por fin las distintas formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes con tal fin y a discutir sobre la discriminación.²³³

Normativa en Argentina

En lo relativo a la discriminación, la Constitución Nacional en el art 16 señala que los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. A su vez, en el art 43, prevé la acción de amparo contra aquellos actos que violen sus derechos constitucionales. El art 75 inc 22 de la misma, se elevan a derechos constitucionales distintos tratados internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc.²³⁴ La Ley de Contrato de Trabajo en el art 17 prohíbe la discriminación por sexo. A su vez, en el art 81 de la misma ley, se indica la igualdad de trato que deben tener los trabajadores por parte del empleador, considerando un trato desigual cuando se funde en razón, entre otros motivos, del sexo del sujeto.²³⁵ La ley 23,592 establece que aquellos impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la

230 <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm> (25/5/2020)

231 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_432225/lang--es/index.htm (25/5/2020)

232 <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (25/5/2020)

233 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (25/5/2020)

234 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (25/5/2020)

235 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (25/5/2020)

Constitución Nacional, estará obligado, a pedido de la víctima, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o dejar de realizarlo y reparar el daño moral y material causado. Aquellos actos que sean discriminatorios en razón del sexo, entre otros motivos, son particularmente considerados.²³⁶

En lo referido a la igualdad de salarios, tanto la Constitución Nacional en su art 14bis, el art 172 de la Ley de Contrato de Trabajo y el art 6 inc c de la ley 26.485 establecen que ante igual tarea se debe igual remuneración. Los convenios colectivos de trabajo también deben cumplir con este principio. Se considera violencia contra la mujer en caso de quebrantar tal derecho²³⁷.

Conclusión

La igualdad entre el hombre y la mujer es un principio fundamental consagrado en distintos documentos. A su vez es tarea de cada Estado concientizar y hacer cumplir este principio en todas las actividades.

No podemos refugiarnos en decir que no existe normativa que proteja y promueva la igualdad. Existe tanto a nivel nacional como internacional. Desafortunadamente, a pesar de existir, el problema está en su efectividad. Si bien cada vez hay un mayor reconocimiento y protección, no podemos decir que hay una igualdad real.

Hay varias formas de poder mejorar esta situación. Entre ellas, fomentar la formación de aquellos que se encarguen del área de recursos humanos para conseguir una selección y contratación lo más objetiva posible; utilizar lenguaje neutro a la hora de realizar las ofertas de trabajo para evitar que el sexo sea un condicionante; la implementación de mecanismos de control para controlar el cumplimiento de los principios y las normas y por último, abandonar las antiguas ideas que conciben a la mujer solo apta para llevar a cabo tareas domésticas o el cuidado de los niños, o que no cuenta con las condiciones físicas o mentales para llevar a cabo ciertas tareas.

La discriminación no va a desaparecer por sí sola, es obligación de todos enfrentarla.

Bibliografía

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111 (24/5/2020)

<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (24/5/2020)

Organización Mundial de la Salud, *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo [Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach]*, Ginebra, 2018, p. 3. Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884->

236 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm> (25/5/2020)

237 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm> (25/5/2020)

[spa.pdf?ua=1](#) (25/5/2020)

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550/lang--es/index.htm (25/5/2020)

<https://www.infobae.com/economia/2018/04/30/desempleo-informalidad-y-desigualdad-la-deuda-del-mercado-laboral-con-las-mujeres/> (25/5/2020)

<https://www.ambito.com/ambito-biz/ambito-biz/solo-el-5-las-mujeres-acceden-jefaturas-o-cargos-jerarquicos-n5087914> (25/5/2020)

<https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm> (25/5/2020)

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_432225/lang--es/index.htm (25/5/2020)

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (25/5/2020)

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (25/5/2020)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (25/5/2020)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (25/5/2020)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm> (25/5/2020)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm> (25/5/2020).

PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL SUPUESTOS DE MOBBING DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Por Camila Soratti

Voces: Protección de las mujeres en la normativa internacional. Supuestos de mobbing desde una perspectiva de género.

Sumario: I.- Introducción. II.- Protección de las mujeres en la normativa internacional. 1.- Organización de las Naciones Unidas (ONU). a.- Declaración Universal de Derechos Humanos. b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. c.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. d. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW. 2.- Organización de los Estados Americanos (OEA). a.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica). b.- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). 3.- Organización Internacional del Trabajo (OIT). a.- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) – C111. b.- Convenio sobre la violencia y el acoso – C190. III.- Supuestos de Mobbing desde una perspectiva de género. 1.- Notas configurativas del Mobbing. 2.- Mobbing desde una perspectiva de género. 3.- Marco normativo referente al mobbing. 4.- Tipos de mobbing y supuestos desde una perspectiva de género. a.- Casos jurisprudenciales. 1) “P. M. A. c/ S. A. L. N. - despido”. 2) “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros - despido”. b.- Tipos de mobbing aplicado a los supuestos. 1) Mobbing horizontal. 2) Mobbing vertical. a) Mobbing vertical ascendente. b) Mobbing vertical descendente. 5.- Propuesta de regulación. a.- Situación normativa. b.- Propuesta. IV.- Conclusión.

I. Introducción

A lo largo de la historia se han visibilizado un sinnúmero de actos de violencia, acoso y discriminación dirigida hacia la mujer en todos los ámbitos de la vida en razón de su sexo y género, esto es, por el mero hecho de ser mujer. Al respecto, muchos han sido los reclamos, huelgas y represiones vividas por las mujeres a los fines de que se le reconozcan los mismos derechos que a los hombres. En la actualidad, si bien la lucha continúa, muchos son los reconocimientos y derechos alcanzados, lo que lleva a preguntarnos, quiénes están detrás de todos estos progresos.

En tal sentido, las organizaciones internacionales a los fines de confrontar las desigualdades extremas culturalmente muy arraigadas en la sociedad, han incorporado regulaciones específicas direccionadas a la mujer en razón de su sexo y género, logrando un gran avance en la protección de derechos fundamentales como la no discriminación, la igualdad y un reconocimiento de la mujer en el ámbito laboral.

Por otra parte, analizamos que, si dicha discriminación es realizada en un

ámbito laboral bajo determinadas notas tipificantes, tales como, la persistencia y permanencia en el tiempo, entre otras, se configura lo que la doctrina llama mobbing. Este acoso laboral, hoy en día, resulta muy latente en el trabajo, ejercido sobre todo hacia las mujeres por su condición de tal.

Por lo que, si bien toda la normativa tanto internacional como nacional, se aplica a estos casos de mobbing, no existe aún una regulación nacional específica del tema.

Bajo esa tesitura, en un primer momento, haremos una mención de las regulaciones internacionales más importantes relativas a la igualdad y no discriminación direccionadas a proteger a la mujer en el trabajo, que marcaron un antes y un después en la historia del reconocimiento de derechos fundamentales.

Seguidamente, como una cuestión más particular, abordaremos el mobbing, qué se entiende por él, la normativa relacionada con el mobbing, los tipos existentes junto con el análisis de dos casos jurisprudenciales y una propuesta de regulación.

Por último, expondremos una conclusión de carácter personal.

II. Protección de las mujeres en la normativa internacional

La historia del mundo nos muestra cómo, desde hace no poco tiempo, la violencia y discriminación dirigida hacia la mujer en razón de su sexo y género se encuentra presente en todos los ámbitos de la vida, y como esta realidad, desató numerosas movilizaciones por parte de la sociedad civil y particularmente de las mujeres, a los fines de luchar por la igualdad y una vida libre de violencia.

Los resultados de todas estas movilizaciones y reclamos, residen en una participación activa de distintas organizaciones internacionales mediante la elaboración de un gran número de regulaciones a los fines de lograr el reconocimiento, visualización y eliminación de la discriminación, violencia y acoso hacia la mujer en todos los espacios de vida, especialmente en el ámbito laboral, contribuyendo así a la plena igualdad entre el hombre y la mujer

En este apartado, analizaremos algunas de las contribuciones más importantes realizadas por diversos organismos internacionales que logran, en su conjunto, un reconocimiento abarcativo de derechos fundamentales y marcan relevantes avances en la historia de esta lucha contra la discriminación, que continua hasta la actualidad.

1. Organización de las Naciones Unidas (ONU)

La ONU, cuyo origen data de fecha 24 de octubre de 1945 con una gran cantidad de Estados miembros en la actualidad, menciona dentro de su Carta numeradas veces el término Derechos Humanos, por lo que, su promoción y protección son objetivos fundamentales y principios rectores de esta Organización. En ese sentido, al establecer sus propósitos en su artículo 1, menciona específicamente el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de sexo.

Asimismo, dentro de la ONU existe una organización especializada, llamada ONU Mujeres, la cual establece que, la violencia contra las mujeres es una violación grave de los derechos humanos, y en tal sentido, se dedica a

promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

En este sentido, a continuación, desarrollaremos diversas regulaciones por parte de la ONU en que ese ha puesto el foco en la mujer, y que resultaron trascendentales en la historia para la protección y reconocimiento de sus derechos fundamentales.

a. Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta declaración se encargó de marcar un antes y un después en la historia de la humanidad, dado a que establece por primera vez los derechos humanos fundamentales que deben ser protegidos en todo el mundo. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

Del análisis de su preámbulo, surge la dignidad y la igualdad como derechos fundamentales de todos los hombres y mujeres, proclamándolos como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben aspirar y promover su reconocimiento, aplicación y respeto mediante la enseñanza y la educación.

En el mismo sentido, la Declaración dentro de su cuerpo de artículos se enfoca en la dignidad y la igualdad como los dos principios fundamentales de la positivización de los derechos humanos. Así, en su artículo primero deja asentado que todos los seres humanos nacen libres e iguales por el simple hecho de ser personas.

Asimismo, destacamos la inclusión del derecho que toda persona tiene a la seguridad social, el derecho colectivo del trabajo y específicamente el derecho a un trabajo en condiciones equitativas, libremente elegido y sin discriminación, plasmado en el artículo 23.

Resulta así un importante acto fundacional en materia de derechos humanos direccionados al ámbito del trabajo, en donde se conciben los derechos laborales como una nueva temática de protección a través de organismos internacionales, normas, principios generales y derechos fundamentales.²³⁸

b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y aprobado por Argentina mediante ley n° 23.313 en 1986.

Dentro de su contenido, tiene un enfoque direccionado a lograr la no discriminación como principio básico para garantizar los Derechos Humanos.

Al respecto, la observación General n° 18 sobre no discriminación en su 37° periodo de sesiones de 1989, hace mención a que, si bien en el Pacto no se define ni se hace alusión a lo que se entiende por el término discriminación, el Comité lo considera como todo acto que por diversos motivos, tales como el sexo, generen desigualdad en los derechos y libertades reconocidas. Así, establece que *“el término discriminación, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición*

238 ARESE, Cesar. “Ciclo de Violencia y Acoso en el mundo del trabajo”. <https://www.youtube.com/watch?v=Sk3TwdIqKg>, 18/05/2020., consultado el 19 de mayo de 2020.

económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”

En tal sentido, se observa que la discriminación es reflejada como un principio básico y elemental al ser abordado por varios artículos del Pacto. Así, resalto específicamente su art. 3, de donde surge explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos proclamados en este apartado.

Por otro lado, el Pacto, en su art. 2 inc.1, obliga no solo a los Estados Parte a respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos por este, sino también que, en el art. 26, prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La entrada en vigor de este Pacto fue el año 1976 y en Argentina fue aprobada mediante [ley 23.313](#) en 1986. Resulta relevante en el desarrollo del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos. En este sentido, los derechos económicos, sociales y culturales aquí enunciados se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, dentro de los cuales se encuentra el derecho al trabajo y sus condiciones equitativas y satisfactorias.

Los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto sin ninguna discriminación por motivos tales como el sexo y en condición de igualdad entre hombres y mujeres. En ese sentido lo establece su art. 2 y 3.

Esta garantía del ejercicio de los derechos en condición de igualdad, se plasma en el ámbito laboral, en su art. 6 al mencionar que se reconoce el derecho a trabajar y a la libertad de elegir el mismo.

En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1989-2004) examinó el segundo informe periódico de la República Argentina, en donde nuestro país, en cumplimiento del Art. 17 del Pacto, esto es, la realización de informes para señalar dificultades que afecten el cumplimiento de Pacto, manifestó que, dentro de sus principales motivos de preocupación, se encuentra la discriminación y desigualdad de la mujer en el ámbito de empleo, expresamente dice: *“17. El Comité observa con inquietud que de hecho se discrimina a la mujer, particularmente en materia de empleo e igualdad de remuneración.”* Al respecto, el Comité realiza sugerencias y recomendaciones, dentro de las cuales, en relación a la preocupación mencionada, establece que se tomen medidas pertinentes a fin de garantizar la finalidad de igualdad entre el hombre y la mujer.

d. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW

Fue adoptada en diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Argentina la aprobó mediante [ley 23.179](#) en 1985. Es considerada como el documento jurídico internacional más importante en la historia de la lucha sobre todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Dentro de los objetivos que se tienen en cuenta para su redacción, encontramos la igualdad entre mujeres y hombres en el goce de todos los derechos, ya que, a través de la máxima participación de la mujer en todas las esferas en igualdad de condiciones con el hombre se logra objetivos esenciales tales como, el alcance del desarrollo pleno de un país, el bienestar del mundo y la paz.

Por otro lado, establece la definición de la discriminación contra la mujer. Entendida como todo acto peyorativo realizado con motivo del sexo, es decir por ser mujer, y que tenga como resultado la vulneración de cualquier derecho. Así lo establece en su artículo 1° *“discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

Asimismo, en el cuerpo de artículos se visibiliza como objetivo principal erradicar la discriminación de la mujer de todos los ámbitos de la vida. En ese sentido, su art. 11 considera al trabajo como un derecho inalienable de todo ser humano, por lo que, establece la obligación por parte de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito del empleo, por razones de matrimonio o maternidad.

Por otra parte, se habla de violencia como una forma de vulnerar la igualdad laboral establecida en el art. 11. En ese sentido lo establece la Recomendación n° 19 en su 11° período de sesiones de 1992: *“La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se las somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.”*

En esa dirección, resulta necesario definir qué se entiende por violencia. Es así que, la Recomendación n° 19, toma la definición de discriminación contra la mujer abordado en el art.1 de esta Convención y aclara que, se entiende por violencia de género como aquella ejercida contra la mujer por ser mujer: *“Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.”* Asimismo, establece que la violencia contra la mujer genera violaciones a derechos fundamentales dentro de los que se encuentra el derecho a condiciones laborales justas y favorables.

Por otro lado, el Comité de la CEDAW, en ocasión de la evaluación del Informe de Seguimiento del Sexto Informe periódico presentado por Argentina en julio de 2010, expresó su preocupación por la desigualdad de la mujer en el ámbito laboral por existencia de una segregación ocupacional y una concentración de las mujeres en empleos poco remunerados, con disparidades salariales entre mujeres y hombres en los sectores público y privado. Ante lo cual, formuló recomendaciones a nuestro país tales como adoptar las medidas necesarias para garantizar una mejor aplicación de su legislación laboral.

2. Organización de los Estados Americanos (OEA)

Fue creada en 1948, con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros paz, justicia y solidaridad, tal como lo estipula el Artículo 1 de la Carta. Asimismo, los Estados parte reafirman derechos fundamentales de la persona humana, dentro de los que se menciona la igualdad sin distinción alguna.

Dentro de los temas que se abordan en la OEA, se hace referencia al trabajo como centro de las preocupaciones económicas, sociales y políticas de la región, por lo que se aspira con las regulaciones a la generación de empleo y a que su acceso sea en condiciones laborales dignas.

Asimismo, cuenta con un departamento de inclusión social, el cual, dentro de sus objetivos prioriza el ejercicio de derechos y de igualdad de género en el diseño e implementación de políticas públicas en materia de inclusión social.

En este sentido, a continuación, desarrollaremos las regulaciones más importantes aportados por la OEA en que donde se puso foco en la mujer.

a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica)

Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en el año [1969](#) en la ciudad de [San José](#) en [Costa Rica](#). Su importancia radica en que, de los artículos que forman este marco jurídico, se hace hincapié en derechos fundamentales a los fines de brindarles una protección jurídica. La presente Declaración conforma la base de promoción y protección de los Derechos Humanos.

Así en su artículo primero, aspira a que los Estados respeten y garanticen los derechos que proclama sin ningún tipo de discriminación, a todas las personas, es decir a todo ser humano sin distinción alguna.

Dentro de los derechos que aborda y en relación con el trabajo, el artículo 6° prohíbe la esclavitud y servidumbre, afirmando que nadie puede ser obligado a realizar un trabajo forzoso *“la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”*. Asimismo, el artículo 24, establece la igualdad ante la ley, en donde todos los seres humanos son iguales ante la ley y por lo tanto tienen derecho a su protección sin ningún tipo de discriminación.

b. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

Fue adoptada en Belém do Pará, Brasil, en 1994, Argentina la incorporó en el año 1996 a través de [la Ley 24.632](#). De su lectura se puede inferir una especial relevancia al proponer, por primera vez, el desarrollo de mecanismos específicos de protección y defensa de los derechos de las mujeres. Esto resulta fundamental para la lucha contra el fenómeno de la violencia dirigida hacia la integridad física, sexual y psicológica de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado, y asimismo para lograr su reivindicación dentro de la sociedad. Es decir que, es un instrumento que, conjuntamente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres, redefine los alcances de la violencia.

En este sentido, formaliza la definición de la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos, la cual es ejercida por cuestión de género, esto es por el mero hecho de ser mujer, en su artículo 1° establece que *“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”* Continúa estableciendo en el art. 2, que esta violencia contra la mujer ya sea física, sexual y psicológica puede tener lugar en dentro de la familia o relaciones intrapersonales, dentro de la comunidad en un lugar de trabajo, como así también por el Estado o sus agentes.

Asimismo, su art. 3 hace una importante mención a un derecho de una vida sin violencia, con un alcance abarcativo de todos los ámbitos, tanto públicos como privados. A su vez, redefine los alcances de la violencia, estableciendo en su artículo 6 que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye, entre otros, *“el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, a ser valorada y educada al margen de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”*

En suma, tal como lo establece el art. 9, se tendrá en cuenta la existencia de alguna situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, de su raza, condición étnica, migrante o refugiada, también cuando sea objeto de violencia por su condición de embarazada, discapacidad, minoría de edad, anciana, o por encontrarse en una situación socioeconómica desfavorable, se vea afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Es decir que, la Convención realizó una regulación de la violencia sobre la mujer muy abarcativa, ya que no solo tuvo en cuenta numerosos alcances, sino que también se deben observar situaciones que pueden dejar a la mujer en una situación de propensión a estos ataques contra sus derechos.

3. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial. Arriba a la convicción de que, la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Su creación se remonta a una época marcada por la explotación de los trabajadores en los países industrializados y a un consecuente surgimiento de una necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por mercados.

En su preámbulo establece como urgente mejorar las condiciones de trabajo que se encuentran en un estado grave de injusticia y privaciones para un gran número de seres humanos, al constituir esto una amenaza para la paz. En el mismo sentido, la Declaración de Filadelfia, destinada a establecer los fines y objetivos de la Organización, menciona que la paz puede lograrse con la justicia social y en tal sentido afirma que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho a un desarrollo en condiciones de libertad, dignidad e igualdad de oportunidades.

Por otra parte, en relación a la protección de la mujer, uno de los temas específicos que aborda este Organismo Internacional es la igualdad de género, considerándola como un derecho humano fundamental, la cual resulta esencial para alcanzar el objetivo mundial de promover oportunidades para que, tanto mujeres como hombres, obtengan un trabajo decente en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Ninguna sociedad está libre de discriminación. Así, la discriminación en el empleo y la ocupación es un fenómeno universal y en permanente evolución. Por lo que, las normas de la OIT sobre la igualdad están dirigidas a aportar herramientas a fin de eliminar la discriminación en todos los aspectos relativos al lugar de trabajo y en la sociedad en general, como así también proporcionar bases sobre las que deben aplicarse las estrategias dominantes en cuestiones de género en el ámbito del trabajo. Mencionaré a continuación algunas de estas regulaciones que resultan de mayor importancia a la temática de género.

a. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) – C111

El presente convenio surge en el año 1958, fue ratificado por Argentina en 1968. La discriminación en materia de empleo y ocupación fue la finalidad de esta regulación.

En tal sentido, el Convenio, comienza por definir la discriminación en su artículo primero, entendiéndose tal como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en diversos motivos tales como el sexo, que genere la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Continúa estableciendo el sentido abarcativo de los términos empleo y ocupación, ya que incluyen desde el acceso a la capacitación y admisión en el empleo hasta las condiciones de trabajo.

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos acerca de la no discriminación y lograr que la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo sea efectiva, obliga a los miembros del Convenio a realizar una política nacional a tal fin, ya que, de forma contraria, la regulación se relegaría a ser un texto sin aplicación práctica y perdería todo su sentido. Así lo establece el art. 2.

Por otra parte, la Recomendación sobre discriminación (empleo y ocupación) - R111, establece determinados principios que deben verse reflejados en la política nacional de los Estados miembros. El primer principio a destacar, es considerar de orden público a la fomentación de la igualdad de oportunidad y trato en lo relativo al empleo y ocupación, excluyéndolo así de la libre disponibilidad de las partes y logrando que sea igual para todos. Seguidamente, cabe destacar que los empleadores no deberán practicar ni tolerar discriminaciones de ningún tipo, en ninguna situación laboral.

b. Convenio sobre la violencia y el acoso – C190

Esta Convención fue convocada en Ginebra el 10 de junio de 2019. Su preámbulo refiere a que, adoptar diversas proposiciones en relación a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo era una cuestión que se encontraba dentro del quinto punto del orden del día de la reunión. Si bien actualmente no cuenta con la ratificación por parte de Argentina, cabe aclarar que esto se debe a que es muy reciente, y en tal sentido, el actual presidente, Alberto Fernández, anunció a

principios de marzo del corriente su intención de enviar al Congreso el proyecto de ley para la ratificación del presente Convenio. De ser así, no sería un aporte menor a nuestro ordenamiento, ya que brinda un marco normativo expreso y amplio sobre la temática.

En este sentido, la violencia laboral se conforma por el acoso sexual, la discriminación y el acoso laboral o mobbing.²³⁹ Es así que, como se puede observar a lo largo del desarrollo del trabajo, la discriminación es el tema en el que se ha puesto foco de regulación por los distintos organismos a los fines de lograr una igualdad. Por lo que este Convenio, tiene una relevante importancia al proporcionarle un marco normativo expreso a la violencia y el acoso laboral.

Dentro del Convenio, el preámbulo reconoce que, la violencia y acoso en el mundo laboral pueden constituir una violación a los derechos humanos como así también una amenaza a la igualdad de oportunidades y afectaciones a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y entorno familiar, resultando esto inaceptables e incompatibles con un trabajo decente.

Sobre estas bases, se aborda el marco normativo con la definición acerca de qué se entiende por la expresión violencia y acoso en el mundo del trabajo. El artículo 1 lo asienta como *“un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y”* ... *“designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.”* Es decir que, de su análisis se desprende que se debe tener en cuenta la existencia de varios factores, tales como el despliegue de determinadas conductas inaceptables realizadas en razón del sexo o género, esto es por su sola condición de ser mujer, en un ámbito laboral, resultando irrelevante el tiempo ya sea una vez o de forma prolongada, que como resultado genere un daño o tenga la potencialidad de generarlo a la persona del trabajador.

En relación al ámbito de aplicación, tal como surge del artículo 2 y 3, está enfocado de manera amplia, generando una protección extensiva a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo independientemente de la situación jurídica de los mismos, ya sea en una relación contractual o autónoma, en todos los sectores ya sea público o privado, de la economía tanto formal como informal y en zonas urbanas o rurales y comprendiendo el mundo del trabajo que ocurre durante, en relación o como resultado del trabajo.

A su vez, a los fines de la protección y prevención, establece obligaciones e impone un programa muy complejo a los Estados miembros. En tal sentido, la Recomendación n°206 de dicho convenio también refuerza el cuidado de una perspectiva de género desde los tribunales en cuanto les requiere una especialización en asuntos de violencia y acoso por razón de género.

239 ARESE, ob. cit.

III. Supuestos de Mobbing desde una perspectiva de género

1. Notas configurativas del Mobbing

La realidad nos muestra que ninguna sociedad está libre de discriminación. En efecto, la discriminación en el empleo es un fenómeno universal, que presentada bajo determinadas características configura lo que desde la doctrina se llama mobbing.

Desde la década pasada, la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a receptar en el país una nueva generación de situaciones nocivas relacionadas con el empleo, que afectaban a la integridad de la persona trabajadora, tanto su salud física como psicológica y sus relaciones con su entorno. En consecuencia, se ha instalado la cuestión del acoso sexual, acoso psicológico, mobbing y violencia laboral, en el empleo como un tema de estudio y de conflictos judiciales. Así, fue como se comenzó a visibilizar, otras formas de daño al trabajador en la empresa, provocadas ya no solo por el trabajo en sí mismo, las máquinas o la organización, sino por las conductas y comportamientos de las personas físicas que forman parte de la empresa y por las que el empleador debe responder.²⁴⁰

Por otra parte, el mobbing, junto con el acoso sexual, la discriminación, forman parte de un concepto amplio de violencia laboral, definida esta última, por la Organización Internacional del Trabajo, como toda acción mediante la cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de esta.

Numerosos han sido los trabajos realizados por la doctrina médica, sociológica, organizacional y jurídica para establecer el concepto de mobbing. En tal sentido, inicialmente este término fue empleado por el etólogo Konrad Lorenz, para describir el comportamiento grupal de los animales. En tal sentido, llamó mobbing a los ataques de un grupo de animales más pequeños que amenazan a un solo animal más grande (Lorenz, 1991). Esto aplicado al ámbito laboral, puede representarse la víctima como este miembro fuerte, y su jefe u otros compañeros del trabajo como aquellos más débiles que producen el ataque en su contra.

Asimismo, el psicólogo Leymann (1996) fue quien introdujo, el término mobbing con un enfoque laboral, definiéndolo como *“terror psicológico en el ámbito laboral consistente en la comunicación hostil y sin ética dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella”*.

A su vez, desde la doctrina se indica que el mobbing *“es la situación en la que una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema sobre un tercero en el lugar de trabajo, en forma sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado. Es una forma de violencia psicológica que tiene por finalidad anular las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus labores, con la motivación última de lograr que la persona termine abandonando su trabajo”*²⁴¹ Es decir que, esta situación no se resume en un único episodio, sino que requiere de una serie de actuaciones

240 MAZA, Miguel Ángel. “El “mobbing”, la violencia laboral y las condiciones dignas de trabajo”, Revista de Derecho Laboral Rubinzal-Culzoni, 2019- C, RC D 2487/2012, p.2 y 3.

241 BADALASSI, Elías N. “La actuación del abogado frente al «mobbing» laboral”, extraído de la página Microjuris, 2018, Cita: MJ-DOC-12366-AR | MJD12366, p.3.

conscientes y hostiles, perdurables en el tiempo y con un objetivo determinado, que es padecido por el trabajador en ejercicio de su función, durante su jornada laboral. Actuaciones que, aisladamente consideradas pueden parecer no tan representativas de una situación de gravedad, pero que, realizadas de forma repetida y tomadas en su conjunto, tiende a menoscabar el ánimo del trabajador produciendo consecuencias graves al atentarse contra su dignidad, integridad física o psíquica, moral o social, así como la personalidad en su faz espiritual, repercutiendo en las relaciones interlaborales y los derechos personalísimos de los trabajadores.

Además, es necesaria la concurrencia de dos partes. El mobber, quien comienza el hostigamiento, una persona con poder, ya sea que directamente ejerza las conductas abusivas, o que permita que personal jerárquico lo haga en relación con sus dependientes, o que promueva y consienta la formación de grupos o “bandos” como forma de control. Por otro lado, la víctima o el afectado, suele ser una persona intelectualmente calificada y psicológicamente sana.²⁴²

A su vez, la motivación última de lograr que la persona termine abandonando su trabajo, puede estar caracterizado por el mobbing estratégico como una forma de despido indirecto, donde es la propia empresa que se vale del acoso laboral como estrategia para provocar las renunciaciones evitando así el pago de las indemnizaciones correspondientes.²⁴³

Por otro lado, las notas tipificantes del mobbing se presentan como conductas que atentan contra la salud, dignidad e integridad moral de la víctima, y también contra los derechos del trabajador. Dentro de estas se encuentran actos tales como, el aislamiento físico del trabajador, hostigamiento, falta de comunicación, otorgamiento de tareas humillantes o de difícil realización, menoscabo de su imagen, cambios constantes de las modalidades de trabajo, acusarlo o imputarlo por hechos ajenos, retarlo públicamente, sabotearlo, molestar e interrumpir su trabajo, ridiculizarlo, agredirlo, impedir que utilice sanitarios, no darle tareas, o las herramientas para su cumplimiento y todo otro comportamiento que importe aislamiento, extrañamiento o desacreditación.²⁴⁴

2.- Mobbing desde una perspectiva de género.

Luego de lo desarrollado acerca de las características del mobbing, nos preguntamos ¿cómo se presentarían estas notas tipificantes del acoso laboral desde una perspectiva de género?

Según la Organización Mundial de la Salud, cuando hablamos de Género, referimos a *“conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres”*. Socialmente, entre las personas de género masculino y femenino, se

242 SUDERA, Alejandro. “El ejercicio de la acción fundada en “mobbing” y su recepción jurisprudencia”, Revista de Derecho Laboral Rubinzal-Culzoni, 2008, Cita: RC D 3889/2012.

243 ASSAD, Sandra M.; COTRERA, Guillermo J.; CONTRERA Ileana. “Mobbing hostigamiento psicológico en el trabajo”, Buenos Aires GOWA digital, 2010. P.53.

244 CALVIMONTE, Beatriz. “La retención de tareas en el derecho del trabajo su procedencia en caso de “mobbing”, Revista de “Derecho Laboral Rubinzal-Culzoni, Cita: RC D 74/2015, Tomo: 2012 1 Derechos y deberes de las partes - I. p.13.

producen diferencias y desigualdades, las cuales provienen de la educación, construcciones culturales de estereotipos, prejuicios y relaciones de poder. Es así que, las mujeres son propensas a ser víctimas de mobbing por el mero hecho de ser mujer y ello puede visualizarse desde la construcción cultural mencionada.

Estamos inmersos en una sociedad en donde se asigna atributos y conductas a las personas según su pertenencia a un género. Así, en la creencia a lo largo de la historia de que, el hombre como sexo fuerte y de poder es quien trabaja, provee el sustento principal y resulta más apto para ocupar los puestos jerárquicos, y que, por el otro lado la mujer haya sido situada en un lugar de subordinación, confinada a un espacio de escasa visibilidad, con un rol de reclusión en el ámbito doméstico, genera que, cuando esta mujer tiene la posibilidad de ascender a un cargo laboral, resulta una amenaza al poder cultural del hombre y esto se visibiliza en la discriminación y acoso existente en el ámbito de trabajo.

En el mismo sentido, la mujer culturalmente carga con el peso de criar a los hijos y muchas veces, esto resulta un inconveniente para la empresa, ya que tener una trabajadora embarazada o con familia, lleva a pensar que, esta no irá tanto a trabajar, comenzará a faltar por el hijo o tendrá problemas de salud y habrá que pagarle la licencia. Por lo que, solventar los gastos de las mujeres les resulta más caro y la presencia de los hijos es considerado un obstáculo. Todo este pensamiento surge a consecuencia de su género, el ser mujer y luego madre.

3.- Marco normativo referente al mobbing

Del desarrollo del presente trabajo, podemos inferir que, la discriminación ejercida contra la mujer ha sido una temática de una regulación muy vasta, completa y abarcativa por los distintos organismos internacionales a través de numerosos convenios, pactos, declaraciones y recomendaciones a los fines de su erradicación y de alcanzar una igualdad entre hombres y mujeres.

Por otro lado, a nivel nacional también se abordó la temática mediante la Constitución Nacional (CN) la cual otorga, con su artículo 75 inc. 22, una jerarquía superior a las leyes a los tratados internacionales de derechos humanos, que tal como surge del primer apartado de la monografía, tienen como objetivo la eliminación de la discriminación. Asimismo, en el art 75 inc. 23 de la CN, radica su importancia en legislar y promover medidas de acción positiva, en particular respecto de las mujeres con fines de garantizar una igualdad real de oportunidades y de lograr *“el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”*. Además, encontramos la ley antidiscriminación n° 23.592 la cual persigue el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la CN.

Desde otro costado, en relación a la normativa del mobbing, si bien en el ámbito internacional y nacional se regula acerca de la discriminación a través de las normativas ya indicadas, cabe mencionar que, a nivel internacional a finales del 2019 se ha realizado un importante paso con el Convenio n°190 de la OIT sobre el acoso y violencia laboral, el cual otorgó, por primera vez, un marco

normativo a esta temática, la cual fue regulada de una manera mucho más amplia. La misma, tal como fue desarrollado con anterioridad, aún no ha sido ratificada por Argentina por ser aún muy reciente, y además, si bien no contamos una regulación específica sobre el acoso laboral a nivel nacional, existe la intención y esperanza de que tal Convenio pase a formar parte de nuestro ordenamiento con una futura ratificación.

Sin embargo, a pesar de esta basta regulación mencionada que apunta a un reconocimiento y respeto por los Derechos Humanos fundamentales de la dignidad e igualdad entre hombres y mujeres, lo cierto es que, en la realidad podemos observar que, la discriminación y el acoso laboral siguen existiendo.

Esto deja en evidencia la necesidad de que el derecho laboral como una rama autónoma del derecho, sea autosuficiente y brinde una respuesta a la concreta problemática del mobbing. En este sentido, resulta relevante que, el Convenio n°190 de la OIT, el cual brinda un concepto de mobbing mucho más amplio que la manejada actualmente por nuestra doctrina, sea ratificado por Argentina a fin de que, con posterioridad se proceda a amoldar dicha normativa internacional en nuestro ordenamiento jurídico interno.

4.- Tipos de mobbing y supuestos desde una perspectiva de género.

A continuación, nos adentraremos en el desarrollo de la clasificación de mobbing y sus consecuentes supuestos desde una perspectiva de género, mencionaremos dos casos de jurisprudencia los cuáles iremos aplicando a cada tipo de acoso laboral.

a.- Casos jurisprudenciales

La motivación en la elección de estos dos casos jurisprudenciales radica en que son una representación clara de cómo la construcción cultural en la sociedad, determina los roles a cumplir por cada sexo, pudiendo acarrear discriminación de género en el ámbito laboral si ese rol no es cumplido. Así, en el caso de P.A.M., trabajadora en un rubro rural, se visibiliza como fue víctima de violencia y acoso laboral por ser considerado este como un lugar más apto para el hombre. Por el otro lado, en el caso de Karina, se manifiesta como la crianza de los hijos es rol que pesa sobre las mujeres y deja en evidencia como el embarazo y los hijos son considerados un obstáculo y un gasto para la empresa.

1) “P. M. A. c/ S. A. L. N. - despido”

El primer caso a analizar, se caratula “P. M. A. c/ S. A. L. N. - despido”, tramitado por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con fecha 18 de febrero de 2013.²⁴⁵ La actora, ingresó a trabajar para el diario L N en el año 1995, en venta telefónica de clasificados. En 2005 fue ascendida a Ejecutiva de Cuentas, mismo año en que sufrió un accidente en la empresa, que le provocó el estallido del bazo y su ulterior extirpación. Luego de varias licencias, se reintegró a trabajar definitivamente a fines del 2005 como Ejecutiva de Cuentas en el Sector Comercial de la empresa, para realizar ventas de avisos notables para el

245 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, “P. M. A. c/ S. A. L. N. - despido”, 18 de febrero de 2013. Extraído de la página Microjuris, Cita: MJ-JU-M-77933-AR | MJJ77933.

Suplemento Campo. Desde 2005 fue víctima de discriminación, acoso laboral y presión dirigida a su desvinculación. Tal es así que en 2008, la empresa propone a todos sus empleados un sistema de retiro voluntario que P. no aceptó. Todos estos hechos desencadenaron que, en 2009, padeciera un ataque de pánico y un posterior cuadro de estrés que la llevó a P. a tomar licencia por enfermedad psiquiátrica, hasta que la empresa decidió su despido sin causa.

Ahora bien, ¿Dónde se visualiza en este caso una situación específica de mobbing por discriminación de género? Encontramos la existencia de una estigmatización cultural que, en el ámbito laboral, asigna roles y jerarquías diferenciadas a hombres y mujeres, toda vez que, la trabajadora P.M.A. (P.), se desempeñaba laboralmente en los negocios de campo, esto es, un espacio de predominio masculino según surge de diversos testimonios y de los mismos hechos, lo que generaba que P. como mujer, resultaba una presencia incómoda e inadecuada al momento de presentarse como la cara visible del negocio en los eventos externos a los que acudía la empresa, sin ponderarse sus aptitudes ni su eficiencia. Así, el Magistrado del “a quo” dijo que la trabajadora P. fue discriminada en el ámbito laboral por el mero hecho de ser mujer, que se le negó por ese motivo un ascenso en el sector de comercialización rural y que además fue víctima de otros actos de violencia laboral provenientes, tanto de su superior jerárquico, como de otros trabajadores funcionalmente pares.

Asimismo, se presentan los requisitos del mobbing atento a que la discriminación y acoso existentes fueron realizados de forma continuada en el tiempo, esto es por cuatro años (desde el 2005 al 2009). En el mismo sentido, este hostigamiento reiterado y permanente generó un daño en la salud de la trabajadora. Al respecto, el juez entendió que, todas estas dolencias tenían una relación causal adecuada con el mobbing que padecía en el lugar de trabajo y que, le produjo un 33% de incapacidad por daño psíquico.

2) “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros - despido”

Por otro lado, el segundo caso de análisis se caratula “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros - despido” tramitados por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 26 de febrero de 2013.²⁴⁶ En el mismo, a través de declaraciones de testigos, se puede deducir que la trabajadora Sablich Kaina Paola, en adelante Karina, prestaba tareas en la sociedad civil Richelet y Richelet, y que durante su embarazo y luego del nacimiento de su hijo fue víctima de maltrato por parte de sus superiores. Esta situación se debió a que, según testigos, a los jefes no les “caía bien” que la trabajadora estuviera embarazada y tuviera problemas con su embarazo.

En este caso, el mobbing se puede visualizar en la agresión y hostigamiento constante que recibía por parte de sus superiores a causa de su embarazo. Tal es así que, cuando ella debía faltar, el jefe Richelet había ordenado al personal no recibir sus certificados a fin de que no pudiera acreditar las inasistencias, entre otras acciones que describiré detalladamente en el tipo de mobbing vertical descendente. Asimismo, la discriminación de género se encuentra presente toda

²⁴⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros - despido”, 26 de febrero de 2013. Extraído de la página Microjuris, Cita: MJ-JU-M-78000-AR | MJJ78000.

vez que la trabajadora Karina es maltratada a causa de las faltas en el trabajo debido a los problemas que tenía a raíz de su embarazo.

A su vez, el caso encuadra dentro de las notas tipificantes del mobbing dado a que, tal como lo menciona un testigo en la causa, la trabajadora fue víctima de acoso laboral durante su embarazo e incluso luego del nacimiento de su hijo, es decir que necesariamente pasaron más de nueve meses, esto es un tiempo prolongado. Además, fue ejercido de manera constante, teniendo como resultado angustia y estrés laboral por parte de Karina, circunstancia que fue puesta en conocimiento del empleador.

b.- Tipos de mobbing aplicado a los supuestos

Expuestos los casos, desarrollaremos a continuación los tipos de mobbing existentes y la relación de cada uno de estos con los actos de acoso, discriminación y violencia que se presentan en los casos jurisprudenciales aludidos.

Al respecto encontramos en la doctrina dos tipos de mobbing, esto es el horizontal y el vertical. Este último se subclasifica en ascendente y descendente. A saber:

1) Mobbing horizontal

Se caracteriza por generarse entre pares, es decir, entre los mismos trabajadores, motivados en ver en la víctima un probable rival laboral con mejores condiciones de ascenso y progreso²⁴⁷. Por lo que, el acoso es llevado a cabo por personas que conforman el grupo laboral de un mismo nivel jerárquico.

En el primer caso aludido de la trabajadora P.M.A., fue víctima de actos de violencia laboral proveniente de trabajadores funcionalmente pares, acreditándose este tipo de mobbing en varias situaciones las cuales han sido acreditadas por el Magistrado del “a quo”. En tal sentido diversos testigos han mencionado que sus colegas varones del sector campo la aislaban, dejaban de lado y se referían peyorativamente a P. en las reuniones. Además, era segregada por sus compañeros de trabajo por el hecho de tener un horario reducido a causa de la enfermedad laboral en la última época de su trabajo. Todos estos hechos eran de conocimiento generalizado por parte de la gente que trabajaba allí, ya que, en comentarios de almuerzo, se decía que a la actora la trataban mal.

De este análisis, las notas tipificantes del mobbing horizontal se presentan en el aislamiento físico, falta de comunicación, mal trato, desprecio y falta de respeto dirigida hacia la trabajadora por parte de sus mismos compañeros de trabajo.

2) Mobbing vertical

Es aquel llevado a cabo entre trabajadores de distintos niveles jerárquicos.²⁴⁸ En este sentido, la víctima y el agresor no son pares. A su vez, esta categoría se subclasifica en ascendente o descendente según sea ejercido por un trabajador de inferior jerarquía hacia un trabajador de puesto superior o viceversa.

247 BUSTAMANTE CASAS, María Cecilia. “El mobbing laboral”, extraído de la página SAIJ: DACC080115, 2018. P.2.

248 BUSTAMANTE, ob. cit.

a) Mobbing vertical ascendente

Se caracteriza por generarse cuando el superior jerárquico se ve agredido por sus subordinados, quienes resisten sus órdenes y métodos con el propósito de alejarlo del mando.²⁴⁹ Por lo que se puede inferir que, una persona que está jerárquicamente en un nivel superior es acosada por otra persona que es jerárquicamente inferior.

Si bien en ninguno de los dos casos expuestos se visualiza este tipo de mobbing vertical ascendente, modificaremos un supuesto del caso de P. M. A. c/ S. A. L. N., a los fines de ejemplificarlo.

Imaginemos que, cuando se produjo una vacante en el puesto de Senior en el sector en que trabajaba P., estando ella calificada para tal cargo, la empresa la nombró y P. pasó a ocupar este cargo de jerarquía superior. Así, atendiendo al contexto real dado en el caso, en cuanto a que para ese rubro se preferían hombres y no mujeres, supongamos que los compañeros de P., que ahora se encontrarían en un cargo inferior, estuvieran en desacuerdo con su asenso debido a que es mujer y a raíz de ello comienzan a desobedecer sus órdenes, ignorarla cuando habla, no responderle, tratarla mal menoscabando su imagen y ridiculizarla con comentarios peyorativos con la finalidad de sabotearla y que deje su cargo de Senior para que sea ocupado por un hombre.

Se podría observar en este supuesto hipotético, como empleados de una jerarquía inferior ejercen acoso laboral sobre su superior por el mero hecho de ser mujer, a los fines de que abandone su puesto de trabajo.

b) Mobbing vertical descendente

La doctrina establece que es producido cuando una persona que se sitúa en una posición más alta en la jerarquía de la empresa acosa a una que está por debajo de ella.²⁵⁰ Es decir que, el empleador o un superior jerárquico lo ejercen contra el trabajador de categoría inferior con la finalidad de lograr que el trabajador se retire de la empresa por resultar su presencia incómoda.

Esto se visualiza en el caso de “P.M.A” en diversas situaciones de acoso, discriminación y violencia ocurridas en la empresa por parte de sus superiores de los que fue víctima. Tal como surge del fallo de Cámara, inicialmente, un testigo mencionó que, la empleadora le hizo cambiar a P. su nombre de pila (M.Á. por R.) cuando entro a trabajar debido a que otra empleada tenía el mismo nombre y sus superiores no quería que hubiera dos personas con el mismo nombre.

Seguidamente, por ser mujer se la excluía sistemáticamente de reuniones y viajes a los eventos Expoagro a pesar de que P. era una de las trabajadoras más destacadas, con un elevado volumen de ventas en el área, pauta que resultaba un parámetro para seleccionar a las personas convocadas a aquellos viajes. Dentro de las justificaciones de esta exclusión en los viajes, un testigo mencionó que P. al ser mujer, generaba un costo mayor para la empresa, porque el resto del equipo de hombres compartía habitaciones y para ella había que contratar una habitación especial.

249 BUSTAMANTE, ob. cit.

250 BUSTAMANTE, ob. cit.

Asimismo, cuando se produjo una vacante en el puesto de Senior en el sector en que trabajaba P., y pese a estar calificada para tal cargo, la empresa nombró a un trabajador varón llevado de afuera, sin trayectoria en la empresa, a quien P. debió capacitar. Las motivaciones de la elección de esta persona y no de P. se debió a que para ese rubro se prefieren hombres incluso cuando estos resultan menos capacitados. En tal sentido, un testigo dijo que, en ese grupo y para ese mercado, preferían hombres, es por eso que P. no ocupó el cargo de Senior, pero si capacitó a la persona que ingresó.

Por último, a pesar de que hacía las mismas tareas y actividades que las restantes personas del plantel, no se le asignaba una categoría laboral y salario equivalente.

Es decir que, se le ejercía a P. una presión especial por parte de sus superiores jerárquicos para que aceptara el retiro voluntario ofrecido en 2008. Presión fundada en la existencia de una política en el área comercial relacionada con el rechazo de empleadas mujeres.

Lo dicho esclarece el aislamiento físico, hostigamiento, falta de comunicación, otorgamiento de tareas humillantes, menoscabo de su imagen, agresión y exclusión ejercido por las autoridades de la empresa hacia la trabajadora, de manera permanente y prolongada, configurando las notas tipificantes del mobbing vertical descendente.

Por otro lado, también se presenta este tipo de mobbing en el caso de “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros”. Acreditado en el caso por los testimonios de compañeros de Karina.

En tal sentido, la testigo María Gabriela Calvete, compañera de trabajo de Karina, aseguró haber visto a la actora angustiada por el maltrato cotidiano ejercido por los jefes Richelet durante su embarazo y que luego del nacimiento de su hijo empeoró. Los malos tratos por parte de los Richelet consistían en hablarle mal, despreciativamente, no la miraban a los ojos o no la saludaban, le gritaban, acentuándose la mala relación laboral cuando la hacían sentir mal a Karina por no asistir a trabajar debido a que su hijo tenía algún problema. Asimismo, detalla expresamente un ejemplo de la actitud tomada por el jefe hacia Karina: *“una vez se aproximó sobre el escritorio, se acercó a su cara y le dijo que si seguía perdiendo el tiempo con la computadora se la iba a partir en la cabeza.”*

De igual manera, la testigo Alicia Aquino también compañera de trabajo describió que la situación laboral con Karina y los jefes era muy tensa debido a que estaba embarazada y no les “caía bien” a los jefes que ella faltara por problemas durante su embarazo. Asimismo, la testigo recibió órdenes por parte sus jefes, Daniel y Ricardo Richelet, de no recibir los certificados médicos que llevara Karina para justificar sus inasistencias.

Expuesto esto, resulta clara la existencia de un mobbing vertical descendente por parte de los jefes Daniel y Ricardo Richelet sobre la trabajadora Karina, mediante conductas agresivas, maltrato verbal y despreciativo generando en ella angustia y stress laboral, justificando así el despido indirecto.

5.- Propuesta de regulación

a.- Situación normativa

A los fines de realizar una propuesta de regulación sobre el mobbing para la presente monografía y lograr así un aporte innovador en el mismo, es necesario previamente tener en cuenta varios aspectos.

Por un lado, lo desarrollado en el marco normativo del mobbing en cuanto a que, actualmente Argentina no ha ratificado aún el Convenio n° 190 de la OIT, el cual brinda un concepto amplio del acoso laboral y que, tampoco encontramos a nivel nacional una regulación específica sobre este tema.

Por otro lado, atendiendo a la gran cantidad de regulación internacional que ha puesto foco en erradicar la discriminación dirigida hacia la mujer, y observando por otra parte que en el análisis de los casos jurisprudenciales, el acoso laboral en razón del género sigue presentándose en nuestros días, podemos arribar a la idea de que, nos encontramos frente a la existencia de una discriminación social, esto significa que, a pesar de tantas regulaciones, los actos discriminatorios se siguen presentando debido a que históricamente se encuentran enraizados en nuestra cultura.

Consecuentemente, resultaría de primordial necesidad que, en un primer momento Argentina ratifique el Convenio n°190 de la OIT a fin de que con posterioridad sea amoldada esa regulación internacional a una regulación nacional que aborde específicamente el mobbing y que, además estas normas sean acompañadas por la puesta en práctica, mediante trabajos y políticas públicas de educación cultural durante toda la vida de una persona y desde todos los ámbitos, sobre todo en el laboral. Solo así llegará el momento en que esas generaciones que han sido enseñadas e informadas sobre la violencia laboral, puedan aportar al mundo un lugar más equitativo y respetuoso de los Derechos Humanos acorde a lo regulado.

Asimismo, otro punto a tener en cuenta a fin de la erradicación del acoso, es la utilización de la palabra género en las regulaciones. En este sentido, si observamos todas las normativas desarrolladas, podemos advertir que son pocas las que han introducido en su redacción la palabra género y en su mayoría se utiliza solamente la expresión sexo. Esto tiene importancia ya que, la palabra sexo hace referencia al varón o mujer según su condición biológica, es decir si desde su nacimiento posee órganos femeninos o masculinos. Por el contrario, al hablar de género, nos estamos remitiendo a una relación entre varones y mujeres que es construida social y culturalmente, por lo que, al ser un concepto cultural e histórico, es más abarcativo, permite que haya transformaciones posibles y se pueda eliminar toda discriminación contra la mujer.²⁵¹ Consecuentemente, resulta relevante que en la positivización del acoso laboral se utilice conjuntamente la palabra sexo y género.

b.- Propuesta

La modificación propuesta se basa en el art. 17 y 246 de la Ley de Contrato

251 FAUR, Eleonor. "¿De qué hablamos cuando hablamos de género?", Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de Argentina, Compendio normativo y teórico, Talleres sobre perspectiva de género, trata de personas y explotación sexual, Primer módulo: perspectiva de género. p.45.

de Trabajo n° 20.744 (LCT).

Al respecto, atento a que la LCT regula las relaciones laborales privadas, tomamos en cuenta el art. 3 de la Convención de Belén do Pará respecto a que, tanto en el ámbito público como privado, la mujer tiene derecho a una vida libre de violencia.

Por otra parte, para la modificación del art. 17 de la LCT, tenemos en cuenta la mención realizada por el art. 75 inc.23 de la CN en cuanto establece que, se debe legislar y promover medidas de acción positiva, en particular respecto de las mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real de oportunidades. Asimismo, tomamos en cuenta el concepto amplio de mobbing brindado por el Convenio n° 190 de la OIT y recordamos la necesidad de mencionar la palabra género en la regulación a fin de que sea más abarcativo el concepto de mujer no solo por su sexo biológico sino también por las construcciones culturales de esta. En este sentido, la propuesta es la siguiente:

Art. 17. — Prohibición de hacer discriminaciones.

Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, género, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

A sus efectos, se establece la obligación de que todos los sujetos de trabajo establecidos en esta ley sean capacitados una vez al año en la temática de género y violencia contra las mujeres.

Art. 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.

Art 17 ter. — Para esta ley se considera discriminación y se denominará acoso laboral, a todos aquellos comportamientos y prácticas inaceptables o la amenaza de los mismos, sin importar su denominación, ejercidos una sola vez o de forma reiterada en el tiempo sobre un trabajador en el ejercicio de sus funciones y en el ámbito laboral, por parte de un superior, inferior o compañero de trabajo, con la finalidad de causarle un daño y con la motivación última de lograr que el trabajador termine abandonando su puesto o trabajo.

Por otra parte, la modificación del art. 246, está dirigida al fin de adaptar el acoso laboral, definido en el art. 17 ter, a la indemnización agravada prevista por el despido indirecto a los fines de evitar el mobbing estratégico, en donde es la propia empresa que se vale del acoso laboral como estrategia para provocar las renunciaciones evitando así el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Art. 246. —Despido indirecto.

Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245.

Se presume a los efectos de esta ley que hay justa causa cuando mediere la discriminación y el acoso laboral establecido en el art. 17 ter.

Asimismo, se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador fue despedido sin justa causa, cuando fuese dispuesto dentro de los 12 meses

posteriores al comunicado del trabajador de ser víctima de acoso laboral en los términos del art. 17 ter.

V.- Conclusión

Del abordaje de la presente monografía, podemos inferir que, a lo largo de la historia muchos han sido y aún son los actos de violencia, acoso y discriminación dirigidos hacia la mujer en todos los ámbitos de la vida en razón de su sexo y género, y a su vez, muchas son las regulaciones internacionales existentes que han reconocido derechos fundamentales con el fin de lograr una igualdad entre el hombre y la mujer y erradicar así la discriminación en todas sus formas.

Por otro lado, en relación al acoso laboral, nuestro país si bien cuenta con un gran aporte por parte de la doctrina y jurisprudencia, no tiene una normativa nacional que regule específicamente al mobbing. En este sentido, internacionalmente encontramos el reciente Convenio n° 190 de la OIT sobre la violencia y acoso, que aporta por primera vez un marco normativo expreso y amplio sobre esta temática, el cual al día de la fecha no ha sido ratificado por Argentina.

Frente a esta realidad, tal como se evidencia en los casos jurisprudenciales analizados, ante situaciones en las que se presenta el acoso laboral, se recurre a la normativa nacional e internacional que regula la discriminación de forma amplia. Pero esta remisión no resulta acorde a la idea de que el derecho laboral es una rama autónoma del mismo, y como tal, resulta necesario que sea autosuficiente y capaz de brindar una respuesta a la problemática del mobbing. Es por tal motivo que en la monografía se propone además de la ratificación del Convenio n° 190 de la OIT, una modificación de dos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo a fin de que nacionalmente se regule al acoso.

Por último, atento a que la discriminación, acoso y violencia que se encuentran históricamente enraizadas en la cultura social, resulta necesario que toda regulación deba acompañarse de una puesta en práctica y una capacitación laboral en la temática a los fines lograr su erradicación cultural.

Bibliografía

ARESE, Cesar. "Ciclo de Violencia y Acoso en el mundo del trabajo". <https://www.youtube.com/watch?v=Sk3TwdlgKg>, 18/05/2020.

ASSAD, Sandra M.; COTRERA, Guillermo J.; CONTRERA Ileana. "Mobbing hostigamiento psicológico en el trabajo", Buenos Aires GOWA digital, 2010.

BADALASSI, Elías N. "La actuación del abogado frente al «mobbing» laboral", Microjuris, 2018.

BUSTAMANTE CASAS, María Cecilia. "El mobbing laboral", SAIJ, 2018.

CALVIMONTE, Beatriz. "La retención de tareas en el derecho del trabajo su procedencia en caso de "mobbing", Rubinzal-Culzoni, 2012.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "P. M. A. c/ S. A. L. N. - despido", 18 de febrero de 2013, Microjuris.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, “Sablich Kaina Paola c/ Richelet y Richelet Soc. Civil y otros - despido”, 26 de febrero de 2013, Microjuris.

FAUR, Eleonor. “¿De qué hablamos cuando hablamos de género?”, Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de Argentina.

MAZA, Miguel Ángel. “El “mobbing”, la violencia laboral y las condiciones dignas de trabajo”, Rubinzal-Culzoni, 2019.

SUDERA, Alejandro. “El ejercicio de la acción fundada en “mobbing” y su recepción jurisprudencia”l, Rubinzal-Culzoni, 2008.

EL ROL DE LA MUJER TRABAJADORA EN EL CONTEXTO DE LA INDUSTRIALIZACIÓN DE FINES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX EN EUROPA. ¿ERA POSIBLE EJERCER UN DERECHO DE PROTESTA EN ESE CONTEXTO? ¿CÓMO SE ABORDÓ DESDE LA NORMATIVA INTERNACIONAL LOS DERECHOS DE LA MUJER TRABAJADORA?, ¿HUBO, A POSTERIORI, UN RECONOCIMIENTO AL GRUPO COLECTIVO DE MUJERES?

Por Victoria Sosa

Sumario. Introducción. Propósitos. Planteo de hipótesis. Desarrollo: contexto de la industrialización. Hacia una organización de mujeres. Reconocimiento de la mujer trabajadora convenios OIT. Conclusiones finales. Bibliografía.

Introducción

Este trabajo tiene como propósito dar respuesta a ciertos interrogantes que a lo largo de mi carrera como estudiante de Derecho y apasionada del Derecho del Trabajo he ido forjando y, que en esta oportunidad que la propia asignatura nos proporciona, he podido plasmar en este escueto trabajo monográfico. El rol de la mujer desde un aspecto sociológico ha sido fervientemente discutido y trabajado a lo largo de la historia recobrando mayor relevancia en el siglo XX, donde la mujer es protagonista y precursora de numerosas acciones que pretenden su reivindicación y reconocimiento. Es por ello que, pretendo abordar mi trabajo desde una perspectiva sociológica e histórica que permita dar cuenta de la posición y rol que tenía la mujer trabajadora a fines del siglo XIX y principios del siglo XX en Europa, tomando como base, algunos de los hechos aportados por la historiadora norteamericana Scott, Joan W. en su trabajo *“la mujer trabajadora en el siglo XIX”* (1.991). Pretendo, además, justificar y fundamentar el rol de la mujer reconocido por la Organización Internacional del Trabajo, que se ha pronunciado al respecto a través de distintos convenios entre ellos Convenio N° 100 Igualdad de Remuneración; Convenio N° 111 Discriminación en el empleo y remuneración; Convenio N° 156 Trabajadores con responsabilidades familiares, Convenio N° 183 Protección a la maternidad. Con todo ese abordaje desde una perspectiva histórica, sociológica y jurídica pretendo finalmente responderme a cuestiones tales ¿era posible que la mujer ejerza un derecho de protesta en el contexto de la industrialización de fines del siglo XIX y principios del siglo XX? ¿Cuál era el trato que se le daba a la mujer en la industria? ¿era la mujer trabajadora, un sujeto de reconocimiento de derechos? Para lograrlo, es necesario previamente contextualizarnos y posicionarnos en tiempo y espacio ya que, de esa manera, y tomando como base el recorrido histórico e investigativo que autores como Scott han llevado adelante, podremos entender cómo fue adquiriendo con el tiempo, ese protagonismo que hoy la caracteriza. No pretendo ir más allá de lo que mis posibilidades lo permitan. Este es un trabajo que no pretende ser académico ni científico, sino simplemente investigativo, cuyo principal interés es confirmar mi hipótesis sobre el rol activista de la mujer y desechar por completo la idea de una mujer pasiva y carente de fortaleza en un contexto donde la masculinidad tenía grandes ventajas.

1.Desarrollo: Contexto de la industrialización

El trabajo femenino en la Industria.

El siglo XIX trajo profundos cambios en la estructura económica, política y social de Europa. Cambios que significaron un nuevo comportamiento frente al **capitalismo** y la **industria** naciente (el destacado me pertenece), entiéndase por capitalismo al sistema económico de explotación mercantil de la propiedad privada y la industria como aquella actividad que tiene como propósito, transformar materias primas en productos elaborados utilizando como fuente de energía recursos materiales y humanos. Este nuevo modelo productivo, cimentaba sus bases en todos los estratos sociales y en todas las naciones europeas. Sin dudas, que las consecuencias no eran las mismas para aquellos sectores de la sociedad que disponían de bienes y capitales frente a aquellos que solo contaban con su fuerza de trabajo. De allí, las grandes migraciones de familias campesinas a las grandes urbes en búsqueda de un puesto de trabajo en las nuevas fábricas nacentes.

En ese trajín, es mi propósito visibilizar el rol de las mujeres que acompañaban a sus esposos. Mujeres que además de esposas, eran madres, niñeras, y trabajadoras, compañeras. Es aquí, donde comienza mi revisión histórica y sociológica para luego justificar desde un aspecto jurídico, aquellos derechos y conquistas que adquirieron esas mujeres y que fueron contenidos en los distintos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, (OIT).

Muchos debates historiográficos se han dado en torno a los grandes cambios que produjo la industrialización, pero, siguiendo a Scott (1991; p. 406-408) en su trabajo **“la mujer trabajadora en siglo XIX”**²⁵² ella expresa lo siguiente: *“La mujer trabajadora fue un producto de la revolución industrial, no tanto porque la mecanización creara trabajo para ella allí donde antes no había habido nada (aunque, sin duda, ese fuera el caso en ciertas regiones), como porque en el transcurso de la misma se convirtió en una figura problemática y visible. La visibilidad de la mujer trabajadora fue una consecuencia del hecho de que se la percibiera como problema, como un problema que se describía como nuevo y que había que resolver sin dilación. Este problema implicaba el verdadero significado de la feminidad y la compatibilidad entre feminidad y trabajo asalariado, y se planteó en términos morales y categoriales. Ya se tratara de una obrera en una gran fábrica, de una costurera pobre o de una impresora emancipada; ya se la describiera como joven, soltera, madre, viuda entrada en años, esposa de un trabajador en paro o hábil artesana, ya se la considerara el extremo de las tendencias destructivas del capitalismo o de la prueba de sus potencialidades progresistas”*.

Considero que esta es una descripción muy acertada y precisa que nos hace la autora y sobre la cual me gustaría detenerme. La mujer trabajadora fue producto de la industrialización y ello significó un grave problema para las naciones industrializadas. Lo que pasaba por inadvertido, constituyó ahora el verdadero significado de la feminidad y su compatibilidad con el trabajo asalariado despertando así, cuestionamientos en torno a esta situación. Los

252 SCOTT, Joan W., *Historia de las mujeres en Occidente*, (1 Ed.) Taurus, Francia, 1991, p. 406-408.

cuestionamientos eran tanto morales como religiosos, había cierta incomodidad en la sociedad que no consideraba pertinente que una mujer trabajara y cobrara una remuneración ya que esto contrariaba los “principios naturales” que ponía a la mujer en el rol de cuidadora, madre, esposa. Pero también es importante remarcar que no solo mujeres en edad adulta trabajaban la industria, sino también niñas, que ocupaban el 40% (cuarenta por ciento) en la industria textil lo cual nos lleva a sostener que el trabajo del grupo familiar era indispensable a los fines de generar mayor **plusvalía**²⁵³ de capitales.

En el recorrido histórico que nos hace Scott, se aprecia una imagen grabada del siglo XIX, en la que se observa toda una familia realizando tareas de hilandería, son palabras descriptivas de la autora *“La abuela, la madre y los hijos participan en la elaboración de la fibra, la más pequeña descansa sobre el lino. Desde antes de la industrialización capitalista la mujer trabaja como hilandera y la imagen del sistema cooperativo familiar perdura durante gran parte del siglo XIX. (Grabado. siglo XIX. El mazo de lino). Es decir, esto nos permite afirmar entonces que toda la familia sin distinción de edades, género y/o capacidades productivas, prestaba su fuerza de trabajo a los fines de la producción industrial. Más adelante, continua la historiadora “la historia más corriente del trabajo femenino, que enfatiza la importancia causal del traslado de la casa al lugar de trabajo, descansa sobre un modelo esquemático de la transferencia de producción de la granja a la fábrica, de la industria domiciliada a la manufactura, de las actividades artesanales y comerciales a pequeña escala a empresas capitalistas a gran escala. Muchos historiadores complicaron esta descripción lineal sosteniendo, por ejemplo, que el trabajo fuera del hogar persistió junto con la manufactura mecanizada hasta bien entrado el siglo xx, incluso en la rama textil. Pero perdura la imagen de períodos anteriores, a saber, la de una fuerza de trabajo cooperativa de base familiar -padre que teje, madre e hijas que hilan y niños que preparan el hilo-, y esta imagen sirve para construir un marcado contraste entre, por un lado, un mundo preindustrial en que el trabajo de las mujeres era informal. a menudo no remunerado, y en que la prioridad correspondía siempre a una familia, y, por otro lado, el mundo industrializado de la fábrica, que obligaba a ganarse la vida íntegra mente fuera de la casa. Al comienzo, la producción y la reproducción se describían como actividades complementarias; luego se las presentó como estructuralmente irreconciliables, como fuente de problemas insolubles para mujeres que deseaban o necesitaban trabajar”*. Esta es una descripción demás precisa sobre lo que representaba el trabajo y distintas labores de la mujer trabajadora en pleno siglo XIX en Europa. Más adelante, me permito citar nuevamente a Scott quien expresa con elocuentes palabras como el paso del tiempo y “peso” que adquirió el cuerpo de trabajadoras, lo que permitió una adquisición de derechos paulatinamente reconocidos en distintos instrumentos normativos. *“La identificación de la fuerza de trabajo femenina con determinados tipos de empleo y como mano de obra barata quedó formalizada e institucionalizada en una cantidad de formas durante el SXIX, tanto que llegó a convenirse en axioma, en patrimonio del sentido común. Incluso quienes trataban de cambiar el estatus del trabajo de la mujer*

253 MARX, Karl, *El Capital*, (1 Ed), Londres, 1867, p. 599. Plusvalía, no es otra cosa que trabajo no pagado. En otras palabras, se entiende que plusvalía es la explotación de los trabajadores, trabajo no reconocido por el capitalismo.

tuvieron que argumentar contra lo que consideraba «hechos» observables. Estos «hechos» no existían objetivamente, sino que los producían historias que acentuaban los efectos casuales de la separación de hogar y trabajo, teorías de economistas políticos y preferencias de empleadores que moldeaban una fuerza de trabajo nítidamente segregada en razón del sexo. Los estudios de reformadores, médicos, legisladores y estadísticos naturalizaron efectivamente los “hechos”, tal como hicieron las políticas de la mayoría de los sindicatos masculinos, que dieron por supuesta la inferioridad de las mujeres trabajadoras en tanto productoras. El paso de la legislación protectora de las mujeres, desde las primeras leyes fabriles al movimiento internacional de finales del siglo XIX, hizo propia (y así lo afirmó) la representación de todas las mujeres como inevitablemente dependientes y de las mujeres asalariadas como un grupo insólito y vulnerable, necesariamente limitado a ciertos tipos de empleo. En este vasto coro de acuerdos, las voces disidentes de algunas feministas, líderes laborales y socialistas experimentaban grandes dificultades para hacerse oír”. Entonces, respondiendo a mis interrogantes, ¿era posible que la mujer ejerza un derecho de protesta en el contexto de la industrialización de fines del siglo XIX y principios del siglo XX? Si, fue posible y de hecho se llevaron adelante distintas y numerosas protestas de mujeres trabajadoras uno de ellos fue, la protesta de “Las cigarreras de La Coruña”

3

narrado por Ismael Viana para el diario NACIONAL SEVILLA donde narra que el hecho ocurrió en Galicia, se trató de una huelga que protagonizaron las trabajadoras de la fábrica de Tabacos de La Coruña en 1857. Según cifras de «El País», eran 4.000 cigarreras que trabajaban a destajo y que cada vez cobraban menos. El día 7 de diciembre de ese año, a las 11 de la mañana, todas las trabajadoras desistieron de prestar sus tareas ese día, se expresaron del único modo que quizás existía para hacerlo. No se trató de violencia como lo describían los periódicos de la época, sino de un verdadero reclamo de reivindicación de puestos de trabajo y reconocimiento de aumento de sueldo que tan menoscabado resultaba para las trabajadoras. Ese hecho **“las cigarreras de la Coruña”** Es el nombre que recibió esa protesta de mujeres trabajadoras de la industria tabacalera que se llevó a cabo el 7 de diciembre de 1857 en Galicia. Ese día, alrededor de 4.000 trabajadoras no se presentaron a trabajar y rompieron las máquinas de la industria en señal de protesta por los bajos salarios que cobraban. Ese día más de 20 mujeres fueron detenidas. El hecho se encuadra como histórico por ser el primero en Galicia constituyendo un emblema de la protesta de mujeres en la industria tabacalera.

Es preciso hacer mención a algunos datos estadísticos sobre las mujeres trabajadoras de Europa que nos proporcionan las investigadoras BALLARÍN, Pilar; BIRRIEL, Margarita M.; MARTÍNEZ Cándida; ORTÍZ, Teresa, en su trabajo “LAS MUJERES Y LA HISTORIA DE EUROPA”²⁵⁴ 3. *“En Inglaterra, el primer país*

254 BALLARÍN, Pilar; BIRRIEL, Margarita M.; MARTÍNEZ Cándida; ORTÍZ, Teresa, *Las mujeres y la Historia de Europa*, Granada, 2010, p. 19-20. Es un trabajo de investigación que pretende hacer un recorrido histórico sobre la posición de la mujer en distintos roles en la historia europea.

industrial, en 1861 el 40% de las mujeres empleadas trabajaban en el servicio doméstico y el 20% en la industria textil. En España, 1860, las proporciones eran similares para el servicio doméstico. Referente a la industria textil, en 1841 las hilaturas catalanas empleaban igual número de mujeres que de hombres (en torno a 32.000) y a 17.000 niños y niñas. En Finlandia, a finales del XIX el 29% de la población activa femenina se concentraba en el servicio doméstico y un 7% en la industria. De estas, el 46 % estaban empleadas en el sector textil y un 12% en fábricas de tabaco (CAPEL, 1986; MANNINEN, 1990). Una característica común a todos los países europeos es el hecho de que las trabajadoras asalariadas han sido mayoritariamente jóvenes y solteras tanto en el siglo XIX como a comienzos del XX, por ejemplo, en Finlandia, a finales del siglo XIX, el 79% de trabajadoras industriales eran solteras y con una edad media de 27-28 años. (BALLARÍN: 2010: 19-20). De estos datos, resulta un incremento mujeres trabajadoras en la industria a finales del siglo XIX, en distintos países europeos. Los datos permiten inferir, que el hecho de ser solteras permitía mayor tiempo de aprovechamiento de su fuerza productiva. También se observa que a comienzos del siglo XX hay un incremento de las mujeres trabajadoras en la industria tabacalera, además de la hilandería que ya era el lugar de mayor porcentaje femenino. Siguiendo a (MEDINA: 2014:157) la **protoindustrialización**²⁵⁵ llevó a un incremento de la mano de obra femenina en distintas industrias, las labores eran primero domésticas y luego se desarrollaba en las primeras fábricas. Esto daba cuenta de que su rol no era pasivo y débil. La mujer prestaba sus servicios en la industria y trabajaba arduamente. Ese salto exponencial de la casa a la industria naciente, quebró viejos paradigmas y creencias sobre el rol pasivo que la misma debía tener por su condición de mujer y esto estuvo más visibilizado en marco de las primeras protestas de las obreras.

4.Hacia una organización de mujeres:

Segunda Internacional Socialista²⁵⁶

El recorrido histórico al que hiciéramos referencia ut supra sobre el rol de la mujer trabajadora en el contexto de la industrialización europea, nos lleva inexorablemente a abordar “la Segunda Internacional Socialista” que es la Organización Internacional que nuclea a trabajadoras adheridas a los partidos socialistas, social- demócrata y laboristas cuyos propósitos consisten en la reivindicación de los derechos de la mujer. Esta organización nace el 17 de agosto de 1907 en Stuttgart, Alemania a través de la primera conferencia de mujeres socialistas presidida por Clara Zetkin²⁵⁷. Esta organización que, si

255 MEDINA VICENT, María, *El papel de las trabajadoras durante la industrialización europea del Siglo XIX. Construcciones discursivas del movimiento obrero en torno al sujeto “mujeres.”*, Fòrum de recerca, 2014, p. 154-157. *Protoindustrialización*: modelo productivo que se desarrolló en Inglaterra previo a la industrialización y que permitía la producción de algodón doméstica.

256 (<http://www.socintwomen.org.uk/es/history.html>). **Segunda Internacional Socialista**, se trata de una organización internacional con fuente ideológica y política socialista que surge en 1909, en Alemania con el fin de nuclear a todas las mujeres del mundo y garantizar el reconocimiento de sus derechos.

257 (https://es.wikipedia.org/wiki/Clara_Zetkin), Clara Zetkin, fué una política alemana, de ideología comunista, muy influyente, así como una luchadora por los derechos de la mujer. Militó en el Partido Socialdemócrata de Alemania hasta 1917, momento en el que ingresó en el Partido Socialdemócrata

bien tiene su razón de ser en fundamentos políticos e ideológicos, nos permite dar cuenta de la necesidad de agrupamiento de las mujeres a los fines de lograr la conquista de derechos. Las luchas de las mujeres en la historia fueron innumerables, cruentas, y cargadas de historias individuales y colectivas. Ningún levantamiento de trabajadoras ha sido en vano, pues el paso de los tiempos ha ido tiñendo de heroísmo a cada una de las que, en ellos, participaron. Tan es así, que veremos a continuación los reconocimientos a los derechos de la mujer trabajadora plasmados en distintos instrumentos normativos contemplados por la Organización Internacional del Trabajo, lo cual nos lleva a sostener que cada levantamiento, reclamo, petición y lucha protagonizadas por las mujeres en la historia, ha sido oída, e instrumentada en lo que son derechos.

Reconocimiento de Derechos a la Mujer Trabajadora en el marco de la OIT

Previo a desarrollar el reconocimiento de los derechos de las mujeres en los distintos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, es preciso hacer una mención a este organismo que nuclea y regula distintos Convenios que obligan a los Estados que los hayan ratificado, a su aplicación y cumplimiento en la faz interna de sus jurisdicciones. La Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, es un Organismo Internacional Especializado de Naciones Unidas creado en 1919, luego de la Segunda Guerra Mundial que ha establecido su sede en Ginebra en el año 1920. La misión esencial que tendrá este organismo, es desarrollar y promover un sistema de normas de carácter internacional que contemplen todos los derechos de los trabajadores en igualdad de condiciones sin distinción de sexo, que se garanticen las normas de seguridad, la libertad sindical y el derecho de sindicalización, que se promueva además la negociación colectiva y la abolición del trabajo forzoso que se establezcan la igualdad de oportunidades y de trato, y se erradique el trabajo infantil, así como otras cuestiones y problemáticas relacionadas con el trabajo.

Es decir, hay amplio espectro de derechos que son abordados por este organismo a los fines garantizar y contemplar la situación de los trabajadores y trabajadoras que se encuentran en relación de desventajas frente a sus empleadores.

En vista que mi trabajo se asienta sobre el rol de la mujer trabajadora, y cómo sus derechos fueron reconocidos a nivel internacional en un proceso, que claramente fue lento y estuvo colmado de reclamos y luchas, voy a detenerme en cuatro de los Convenios de la OIT que reconocen los derechos a las mismas, a continuación, procederé a un breve análisis de los mismos.

Convenio Nº 100 sobre la igualdad de las remuneraciones ²⁵⁸

Este convenio fue sancionado el 29 de junio de 1951 en la 34° reunión

Independiente de Alemania (USPD), concretamente en su ala más izquierdista, la Liga Espartaquista, que acabaría formando posteriormente el Partido Comunista de Alemania (KPD). Fue miembro del Reichstag por este partido durante la República de Weimar desde 1920 a 1933

258 (<https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>), Convenio. Es el instrumento jurídico preparado por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo

de la OIT. El propósito de esta normativa es garantizar y promover una igual remuneración entre hombres y mujeres cuando presten una misma tarea y ello surge en miras a que la mujer era infravalorada en sus prestaciones laborales, aunque desempeñara las mismas tareas que los hombres. A los fines de garantizar este derecho, es necesario analizar objetivamente qué tipo de prestación realiza cada trabajador ya que hay en algunos casos, factores que son determinantes para algunas empresas a los fines de generar tal puesto de trabajo y su respectiva remuneración.

El **art 2.1** del Convenio expresa *“Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”*. En esta disposición se establece la igualdad de remuneración tanto para hombres como para mujeres con ello se pretende equiparar la situación de desventaja y discriminación que la mujer padecía históricamente.

El artículo 3 del presente Convenio expresa:

1. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.

2. Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes.

3. Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

En este artículo menciona que podría haber diferencias de remuneraciones, pero que las mismas nunca deben darse como consecuencia de sexo, sino que las mismas deben provenir de evaluaciones objetivas de trabajo, es decir en virtud de cuál ha sido el desempeño de ese trabajador o trabajadora. Es entonces importante hacer esa aclaración, este convenio contempla el derecho a una misma remuneración por igual tarea, pero contempla la posibilidad de distinta remuneración cuando haya pautas objetivas de trabajo contempladas.

Convenio Nº 111 Sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación

Este Convenio fue adoptado el 25 de junio de 1958, en la 42° Reunión de la OIT, a los fines de dar una respuesta al problema de la discriminación que padecen las mujeres a nivel mundial, por el simple hecho de serlo. Es por ello, que el propósito de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y eliminar toda forma de discriminación en el empleo y ocupación, también se aplica al acceso de formación profesional, a la admisión en el empleo, y a las condiciones generales de trabajo.

El **Artículo 1.1** expresa “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) *Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y ocupación;*

b) *Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

De la lectura de este artículo, surge claramente que se entiende por discriminación y cuál será su alcance. En resumen, se expresa que ninguna persona puede ser discriminada por el color de su piel, por su sexo, por sus ideas políticas, por sus creencias religiosas, por la raza o país de donde procede o por su condición social. Este principio de igualdad está también consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este Convenio busca que el principio universal sea aplicado al campo específico de la ocupación y el empleo. El principio de igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación no puede ser anulado ni alterado.

El **Artículo 1.2** establece que no será considerado discriminación “*Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*”.

Por su parte, el **Artículo 3**, establece expresamente una obligación a los Estados de llevar adelante políticas públicas que eliminen cualquier tipo de discriminación “*Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales,* a) *Tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política.* b) *Promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política.* c) *Derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.* d) *Llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional.* e) *Asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional.* f) *Indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos*”

En resumen, hasta aquí hemos visto dos convenios que protegen y garantizan de algún modo, los derechos de la mujer en cuanto al acceso y conservación de puesto de trabajo. Cuánto tiempo ha pasado hasta llegar a este reconocimiento es, de algún modo la cuenta pendiente que la historia nos debe.

7

Convenio Nº 156 Sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares

Este Convenio fue adoptado el 23 de junio de 1981, en la 67° Reunión de la OIT, y es quizás uno de los más importantes porque considera un aspecto de

la persona humana que hasta el momento no había sido tenido en cuenta y es la familia y el rol que ocupa en la vida de ese trabajador y/o trabajadora. Creo que quizás esta es la normativa que más se acerca a mi trabajo de investigación. Veamos que nos dice el **Artículo 1**. *El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.*

2. *Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella*

Artículo 3.1 *Con miras a crear igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.*

Aquí se advierte cual es el verdadero espíritu de la norma, la protección de la familia de ese trabajador/a para que pueda desempeñar sus tareas de manera eficaz.

De igual manera, se puede apreciar la protección a la familia en el Artículo 8 *La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.*

Convenio N° 183 Sobre Protección de la Maternidad

Este convenio, fué aprobado el 15 de julio del año 2000 en la 88° Reunión de la OIT, sin embargo, ningún país del Cono Sur, lo ha ratificado aún. Esta normativa, tiene como propósito tutelar los derechos de las mujeres trabajadoras que están en situación de embarazo y que requieren de una protección especial a los fines de poder realizar sus tareas sin que por ello se genere un perjuicio a la madre o al niño/a por nacer. Este es un convenio que representa un salto sustancial en la historia de reconocimiento a la mujer trabajadora y su derecho a la maternidad, claro Derecho Humano garantizado por la Convención que garantiza, tutela y protege tanto a la madre como al por nacer de todas aquellas contingencias laborales que pudieran suscitarse en el contexto de sus tareas laborales. Veamos algunos artículos del mismo.

Artículo 4.1 *“Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determine la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas”.* Artículo 4.4 *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores”.*

Todo este conjunto de normas dispuestas por la OIT, en respuesta a los numerosos reclamos que las mujeres trabajadoras han llevado adelante a lo largo de la historia permite dar cuenta del salto histórico que se ha dado, que, aunque no es global pues aún quedan grandes conquistas por adquirir, permiten a la trabajadora actual desempeñar sus tareas en condiciones de igualdad y protección sobre su persona.

8

El derecho mira el pasado y proyecta a futuro tratando de articular normativas que contemplen las necesidades de los ciudadanos. Se piensa en un derecho global con los particularismos propios de cada Estado, contemplando de este modo ese conjunto de principios inherentes a la faz interna de los Estados que garanticen los derechos de las personas por el solo hecho de serlo. Cada uno de estos convenios articulados de manera minuciosa representan aquellas protestas, movilizaciones, huelgas, peticiones de cada trabajadora en la historia del mundo.

9. Conclusiones finales

Cuando comencé este trabajo, que como mencioné previamente lejos de ser científico o académico, tiene como propósito hacer un recorrido histórico, sociológico y con fundamento jurídico sobre el rol de la mujer trabajadora y la conquista de derechos que fue adquiriendo con el paso del tiempo, advertí que no alcanza el tiempo para mencionar cada hecho y que es necesario hacer un recorte historiográfico a los fines de tomar como base aquellos que talvez fueran más pertinentes al tema seleccionado. La historia de la mujer trabajadora, está teñida de particularismos, de individualidades, de sororidad, de luchas, reclamos y conquistas. Plantea un nuevo enfoque paradigmático que rompe con estereotipos, con estructuras, con ideología. La mujer trabajadora en el siglo XIX y XX, trascendió barreras, marcó el inicio de nuevos cambios que hoy conocemos como conquista de derechos.

En este fugaz intento de dar cuenta de manera histórica y jurídica el rol de la mujer trabajadora en Europa en la era de la industrialización a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, y su posterior reconocimiento de derechos por la Organización Internacional del Trabajo, pude responderme a mis inquietudes. Sin dudas, la mujer nunca tuvo un rol pasivo en la historia. Desde sus labores domésticas hasta su inclusión en las industrias fue activista y fuerte y de ello dan cuenta las fuentes documentales abordadas. La mujer desde niña, ya tenía labores domésticas y con la naciente industria su trabajo era una fuerza productiva esencial al sistema. Y como correlato del tiempo, es necesario remarcar, además, que fueron numerosas las movilizaciones que en aras de un reconocimiento de sus derechos laborales han protagonizado mujeres en la historia, y que aún hoy prevalecen. Sin embargo, tome uno de ellos que fué la huelga de trabajadoras cigarreras, que marcó un hito en la historia de Galicia por ser el primer levantamiento y huelga de mujeres. También aborde cómo mujeres en el mundo, cuyas ideas políticas, filosóficas, e históricas se unen con el propósito de conquistar más derechos que sin importar la ideología que se tenga, han logrado sus propósitos. Finalmente menciono sucintamente

los distintos convenios de la Organización Internacional del Trabajo que en pleno siglo XX reconoce derechos a la mujer trabajadora respecto a la igual remuneración que debe percibir por tareas realizadas, sin distinción del sexo, cuestión que admite actualmente numerosos debates pues más allá de la normativa de reconocimiento internacional, aun hoy subsisten desigualdades. La protección a la maternidad, es otra conquista de derechos pues reconoce a la mujer trabajadora gestante y a los derechos que le son inherentes en su condición de tal, así también como el Convenio que regula la responsabilidad familiar de los trabajadores/as, esto permite que las mujeres que son madres o que tienen algún familiar a su cargo, no se vean afectadas en su calidad de trabajadoras. Se trata de derechos reconocidos y es tarea de los Estados adherir a esos convenios y garantizarlos en la faz práctica. Considero que este trabajo, aunque suscito, cumplió mis expectativas como estudiante de Derecho y creo, además, que la historia aun nos debe por fin, el ser reconocidas como “sujeto de derecho” de manera global y universal. Esto sin dudas, será posible cuando la visión paradigmática sobre el rol de la mujer, en el mundo, se transforme.

10. Bibliografía

BALLARÍN, Pilar; BIRRIEL, Margarita M.; MARTÍNEZ Cándida; ORTÍZ, Teresa. *LAS MUJERES Y LA HISTORIA DE EUROPA*. Universidad de Granada. Procedencia del texto: XANTIPPA. Maquetación actual: Demófilo, agosto de 2010, p. 19-20.

MARX, Karl, *El Capital*. “*Das Kapital - Kritik der politischen Ökonomie*”, (1 Ed), Londres, 1867. p.599.

MEDINA VICENT, María, *El papel de las trabajadoras durante la industrialización europea del Siglo XIX. Construcciones discursivas del movimiento obrero en torno al sujeto “mujeres”*, (1 Ed.) Fòrum de recerca, 2014, núm. 19, p. 154-157.

SCOTT, Joan W., *Historia de las mujeres en Occidente*, p. 406- 408, (1 Ed.), Taurus, Francia, 1991.

Autonomía sexual y derechos laborales

PROSTITUYENDO LOS DERECHOS HUMANOS

Jimena Anglade

Introducción

Más allá de la elección del tema, ya fundamentado en su momento en contexto del primer parcial de esta materia, me gustaría manifestar el fundamento de la elección del título que lleva esta monografía final: “PROSTITUYENDO LOS DERECHOS HUMANOS”. Me pareció un juego de palabras clave para adentrarnos a lo controversial del tema, ya que a primera vista podría llamar la atención y esto sería a causa de la connotación negativa que tiene la palabra “prostitución”. Allí se pondría de resalto la concepción social que se tiene en general de esta profesión, que más allá de su extensa defensa por diversos grupos sociales, no se puede dejar de lado su clara interpretación negativa en el inconsciente colectivo.

Un tema controversial, quizá uno de los más controversiales que se presenta en la actualidad. Todos tienen opinión al respecto pero nadie se hace cargo. Todos se encargan de darle una fundamentación pero nadie se preocupa por darle una solución. Por lo menos una solución real. Esta es la situación de los/as trabajadores/as sexuales, de todo tipo y de todas las clases sociales, tan diverso y tan antiguo como el humano mismo. Es conocido como “el trabajo más antiguo del mundo” y paradójicamente es uno de los más invisibilizados. Si bien existen trabajadores sexuales varones, a los fines de este trabajo monográfico me centraré en las trabajadoras sexuales mujeres, dado su gran amplitud en este campo laboral, y por el hecho de ser mujeres sufren muchas más discriminaciones y desigualdades.

Si ya el grupo femenino constituye una minoría en la sociedad actual, no por razones cuantitativas sino por cuestiones socio-culturales, podríamos imaginar cómo es la situación para las mujeres transexuales, que muchas veces por razones de discriminación laboral, no les queda otra opción que ejercer la prostitución.

En este trabajo monográfico haré un análisis del ejercicio de la prostitución como un trabajo digno de recibir un trato igualitario al resto de los trabajos. Me detendré a exponer la legislación existente sobre el tema, tanto en Argentina como en otros países del mundo, su regulación o no regulación. En el marco del derecho internacional y el tratamiento de los organismos internacionales sobre el tema, indagaré sobre la postura que adopta la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto de la prostitución y además comentaré sobre la participación como actora de la organización denominada Red Latinoamericana de Trabajadoras Sexuales (RedTraSex) frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Realizaré también una breve comparación con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y las diferencias y similitudes que presenta con la prostitución. Adentrándome más respecto al campo laboral, me ocuparé de analizar la vulneración de los derechos humanos laborales que

sufren las trabajadoras sexuales, no solamente desde la perspectiva social, sino principalmente desde la mirada estatal. También pondré de manifiesto las posturas que existen dentro del feminismo, como el gran movimiento que lleva la bandera de estos temas, respecto de su regulación legislativa. Y por último para visibilizar la afectación que la pandemia global trajo no solamente a esta profesión sino a muchos otros trabajadores alrededor del mundo, pero especialmente a estas trabajadoras que además de encontrarse bajo un trabajo informal, con las ganancias diarias, se ven impedidas de ejercerlo por las medidas sanitarias adoptadas por el gobierno nacional frente al COVID-19.

Orígenes de la prostitución: “La profesión más antigua del mundo” ²⁵⁹

“La prostitución ha sido calificada eufemísticamente como la «profesión más antigua del mundo», ya que se conoce prácticamente desde que existen registros históricos de algún tipo, y en prácticamente todas las sociedades.

En el tercer milenio antes de Cristo, en Babilonia todas las mujeres tenían la obligación, al menos una vez en su vida, de acudir al santuario de Militta (la Afrodita griega) para practicar sexo con un extranjero como muestra de hospitalidad, a cambio de un pago simbólico. Este rito tiene su origen en la diosa de la cultura sumeria Innana, diosa de la belleza y la sensualidad. Sus sacerdotisas, que se habían consagrado vírgenes al servicio del templo, fornicaban con aquellos que habían dejado en el templo una ofrenda económica a la diosa. En la Biblia hay numerosas referencias a los actos «abominables» de estas sacerdotisas, las canaanitas.

La divinidad amorosa Innana/Ishtar es la protectora de las prostitutas y de los amoríos extramaritales, que por cierto no tenían connotación especial en Babilonia, ya que el matrimonio era un contrato solemne que perpetuaba la familia como sostén del estado y como generadora de riquezas, pero en el que no se hablaba de amor o de fidelidad amorosa. Así, a los hombres se les permitía ofrecer a sus esposas como pago colateral por un préstamo.

En la Grecia clásica, la prostitución era practicada tanto por mujeres como por hombres jóvenes. El término griego para la prostitución es porne, derivado del verbo pernemi (vender), lo que derivado en la acepción moderna. Las prostitutas debían vestirse con ropas distintivas y estaban obligadas a pagar impuestos. En la iglesia tenían un lugar reservado e incluso, al morir, eran enterradas separadas del resto.

Se cree que fue en la antigua Atenas donde se estableció el primer burdel, en el siglo VI a.C., como local de negocio (un servicio equivalía al salario medio de un día).

En Imperio Romano, la prostitución era habitual y había nombres distintos para las mujeres que ejercían la prostitución según su estatus y especialización. Las cuadrantarias eran llamadas así por cobrar un cuadrante (una miseria). Las felatorias eran practicantes expertas de la fellatio, considerado como el acto más degradante.

259 <https://culturizando.com/la-historia-de-la-prostitucion-la/>

En la Roma Clásica, algunos prostitutos masculinos esperaban en las esquinas de los baños a mujeres que solicitaran sus servicios. Según la jerarquía romana de la degradación sexual, un hombre sospechoso de practicar cunnilingus a una mujer se rebajaba más que uno que fuera penetrado por otro hombre. Se le imponía el estatus legal de infame, al mismo nivel que prostitutas, gladiadores y actores, lo cual le impedía votar y representarse a sí mismo ante un tribunal.

Los egipcios fueron los primeros en prohibir las relaciones carnales con las mujeres nativas o peregrinas domiciliadas en los templos y demás lugares sagrados de la época. En el antiguo Egipto, algunas mujeres, no siempre prostitutas, conocidas como felatrices, se pintaban los labios de un determinado color para dar a conocer su inclinación por esta práctica.

En la cultura fenicia surgió la celebración de una serie de fiestas o ceremonias en honor de las dos divinidades del amor. En estas fiestas, las mujeres se golpeaban duramente el cuerpo, para más tarde ofrecer sus cabellos a la diosa. Las mujeres que querían conservar su cabellera, con evidente menosprecio de su pudor, abandonaban el templo y se dirigían a una especie de mercado donde sólo tenían acceso ellas, además de los extranjeros. Estaban obligadas a entregarse tantas veces como fueran requeridas. La recaudación de aquel comercio carnal se destinaba a adquirir ofrendas para las imágenes de la diosa. Con el tiempo adquirió un sentido comercial que se extendió por todo el mediterráneo.

En el siglo IX, Carlo Magno ordenó el cierre de todos los establecimientos donde a las mujeres se les permitía tener relaciones sexuales promiscuas y dispuso el destierro de las prostitutas. Pero dada la gran corrupción, las medidas legales resultaban inocuas. Durante las Cruzadas, las mujeres libertinas se vestían de hombres para poder viajar junto a los ejércitos, y así ofrecerles al anochecer sus servicios.

En la Edad Media, la recesión económica hizo que las prostitutas se establecieran en urbes grandes, generalmente villas universitarias, por la gran afición de los estudiantes a sus servicios. Era deber de los rectores vigilar que los estudiantes no frecuentasen los dominios de estas mujeres, aunque tenían muy poco éxito. Las meretrices también acudían con las ferias ambulantes y las grandes fiestas populares, como el carnaval o los torneos.

En la España de los Austrias (s. XVI), para que una joven pudiese entrar en una mancebía, o casa pública de prostitución, tenía que acreditar con documentos ante el juez de su barrio ser mayor de doce años, haber perdido la virginidad, ser huérfana o haber sido abandonada por la familia, siempre que ésta no fuese noble. El juez procuraba disuadir de sus torcidos intentos a la aspirante con una plática moral, y si no la convencía, le otorgaba un documento, donde la autorizaba para ejercer el oficio.

En la Edad Moderna, entre las gentes acaudaladas y la clase nobiliaria, el hábito de las cenas ostentosas contribuyó a difundir la prostitución con apariencias más puritanas. En las grandes capitales, como Roma o Venecia, el número de cortesanas era tal que tuvo que ser reglamentada administrativamente bajo la

dirección de una mujer a quien llamaban «reina», que se encargaba de hacer respetar en forma estricta los reglamentos policiales.”

Apreciación personal: como puede inferirse de lo expuesto supra, esta práctica o servicio sexual se ve reflejado a lo largo de las comunidades antiguas, pasando por el Medioevo hasta la Modernidad y la Postmodernidad de nuestros días. Con muchos vaivenes referidos a su concepción social, cultural y religiosa, ya sea negativa o positiva, regulada o prohibida, esta práctica esta tan ligada a la esencia del ser humano como ser social y cultural, el cual le dio múltiples significaciones a través de la historia, siendo la mujer la principal protagonista de estas prácticas, sometida muchas veces a desprecios, humillaciones, degradaciones, ocupando una posición sublevada respecto del hombre y especialmente con un status menor si ejercían esta profesión. Esto demuestra que las categorizaciones laborales son valoradas según cada tiempo y lugar, pero siempre correspondiendo a una historia que las antecede.

La legislación nacional frente a la prostitución

La situación en Argentina frente a esta problemática es incipiente. No lo considera como delito en el Código Penal, pero muchos Códigos de faltas o Códigos de Convivencia si lo consideran una contravención, sumado a otros decretos y ordenanzas que restringen el ejercicio de la prostitución. “Según la última modificación del Código Penal, la prostitución en Argentina es una actividad lícita, siempre y cuando no haya trata ni explotación de personas y se ejerza voluntariamente. Es decir, no se condena a quien la ejerce, pero sí es un delito el proxenetismo y la trata de personas, y se pena con prisión de cuatro a seis años, aunque medie el consentimiento de la víctima.”²⁶⁰

“Para distinguir a una trabajadora sexual de una explotada, la justicia hace hincapié en el ámbito en el que se realiza. Si se hace de forma privada, no es ilegal. En cambio, si se publica un anuncio, constituye un delito. A este último se lo conoce como “Rubro 59”, y se prohibió por decreto en 2011, bajo el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner. A partir de esta reglamentación, las mujeres que deciden ser trabajadoras sexuales, comenzaron a ofrecerse en la vía pública con pequeños afiches.

La Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR), entidad que agrupa a mujeres que reivindican la prostitución como un trabajo, cuestiona la constitucionalidad del decreto. Sostiene que dado que la prostitución es legal en la Argentina no se puede prohibir que una persona que la ejerza venda sus servicios. Desde el gobierno siguen considerando que la oferta sexual se da en un marco de trata y que detrás de los anuncios hay una organización, hay un reclutamiento, traslado, violencia física y moral. Una persona puede ejercer la prostitución en un departamento. Esa persona en general no pone avisos. Se promociona por otros métodos.”²⁶¹

A pesar de que el ejercicio de la prostitución no esté establecido como

260 <https://www.legal.com.ar/notas/que-dice-el-nuevo-codigo-penal-sobre-la-prostitucion>

261 <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/prostitucion-cual-es-la-situacion-en-argentina.phtml>

delito, existe una ley, vigente desde 1936, la ley 12.331, conocida como Ley de Profilaxis de Enfermedades Venéreas, que en su art. 15 prohíbe la existencia de prostíbulos. La misma expresa: “Art. 15. — Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella.” (Fuente www.infoleg.gob.ar)

“Sin embargo, uno de los problemas más grandes respecto a la prostitución en Argentina es la falta de datos oficiales. No se sabe cuántas personas trabajan en la prostitución, cuáles son los principales problemas y necesidades, dónde hay prostíbulos ilegales. De este argumento se sirven las trabajadoras que luchan por la regulación: se necesitan datos y políticas públicas, y resaltan como prueba la situación de las prostitutas en aquellos países en donde se reguló.” (Fuente www.perfil.com)

La regulación de la prostitución en el mundo

“En Sudamérica, la prostitución está legalizada en la mayoría de los países: Chile, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela y Uruguay. En este último, la ley de Trabajo Sexual 17.515 (2002) dispone que “es lícito el trabajo sexual” y que se autoriza “el ejercicio del trabajo sexual a aquellas personas que estén inscriptas en el Registro Nacional del Trabajo Sexual y posean el carné sanitario con los controles al día”. En conjunto con la ley, se creó la Comisión Nacional Honoraria de Protección al Trabajo Sexual.

El modelo legalizador del que se sirven varias organizaciones, entre ellas la AMMAR, es el de Nueva Zelanda. La Ley de reforma de la prostitución del país despenalizó por completo el trabajo sexual en 2003. Es legal para cualquier ciudadano mayor de 18 años vender servicios sexuales. Es legal el trabajo sexual en la calle y la administración prostíbulos. Los derechos de las trabajadoras sexuales están garantizados a través de la legislación laboral y de derechos humanos.

Los casos de Alemania y Holanda también son relevantes. En Alemania se legalizó en 2002 y se reguló en 2016 mediante una ley que obliga a las trabajadoras a usar preservativos y a formar parte de sindicatos. También, los prostíbulos deben tener un certificado de calidad. Por su parte, los Países Bajos legalizaron la prostitución en el 2000 con el fin de combatir la insalubridad, el tráfico y la explotación de personas. Las trabajadoras sexuales deben pagar impuestos y contar con seguro médico. Sin embargo, el modelo holandés es muy criticado ya que no hay datos que afirmen que ayudó a disminuir la trata, sino todo lo contrario. En el lado opuesto se encuentra el modelo nórdico que nació en Suecia y luego se expandió a Islandia, Canadá, Singapur, Sudáfrica, Corea del Sur, Irlanda del Norte, Noruega y Francia. Este modelo es abolicionista, y se trata de penalizar a los clientes de la prostitución a través de multas o hasta años de cárcel. El foco está en perseguir a aquellos que pagan por sexo, es decir, los clientes, afirmando que sin demanda no hay prostitución.”(Fuente www.perfil.com)

La prostitución y las contravenciones

En muchas provincias y municipios del territorio nacional, el ejercicio de la prostitución se encuentra expresamente prohibido, ya sea mediante Códigos de Convivencia, decretos u ordenanzas. Este es el caso de la provincia de Mendoza, que expresamente en el art. 84 de su Código de Contravenciones determina: “ART. 84 Incitación pública y privada. Las personas que individualmente o en compañía inciten, en forma manifiesta y agresiva a mantener prácticas sexuales por precio, serán sancionadas con multa desde quinientas (500) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta ocho (8) días. Para la actuación policial y/o municipal se requerirá medidas probatorias tecnológicas en lo posible. En la misma pena incurrirá quien ejerza los actos referidos en el párrafo anterior, en forma notoria, en sitios privados. El inmueble podrá ser clausurado hasta por doce (12) meses.”²⁶²

La organización sindical de trabajadoras sexuales lo viene reclamando desde sus inicios y expresamente en su página oficial de internet se manifestaron sobre esta problemática: “Ammar nació como respuesta a la violencia policial hacia las trabajadoras sexuales. Desde hace 23 años reclamamos por la derogación de los Códigos Contravencionales que criminalizan nuestro trabajo en la vía pública con multas y/o arresto de hasta 30 días.

Estas normativas violan el principio de libertad y son usadas para habilitar y justificar la violencia institucional hacia las clases populares, dando pie al cobro de coimas, al hostigamiento, las detenciones arbitrarias y la persecución por parte de las fuerzas de seguridad.

En el 2003 las Trabajadoras Sexuales logramos la derogación del Artículo 45 del Código Contravencional de Entre Ríos que facultaba a la policía para detenernos y juzgarnos. El mismo databa de 1952. En el 2008 logramos la derogación del Artículo 83 del Código Contravencional de Santiago del Estero que también habilitaba detenciones hacia nosotras y en el 2010 conseguimos la derogación del Artículo 81 del Código Contravencional de la Provincia de Santa Fe que facultaba a la policía para vulnerar nuestros derechos. “Sandra Cabrera: ¡presente!” se escuchó en el recinto cuando se sancionó esta ley.

El pasado miércoles 11 de julio (2018) el senado de la Provincia de Buenos Aires derogó el Artículo 68 del Código Contravencional que habilitaba multas y arresto hacia las Trabajadora Sexuales. “Será penado con una multa de entre el quince (15) y el cuarenta (40) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y arresto de cinco (5) a treinta (30) días, la persona que ejerciere la prostitución, dando ocasión de escándalo o molestando o produjere escándalo en la casa que habitare”, decía. El mismo era aplicado de manera prejuiciosa y abusiva sobre las mujeres cis y con más saña sobre las mujeres trans.

Los abusos policiales que sufrimos las Trabajadoras Sexuales por la vigencia de estas normativas, que en muchos casos datan de la última dictadura militar, han sido denunciados por nuestra organización en innumerables ocasiones. Por esta razón urge que se deroguen los artículos que siguen habilitando hasta

262 <http://www.gobierno.mendoza.gov.ar/codigo-contravencional-de-mendoza-2/>

el día de hoy la persecución y criminalización de las trabajadoras sexuales en 17 provincias del país (Catamarca, Chaco, Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Tucumán y Ciudad Autónoma de Buenos Aires).”²⁶³

Así podemos citar muchos ejemplos de provincias (como las nombradas supra) y municipios que castigan con penas de multas, arrestos o trabajos comunitarios a personas que ejercen la prostitución callejera o privada, siendo que la prohíben expresamente en sus textos normativos o bien contienen artículos amplios respecto a la interpretación donde apelan al castigo de aquellas personas que atenten contra “la moral pública o las buenas costumbres” o contravenciones citadas como “exhibición obscena” o “falta de pudor”.

Todo ello da pie al cuerpo policial para ampararse en aquellos artículos y permitir así el abuso policial, la violencia contra las trabajadoras sexuales, incentivas a coimas hacia los funcionarios policiales y así alentar la corrupción policial y política. También afecta a la superpoblación de las comisarias mediante la imposición de múltiples contravenciones, arrestos y detenciones, lo cual propensa muchas veces a degradaciones, humillaciones o hasta vejaciones hacia su persona.

Esto pone de resalto la urgencia de una regulación que las ampare ya que a pesar de que en el código penal no se conciba como delito, las provincias o municipios se toman las prerrogativas de regular este tipo de situaciones como más les convenga.

¿Prostitución es sinónimo de trata de personas con fines de explotación sexual?

Si bien muchas personas presentan una vinculación indisoluble entre prostitución y trata de personas, en donde una no existe sin la otra, aquí propongo darle una mirada alternativa.

“El Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, conocido como Protocolo de Palermo, definió a la trata de personas con fines de explotación sexual como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.”²⁶⁴

Si bien ambas tienen el fin de otorgar un servicio sexual a cambio de un precio ya sea en dinero o cualquier beneficio económico en virtud de una remuneración, la diferencia esencial que existe entre ambas actividades es el elemento volitivo, es decir la voluntad de realizar la acción, el consentimiento y la libertad para hacerlo o dejar de hacerlo.

Otra discusión que se puede dar es qué tan libre es la persona que elige

263 <http://www.ammar.org.ar/Un-paso-mas-para-la.html>

264 <http://diccionario.cear-euskadi.org/trata-con-fines-de-explotacion-sexual/>

“vender su cuerpo”, disponer de su cuerpo para generar ingresos. Muchas lo pueden hacer por necesidad, si por supuesto. Pero muchas otras también lo pueden hacer porque les genera bienestar, placer, felicidad, todo lo que puede generar cualquier otra profesión. Podemos decir también que las personas que lo hacen porque lo disfrutan son la minoría, claro que sí. Pero eso no quita que tengan derecho de ejercerlo bajo condiciones laborales dignas y con los derechos que le son inherentes.

Me parece muy atinado en este apartado citar a la politóloga y socióloga, Chantal Stevens, que al referirse a la temática en un artículo dijo lo siguiente: “Más allá de estos actores, siguen siendo los que pagan por sexo el eslabón menos visibilizado de estas redes, pese a que son quienes fomentan la existencia y continuidad de un sistema prostituyente, no pocas veces presentado como un “mercado del sexo”, que es capaz de engañar, amenazar, secuestrar, golpear, violar, torturar, intervenir los cuerpos, generar adicciones y desaparecer mujeres con tal de generar una “oferta” diversa y renovada para satisfacer una “demanda” masculina muy exigente. En efecto, la explotación sexual y la trata no pueden ser cabalmente entendidas sin la adopción de una perspectiva de género. Comprender que en el sistema prostituyente son siempre las mujeres las que son explotadas sexualmente (también hay una porción de personas travestis y trans y, si bien hay varones que son prostituidos, constituyen un porcentaje ínfimo en relación a las mujeres) y que prácticamente la totalidad de los que pagan por sexo son varones, nos lleva a preguntarnos acerca de las construcciones sociales que existen en torno de la masculinidad y la feminidad, particularmente en lo que hace a la sexualidad, y qué incidencia tienen estas representaciones en la perpetuación de las problemáticas que nos ocupan.”²⁶⁵

En fin, no podemos negar la existencia de un aprovechamiento del cuerpo de las mujeres con fines de explotarlas sexualmente, de su situación de vulnerabilidad o desesperación, o directamente de esclavizarlas en contra de su voluntad a tal práctica a través de engaños de ofertas de trabajo, como ocurre frecuentemente. Pero considero que si los países adoptasen una buena regulación legislativa sobre el trabajo sexual autónomo, independiente y voluntario, acompañado de políticas públicas para erradicar la trata de personas, especialmente con fines de explotación sexual, sería una solución un poco más justa para todos y todas. Hace falta no solo una férrea voluntad política sino también una transformación cultural y social acerca de ambas visiones, ya que las concepciones morales que detenta de la sociedad producen efectos concretos en la realidad en torno a ambas problemáticas, pudiendo tener consecuencias decisivas respecto a su erradicación.

Abolicionismo vs. Regulacionismo

La historiadora Cristiana Schettini analiza (en un artículo publicado por el diario Página 12)²⁶⁶ “el origen de la división entre abolicionistas -quienes se

265 <https://www.vocesenelfenix.com/content/prostituci%C3%B3n-y-trata-de-personas-con-fines-de-explotaci%C3%B3n-sexual>

266 <https://www.pagina12.com.ar/248441-zona-roja-o-zona-gris?fbclid=IwAR1OKRkzQYNk0jCf-ncqtfA4BoiqF2frUnNq6ykDC9bDEsW-S1HAq-WTpMko>

oponen a la legalización de la prostitución- y reglamentaristas -activistas prosexo que defienden el trabajo sexual y su regulación-. Estas dos formas de concebir el tema desde el feminismo, si bien suelen ser presentadas como irreconciliables, en la práctica, no han estado separadas por una frontera infranqueable.”

En el mencionado artículo, la historiadora hace referencia a los diversos hechos históricos-sociales que llevaron a conformar ambas posturas, pero a los fines de evitar una extensión poco práctica de esta monografía, voy a remitir al artículo periodístico para aquel que quiera obtener más información.

Pero si quisiera destacar la conclusión a la que llegó la experta. Según la investigadora del CONICET, “hace algunas décadas que la historia social de la prostitución en distintas partes del globo mostró que en la práctica nunca hubo una frontera absoluta que separara sistemas “reglamentaristas” y “no reglamentaristas”. Ya sea en distintos puntos del imperio británico, en Moscú, Río de Janeiro o Buenos Aires, lo más habitual fue la convivencia entre diferentes estilos de intervención de los poderes públicos en la organización del mercado sexual. Podían venir bajo el rótulo de reglamentarista o abolicionista, definir radios de concentración de prostitutas o dispersarlas, establecer exámenes médicos obligatorios o adoptar iniciativas sanitarias y educativas, atribuir funciones de control al poder municipal o a la policía, considerar delito la prostitución de menores o penalizar a aquellos que se beneficiaban de la prostitución también de mujeres adultas. En general, un poco de todo eso se intentó en muchos lados entre los siglos XIX y XX. Pero ninguna de esas prácticas apuntó a reconocer los derechos de las prostitutas.

Las historias de esas iniciativas de control de la prostitución son también la historia de las complejas relaciones entre mujeres que ejercen trabajos sexuales y mujeres que quieren hablar sobre y por ellas. Mucho antes que las prostitutas se organizaran en sindicatos, esas historias nos muestran mujeres que se las ingeniaron para garantizar sus derechos fundamentales en condiciones muy desfavorables. No son historias celebratorias ni vienen con moralejas. Pero quizás sirvan para volver a pensar. ¿Por qué se genera tanta molestia cuando algunas prostitutas dicen alto y fuerte qué quieren? ¿El campo feminista, que nos educó a todos en la importancia del respeto y la escucha, podrá oírlas? ¿Seremos capaces de pensar a la prostitución en el campo de los derechos laborales, sin tapujos moralistas y racistas? ¿Podremos reconocernos en esas historias, en nuestras posiciones simultáneas de privilegio y de opresión?”.

Otro artículo de periodismo digital²⁶⁷, esta vez proveniente del medio “Cosecha Roja”, escrito por Marisa S. Tarantino, refirió al tema y comparó la situación de las prostitutas con el “Síndrome de Estocolmo”, es decir que la sociedad infiere que las prostitutas al vender su cuerpo y siendo libres de hacerlo en realidad están siendo presas de un padecimiento psicológico. Así lo manifiesta Tarantino en dicho artículo: “La explicación volvía a colocar a las mujeres en el lugar de siempre: alteradas psicológicamente, seres débiles a quienes quizá les gustaba un poquito que las trataran mal; y en definitiva, personas con dificultades para ejercer una correcta interpretación. Impedidas de dimensionar

267 http://cosecharoja.org/las-putas-bajo-el-sindrome-de-estocolmo/?fbclid=IwAR3nPtTsgOUTRD-k5Y_4PGTjAqFWIXKRKh8j0xDttBLH8StStLiN1zu5798

su contexto, no habían sido capaces de comprender el verdadero daño que habían sufrido.”

Y continúa diciendo: “Las primeras organizaciones de trabajadoras sexuales en el mundo datan de la década de la década del ’70. La de nuestro país, de fines de 1994. Desde su creación como sindicato -integrante de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA)- AMMAR viene trabajando colectivamente en una construcción política que reivindica la posición por el reconocimiento de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, y lucha contra el estigma, la discriminación y la violencia institucional.

Diversos informes de investigación presentados durante los últimos años, demuestran que las políticas antitrata que se impulsaron en Argentina a partir de 2008 -con una fuerte impronta del activismo abolicionista- no han logrado otra cosa que empeorar las condiciones en las que ejercen su actividad: clandestinizaron aún más los intercambios, las expusieron a mayores y más intensas violencias institucionales y les obstaculizaron el acceso a derechos básicos. Como si fuera poco, sus resultados en términos de criminalización femenina triplican o cuadruplican las proporciones de representación en delitos comunes, y duplican las de otros universos problemáticos, como es el de drogas. En otras palabras, se ha dado la paradójica situación de que una política criminal pensada para proteger a las mujeres, está produciendo el mayor porcentaje de persecución penal contra ellas.

Las políticas impulsadas en nuestro país contra la trata de personas se corresponden con un avance global promovido por los Estados Unidos, que en diversas partes del mundo occidental viene reproduciendo lo que Laura Agustín ha dado en llamar “industria del rescate”. Desde este paradigma, se ha consolidado la idea de una víctima silenciosa, puro cuerpo sufriente, incapaz de tomar decisiones, capturada por el engaño y la “naturalización de la violencia”, esa que se presume siempre intrínseca a toda forma de “prostitución”.

El discurso psi construido por las profesionales de rescate que suelen dar asistencia en las causas de trata (y que, en los hechos, terminan dando definiciones sobre quiénes y cómo son las víctimas de este delito) se traduce obviamente en las prácticas de nuestras agencias penales. Así, la autoridad que fue adquiriendo este nuevo saber de las rescatistas, logró permear fuertemente en los discursos judiciales y provocó un efecto de despolitización: lo que durante varias décadas había sido solo -y nada menos que- el objeto de una de las disputas más persistentes del debate feminista, se tradujo en categorías rígidas que neutralizaron todo ese contenido político. Así, nuestros jueces comenzaron a leer la reivindicación del trabajo sexual también como producto de una “mala interpretación”, de la imposibilidad de las mujeres que hacen trabajo sexual de comprender acabadamente la violencia que padecen. En ese camino, tal como argumenta Agustina Iglesias Skulj, la idea de vulnerabilidad fue el dispositivo clave que permitió la interpretación judicial que desestima sistemáticamente toda posibilidad de optar por el trabajo sexual.

Así de claro lo ha dejado la mismísima Zaida Gatti, titular de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las víctimas de trata de personas, que en una entrevista de 2017 reconoció que de 7.000 mujeres rescatadas, sólo el 2%

se reconoce como víctima. Su explicación a este escaso número fue, una vez más, que todas estas mujeres tienden a “naturalizar” su situación de explotación a causa de su vulnerabilidad. Como no han tenido verdaderas opciones de vida digna, no hay allí una auténtica elección.

La discusión feminista en torno a cómo caracterizar el trabajo sexual es un problema eminentemente político; un debate histórico que ya tiene muchos años de antigüedad. Sin embargo, la institucionalización de la perspectiva abolicionista en nuestro país ha venido produciendo este nuevo síndrome de Estocolmo: una forma de procurar que se vuelva invisible toda una historia del debate feminista en torno a la prostitución; un artilugio nada inocente con el que se han querido silenciar 25 años de organización política de las trabajadoras sexuales.”

Pero veamos qué tienen que decir desde el abolicionismo. Sus postulantes critican la visión que considera el comercio sexual como un trabajo. Afirman que “el trabajo sexual es explotación del cuerpo de otra/o y se lo considera un grave atentado contra la dignidad. Definen a la prostitución como “abuso sexual pagado y permitido por todos” y postulan la desaparición de la prostitución”²⁶⁸. Las feministas que adhieren a esta postura sostienen que legalizar la prostitución sería continuar con las estructuras patriarcales de cosificación del cuerpo de la mujer y seguir reproduciendo las desigualdades contra las que lucha este movimiento.

En junio del año 2010 tuvo lugar un interesante Encuentro Internacional sobre Violencia de Género en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Una de las conferencias magistrales estuvo a cargo de Catherine MacKinnon, reconocida militante feminista en contra de la pornografía y la prostitución, y prestigiosa Profesora de Derecho. Para MacKinnon, así como para otras teóricas feministas como Pateman y Overall, la sexualidad está en la base de la desigualdad de género, y cuando piensan en sexualidad es ligándola a la construcción de la identidad y la subjetividad. Por ello, sostienen que con la prostitución no se compra un servicio sexual sino a la mujer misma.

En el mismo Encuentro, durante un panel sobre violencia sexual, Silvia Chejter, socióloga de la Universidad de Buenos Aires, pidió la palabra para prontamente alinearse con la postura de MacKinnon y sostener que no se podía hablar de libre elección por cuanto las mujeres que se prostituyen lo hacen en un contexto de vulnerabilidad social que influye en su supuesto consentimiento.”²⁶⁹

Por otro lado, la postura regulacionista o reglamentarista tiene como fin que el Estado no prohíba el trabajo sexual pero sí que lo controle médica y judicialmente. Considera que “así se protege la seguridad física de las trabajadoras y los clientes, y elimina las redes de crimen. Determina zonas de trabajo (delimitación de espacios públicos y privados para desplegar actividades), los horarios, entre otras cosas. En general, con la excusa de cuidar la salud, imponen controles sanitarios periódicos para el ejercicio del trabajo sexual (libreta sanitaria), identifican y registran a las trabajadoras sexuales. El reglamentarismo

268 Comas Alicia - Fabro Marina - Seiffer Tamara, *Saberes y estrategias de las mujeres trabajadoras sexuales ante el VIH/SIDA y otras ITS*, Ubatec SA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, p. 17

269 Daich Deborah, RUNA archivo para las ciencias del hombre XXXIII, (1), pp 71-84, 2012 FFyL - UBA - ISSN 0325-1217

se aplica, por ejemplo, en Uruguay.”²⁷⁰

“Este movimiento actualmente en Argentina busca un carnet sanitario para las trabajadoras y la implementación de una “zona roja” donde llevar a cabo la actividad, con condiciones similares al sistema implementado en los Países Bajos; existe también una nueva corriente que está ganando impulso entre la red de antropólogos, que pone énfasis en la protección de las trabajadoras sexuales, y piden que el trabajo sexual sea reconocido como una profesión más, contando con obras sociales y amparos legales.

Lucía Fretes, antropóloga docente de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la UNaM, quien pertenece a ésta segunda corriente (reglamentarismo), habló de su trabajo de campo sobre la prostitución en Posadas, y los testimonios que recopiló durante su investigación. Explicó que el tabú sexual en la sociedad deja desprotegidas no solo a las [trabajadoras sexuales](#), sino también a sus familiares y dependientes. El enfoque que propone la postura reglamentarista es el empoderamiento y resguardo de quienes deciden ejercer la prostitución por voluntad propia; “no queremos que todo el mundo se prostituya, queremos que hayan derechos para quienes decidan ejercerlo”, dijo Lucía. La antropóloga hizo una separación entre los fenómenos de trata de personas, que se da en el contexto de una situación forzada, y [prostitución](#) como trabajo elegido libremente. Así mismo tachó de “cliché” a la muy usada frase “nadie nace para ser puta”, bandera de la [postura abolicionista](#).

Lucía argumentó que el mundo moderno exige trabajar para comer, y que si se pone en cuestión si el cuerpo puede ser mercantilizado o no, se debe problematizar todas las otras profesiones que requieren del uso del mismo; como los deportes, la suya propia o, incluso, la docencia. “El problema sigue siendo el sistema”, remarcó.”²⁷¹

Respecto de ambas posturas, me pareció oportuno citar las pronunciaciones que realizó la Secretaria General de AMMAR, Georgina Orellano, en el contexto de una entrevista realizada en marzo de 2020²⁷² al portal periodístico www.esdepolitologos.com, en donde habló no específicamente sobre las posturas feministas, sino sobre la problemática de la trata de personas (un tema que la postura abolicionista utiliza para fundamentar sus argumentos), respondiendo a la pregunta ¿qué le diría a aquellos que confunden trabajo sexual con “trata de blancas”?, a la cual Georgina respondió: “Primero, lo que le diríamos es que es necesario hacer una distinción entre lo que es trata de personas y lo que es el trabajo sexual, y entender que la trata de personas es un delito que no solamente interfiere en el mercado sexual sino que también está presente lamentablemente también en nuestros mercados laborales, como en el trabajo textil y el trabajo rural, y que el feminismo, o cierto sector del feminismo mejor dicho, no pide abolir el trabajo el trabajo textil o el trabajo rural, sino que acompaña

270 Op. cit. *Saberes y estrategias de las mujeres trabajadoras sexuales ante el VIH/SIDA y otras IT*, p. 16

271 <http://www.opyguadigital.com.ar/lab/?p=6529>

272 https://esdepolitologos.com/ningun-trabajo-te-empodera-lo-que-empodera-es-estar-organizada-entrevista-a-una-trabajadora-sexual-feminista/?fbclid=IwAR1J_vXTOCIFnntLIJKUvJKPene9u4bxnjJgpoK_sj_ghSS1XcP_fcmw3vg

las demandas de esas trabajadoras (registro, obra social, presencia del Estado, presencia del Ministerio de Trabajo para que garantice que los derechos de los trabajadores y trabajadoras no siga siendo vulnerado, políticas públicas de integridad, etc). Lo mismo queremos nosotras, porque sino se pone que porque está el trabajo sexual hay trata de personas. No, la trata de personas en todo caso existe por una complicidad política, judicial y policial. Intentar generar un discurso en el que la culpabilidad es de la existencia del trabajo sexual es quitarle la responsabilidad al verdadero responsable, y dejar de ir a demandar al Estado y demandar a las trabajadoras sexuales (cuando nosotras ya demasiado son las situaciones por las que tenemos que pasar por las cuales nos organizamos, y las demandas que llevamos a cabo). O sea, tenemos que luchar contra el estigma, contra la discriminación, contra la explotación, contra el abuso, contra la violencia institucional, las coimas policiales, el hostigamiento, marcos de ilegalidad, falta de derechos. O sea, me parece que es demasiado exigirle a un sujeto que está criminalizado y precarizado que luche contra la trata cuando en realidad esa lucha la tiene que llevar adelante el Estado y dejar de reducirnos a nosotras a una idea de víctima, porque de ese lugar ya hace mucho tiempo que hemos salido y por eso nos reivindicamos como trabajadoras sexuales.”

En conclusión, esta “grieta” producida dentro del movimiento feminista, tiene más similitudes que diferencias. Pero la consecuencia de ello es que al movimiento no lo ayuda, simplemente divide, rompe, disgrega y no permite que se acerquen desde el dialogo abierto entre ellas y así poder encontrar una solución que sea más beneficiosa para ambas posturas. Sobre esto me explayaré más detenidamente en la conclusión de la monografía, por eso no quiero adelantar hipótesis personales.

Las prostitutas, como cualquier trabajadora, reclaman derechos laborales

En el contexto de una entrevista realizada a Georgina Orellano, Secretaria General de AMMAR, con motivo de un viaje que hizo a Francia, siendo que AMMAR fue reconocido internacionalmente por el Colegio de Abogados de París, el cual premió la lucha que lleva a cabo el sindicato contra la violencia institucional.

En esta entrevista, Georgina expresó: “Cuando se discuten cuestiones vinculadas a la prostitución o a la trata hablan las expertas: expertas en haber estudiado, expertas en tesis, expertas que generalmente no tienen mi color de piel ni la experticia de haberla vivido en carne propia. Nosotras no necesitamos iluminadas que nos cuentan sobre nuestras condiciones laborales. No necesitamos que nadie venga con una varita mágica a decirnos cómo resolver nuestras vidas. Nosotras ya resolvimos nuestras vidas a través de la organización sindical y dando la cara.

No somos objetos. Somos trabajadoras. Quien nos reduce a objetos no pensantes es el abolicionismo. Esas expertas muchas veces hablan de nosotras pero no desde la perspectiva de los derechos humanos.

En vez de ver organización sindical o precarización laboral ven mafia, corrupción, proxenetismo. Dicen: “Mirá el modelo sueco, es el modelo de la sociedad feminista”. Nosotras decimos: “En la Argentina no estamos ni cerca de

ese modelo. Estamos en la derecha y vamos a la extrema derecha”.

Nos genera contradicciones pensar qué leyes le estamos pidiendo a un gobierno así. ¿La única salida y la salvación para las mujeres, lesbianas, travestis y trans es el punitivismo? ¿Para qué endurecer las penas en un contexto neoliberal, de crisis, de violencia institucional? Endurecer las penas no va a solucionar la vida de las mujeres, le dará mayor poder a la justicia patriarcal. No queremos que intervenga el derecho penal, queremos que intervenga el derecho laboral.”²⁷³

Con esta introducción, damos pie para hablar de los innumerables derechos laborales que todavía no le son reconocidos a las trabajadoras sexuales, no solamente por motivos político-legislativos, sino principalmente por razones de discriminación social, desvalorización de su labor, hipocresía social, rigidez cultural y antiguas concepciones en torno al sexo: cómo, dónde y cuándo debería realizarse.

Podemos concebir que la raíz del problema se encuentra en que la sociedad, en su gran mayoría, no reconoce a la prostitución como un verdadero trabajo, un trabajo digno de ser reconocido y amparado por el derecho laboral, como una profesión autónoma e independiente, en donde las mujeres (y demás géneros) eligen consciente y voluntariamente proporcionar su cuerpo como elemento de trabajo, a cambio de una contraprestación en dinero u otro objeto susceptible de apreciación pecuniaria.

Sabemos que muchas veces el derecho se transforma cuando la sociedad cambia su perspectiva respecto de un tema que luego se vuelve legible. Y es ahí donde a fuerza de lucha, organización y apoyo colectivo, las trabajadoras sexuales encuentran la protección que no obtienen del Estado y se organizan para conseguir los derechos que le son inherentes como trabajadoras, ya dentro del Poder Legislativo. Pero no es un camino fácil llegar a la puerta del Congreso Nacional, se necesita mucho empuje, fuerza, lucha colectiva, concientización, empatía social y sobre todo, una descriminalización social del trabajo sexual. A partir de ahí, las puertas del Congreso se pueden abrir poco a poco para que las voces de las trabajadoras sexuales puedan ser escuchadas. Pero mientras sigan hablando bajito (por la cantidad de respaldo, no porque no gritan con la fuerza necesaria) o mientras acallen su voz, esta lucha se postergará más en el tiempo. Y así continúan viviendo en carne propia los prejuicios de una sociedad que las marginaliza, las sentencia, donde cada vez se ven más perjudicadas, pero no solamente ellas sino también su familia y la gente que cuenta con ese aporte monetario que alcanzan diariamente con su labor.

Por esa razón vemos como en la realidad argentina las prostitutas son precarizadas, invisibilizadas, maltratadas, penalizadas, vapuleadas, no solamente por los cuerpos públicos como el policial, sino por los mismos integrantes de la sociedad, de parte de los cuales reciben burlas, humillaciones y hasta violencias más explícitas, como abusos sexuales o lesiones. Muchas otras veces también concluyendo en feminicidios y transfemicidios.

273 <http://www.ammar.org.ar/El-17-de-October-de-las-putas.html>

Es por eso que desde AMMAR, a nivel nacional y en cada filial provincial, las trabajadoras afiliadas al sindicato trabajan arduamente para obtener una mejora inmediata en sus condiciones laborales, traducido en un reconocimiento por parte del Estado de sus derechos mínimos: a una obra social, a una jubilación, a una reglamentación de su profesión, seguridad y libertad en el ejercicio de su trabajo, un control médico y atención a sus necesidades sanitarias (libreta sanitaria), entre muchas otras cosas. Son totalmente merecedoras de recibir las mismas condiciones y derechos laborales que cualquier otra trabajadora de cualquier otro rubro, que su empleo sea reconocido como tal: autónomo, libre, voluntario, independiente; que se le reconozca la categoría de “servicio sexual” para que puedan realizar sus aportes, y no utilizando categorías encubiertas como peluquera o estilista, a las que muchas veces deben recurrir para ser monotributistas e ingresar al sistema fiscal.

Así lo reclaman claramente las propias trabajadoras sexuales desde la página oficial de AMMAR, en un apartado titulado “JUSTICIA ¿por qué las trabajadoras sexuales necesitamos una ley?”²⁷⁴ En el apartado se lee expresamente: “Las Trabajadoras Sexuales necesitamos una Ley para ejercer nuestra actividad amparadas en derechos laborales como cualquier trabajador/a registrado/a en el país. En Argentina el Trabajo Sexual no está prohibido pero tampoco cuenta con un marco normativo que nos garantice derechos.

La Ley de Trabajo Sexual Autónomo propone crear un registro único de Trabajadoras/es Sexuales que dependa del Ministerio de Trabajo, de forma tal que la entidad pueda controlar el ejercicio voluntario del Trabajo Sexual. Además, contempla la habilitación de cooperativas de Trabajadoras Sexuales autónomas, el otorgamiento de becas y la creación de la categoría Trabajo Sexual en el Monotributo para habilitar el acceso a obra social, aportes jubilatorios, créditos, vivienda, entre otros derechos. De igual forma, propone reinserción laboral para las personas que quieran dejar de ejercer este trabajo.”

Las trabajadoras sexuales unidas y organizadas

“La Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (Ammar) nació como respuesta al constante asedio y violencia de la Policía. Juntándonos descubrimos que la organización es la fuerza y el motor para conseguir objetivos que benefician a las trabajadoras sexuales y a la sociedad en general.

Empezamos a reunirnos a fines de 1994. En 1995 nos sumamos a la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), lo que hizo posible que conociéramos otras realidades y abandonemos la auto-marginación, al reconocernos a nosotras mismas como trabajadoras.

Desde 1997 integramos la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (RedTraSex), que tiene como objetivo apoyar y fortalecer a las organizaciones de mujeres trabajadoras sexuales en la defensa y promoción de sus derechos humanos. La Red está compuesta por 15 países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras,

274 <http://www.ammarg.org.ar/-Justicia-.html>

Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Republica Dominicana y Uruguay.

Nuestra historia como trabajadoras sexuales organizadas nos demuestra que no solo podemos denunciar, sino que podemos ser nosotras mismas quienes luchemos por transformar una realidad de abuso, explotación y discriminación. Aprendimos y desarrollamos la capacidad de gestión necesaria para el crecimiento institucional y nos fortalecimos en la búsqueda constante por hacer efectivos nuestros derechos. Las trabajadoras sexuales tenemos derechos básicos que nos asisten como seres humanos, como mujeres y como trabajadoras. Ya lo aprendimos.”²⁷⁵

Esta es la carta de presentación del sindicato de las trabajadoras sexuales en Argentina, denominado AMMAR, en su página oficial de internet. Esta institución sindical cuenta con filiales en casi todas las provincias del país, las cuales trabajan rigurosamente con los mismos objetivos: ser vistas, reconocidas y respetadas por la sociedad y el Estado.

La Secretaria General de AMMAR es Georgina Orellano, y podríamos decir que es la portavoz de la organización, la representante máxima de la institución y la dirigente que pone la voz y el cuerpo en todos los lugares donde se la requiera: medios de comunicación, charlas, encuentros, ponencias, reconocimientos nacionales e internacionales, entre otras cosas.

En su página continúan diciendo: “Por qué creemos que es importante ser un Sindicato...Para tener los mismos derechos y responsabilidades que tienen todas las trabajadoras y todos los trabajadores del país.

Ammar es el sindicato que formamos las trabajadoras sexuales argentinas en la Argentina para luchar contra la vulneración de nuestros derechos a la salud, trabajo, educación, documentación y vivienda. Luchamos fundamentalmente por la libertad de trabajo.

Elegimos ser un sindicato luego de extensos debates sobre cómo encarar nuestra lucha para no ser reprimidas, discriminadas, maltratadas y perseguidas, y porque también estamos convencidas de que saliendo de la clandestinidad es como vamos a mejorar nuestras condiciones de trabajo y por ende nuestra calidad de vida.

Nos dimos cuenta que la mejor forma para lograr esto es ser reconocidas como mujeres trabajadoras sexuales y contar con políticas públicas y normas que nos protejan, pudiendo acceder a los beneficios que corresponden a todas las personas trabajadoras, como obra social y jubilación. No pretendemos más de lo que la Constitución y la Carta Magna de Derechos Humanos expresan.”²⁷⁶

“La Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina cuenta con 19 años de crecimiento, lucha y organización. Su trabajo contribuye a la efectivización de derechos humanos que el Estado muchas veces no garantiza a todos los sectores sociales: trabajo, educación, salud, pero también una red de contención y fortalecimiento desde lo humano. En 2018, por primera vez, se logró realizar el

275 <http://www.ammar.org.ar/-Quienes-somos-.html>

276 <http://www.ammar.org.ar/-Quienes-somos-.html>

Primer Encuentro de Trabajadoras Sexuales a nivel nacional, y los lazos siguen estrechándose.”²⁷⁷

En el caso de la provincia de Córdoba, la filial provincial “AMMAR Córdoba” tiene desarrollado un importante trabajo y ha desarrollado un gran avance, no solo en la lucha por sus derechos laborales, sino también educativos, de salud, de justicia formal (lograron que por primera vez en la historia se condene al asesino de una trabajadora sexual en el año 2007 en Córdoba, en unión y coordinación con la organización a nivel nacional claro).

“Actualmente Ammar Córdoba lleva adelante una escuela primaria y secundaria, consultorio ginecológico con testeos gratuitos, centro de adicciones, sala cuna, talleres de formación, recreación y de oficio, entre muchas otras iniciativas que deciden abrir también a toda la comunidad.

Según un relevamiento realizado por Ammar Córdoba y la Facultad de Ciencias Sociales (UNC), a partir de encuestas a 224 trabajadoras sexuales de Córdoba, se sabe que más de la mitad de ellxs ejercen el trabajo sexual hace más de 10 años, mientras que **el 93% no tiene obra social, el 92% no tiene otro trabajo y el 91% no cuenta con una jubilación.**

Para tomar dimensión, hace tan solo tres años se derogó en Córdoba el artículo 45 del Código de Faltas que permitía su arresto (de las trabajadoras sexuales) por trabajar. Teniendo en cuenta este contexto de punitivismo y postergación, los logros toman una impronta enorme: Ammar logró, incluso, que la policía trabaje junto a su Área de Seguridad para colaborar de modo conjunto en la protección de lxs trabajadorxs.”²⁷⁸

¿Qué opina el derecho internacional al respecto?

Por primera vez luego de muchos años de lucha, las trabajadoras sexuales pudieron ser escuchadas por organismos internacionales, en este caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en una audiencia que se llevo a cabo el 18 de marzo de 2017. “La audiencia había sido solicitada por un conjunto de organizaciones que trabaja esta temática en el continente. El eje de la demanda fueron las condiciones indignas y las situaciones de violencias en las que tienen que desarrollar su trabajo por la falta de una regularización clara y precisa del trabajo sexual. Además de la violencia institucional que sufren a diario por parte de la policía y del personal de salud. También se habló de la necesidad de despejar la confusión existente entre trata de personas con fines de explotación sexual, explotación laboral y trabajo sexual. Para las expositoras, no despejar estos términos trae como consecuencia la criminalización del trabajo sexual y el uso indebido de políticas de lucha contra la trata como excusa para detenciones arbitrarias y violaciones a sus derechos.

Todas las expositoras hablaron del estigma y discriminación por parte de agentes del Estado hacia las trabajadoras sexuales, abriendo espacios a

277 <https://latinta.com.ar/2019/06/putas-organizadas-derechos-laborales-cuando/>

278 <https://latinta.com.ar/2019/06/putas-organizadas-derechos-laborales-cuando/>

medidas represivas y abuso de autoridad. Exigieron mecanismos de monitoreo y pidieron un informe específico a la relatora presente en la audiencia.

La audiencia estuvo encabezada por el comisionado Francisco José Eguiguren Prael. Además estuvo presente la primera vicepresidenta, Margarette May Macaulay, que también es relatora sobre los Derechos de las Mujeres, relatora sobre los derechos de las personas afro-descendientes y relatoras sobre los Derechos de los Migrantes; y el comisionado James Cavallaro.”²⁷⁹

Este logro de las diferentes organizaciones de trabajadoras sexuales de todo el continente americano, pone de resalto la gran necesidad de encontrar urgente una solución a su problema de regulación, especialmente en países de Latinoamérica y el Caribe donde reciben poca atención, no constituye el eje de las políticas laborales centrales de estos Estados, no se considera un tema de agenda política, y siempre las perjudicadas terminan siendo estas trabajadoras, esta minoría que busca ser escuchada, como todas las minorías sociales, pero como exponen ellas mismas en su página oficial: “Las Trabajadoras Sexuales somos triplemente marginadas: por ser mujeres, por ser pobres y por ser trabajadoras sexuales.”²⁸⁰

Otro organismo internacional que se pronunció al respecto fue la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Si bien realizó un informe sobre la prostitución en agosto de 1998, a pesar de los años, este documento sirve para percibir la postura que adopta el organismo ante esta problemática mundial.

En su página oficial la noticia se titula “La industria del sexo adquiere proporciones enormes en el Sudeste Asiático”²⁸¹ y comienza expresando: “GINEBRA (Noticias de la OIT) - La prostitución en el Sudeste Asiático ha crecido tan rápidamente en las últimas décadas que el negocio de sexo ha asumido las dimensiones de un sector comercial, cuya contribución al empleo y a los ingresos nacionales de los países de la zona tiene gran importancia. Así se desprende de un nuevo informe hecho público por la Oficina Internacional del Trabajo en su sede de Ginebra.”

Y continua diciendo, refiriéndose al informe citado: “el presente estudio de la OIT denuncia que la escalada de la prostitución en Asia, combinada con su creciente significación económica e internacional, tiene serias implicaciones en el ámbito de la moral pública, el bienestar social, la transmisión del VIH/SIDA, la criminalidad, las violaciones de los derechos humanos fundamentales de las personas que trabajan en ese sector, y en el de la explotación comercial de la sexualidad, especialmente en el caso de los niños que son víctimas de la prostitución. A pesar de lo cual, ninguno de los países afectados cuenta con una legislación clara, ni con políticas públicas eficaces ni con programas para abordar el problema de la prostitución. «El sector del sexo no aparece reconocido como tal sector económico en las estadísticas oficiales, en los planes de desarrollo ni en los presupuestos de los gobiernos».”

“El informe, titulado *The Sex Sector: The economic and social bases of*

279 <https://latfem.org/el-reclamo-de-las-trabajadoras-sexuales-llego-a-la-corte-interamericana/>

280 <http://www.ammar.org.ar/-Quienes-somos-.html>

281 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008503/lang-es/index.htm

prostitution in Southeast Asia, se basa en estudios detallados de la prostitución y el comercio del sexo en cuatro países: Indonesia, Malasia, Filipinas y Tailandia. Los autores del informe de la OIT ponen cuidado en advertir que la elección del sector del sexo en esos cuatro países no significa en absoluto que destaquen por tener un problema particularmente grave con la prostitución o que sus valores sociales, morales o económicos sean especialmente aberrantes. Por el contrario, estos estudios nacionales en los que se basa el informe «son ilustrativos de la situación en muchos países», puesto que la prostitución y sus problemas concomitantes son un fenómeno universal.”

La noticia es demasiado extensa para reproducirla en este trabajo monográfico, razón por la cual remitiré a quien esté interesado en ampliar la información, al link de la página de internet que se encuentra al pie de la página anterior como cita n°23. Pero sí quisiera remarcar las recomendaciones que plasmó la OIT en su informe, las cuales visibilizan su postura frente al trabajo sexual y las soluciones que deberían adoptar los diferentes países respecto de ello.

Así en la noticia se lee bajo el título “¿Qué se debe hacer?” lo siguiente: “El informe asume que «las medidas dirigidas al sector del sexo tienen que considerar la problemática moral, religiosa, sanitaria, de derechos humanos y criminal, pero teniendo en cuenta que se trata de un fenómeno de naturaleza predominantemente económica.» Un obstáculo importante en la formulación de políticas eficaces y de programas para abordar la prostitución ha sido «que los diseñadores de esas políticas han rehuído tratar directamente el problema de la prostitución como un sector económico.»

El informe afirma categóricamente que está fuera de las competencias de la OIT definirse por si los países deberían o no legalizar la prostitución. Pero, reconociendo plenamente la complejidad de atajar por entre la maraña de percepciones ambivalentes, inconsistentes y contradictorias que envuelve el tema de la prostitución, ofrece algunas recomendaciones para el desarrollo de una toma de posición política.

Proponerse la erradicación de la prostitución infantil: La OIT asevera que es imprescindible distinguir nítidamente entre el tratamiento que cabe dar al tema de la prostitución de los adultos y las medidas que se precisan para eliminar la prostitución infantil. Los niños son invariablemente víctimas de la prostitución, mientras que los adultos pueden escoger como ocupación el trabajo sexual. «Todos los convenios internacionales tratan la prostitución infantil como una forma inaceptable de trabajo forzoso; el objetivo es erradicarla por completo.» Si se consiguiera eliminar la prostitución infantil, se reduciría también el problema de la prostitución adulta, puesto que muchas prostitutas adultas afirman haber entrado en el sector del sexo cuando aún eran menores de edad.

Reconocer la variedad de circunstancias que se dan entre las prostitutas y eliminar las abusivas: El estudio de la OIT señala que algunas prostitutas eligen libremente trabajar en el sector del sexo, que otras entran en él presionadas por la pobreza y las terribles circunstancias económicas, y que otras, en fin, son introducidas en ese trabajo mediante coacciones o engaños.» Recuerda que los ingresos y las condiciones de trabajo de algunas prostitutas son muy buenas,

mientras que otras trabajan en circunstancias afines a la prisión o la esclavitud, y sufren explotación y abusos extremos. «Para los adultos que escogen libremente trabajar en el sector del sexo, la preocupación política debería centrarse en mejorar sus condiciones de trabajo y de protección social, para garantizar que gocen de los mismos derechos laborales y de los mismos beneficios que los demás trabajadores. Para quienes han sido sometidos por la fuerza, el engaño o la violencia, la prioridad debería ser rescatarlos de esa situación, rehabilitarlos y reintegrarlos a la sociedad.»

Centrarse en las estructuras que sostienen la prostitución, no en las prostitutas: «Cualquier enfoque razonable del sector sexual no puede centrarse sólo en las prostitutas consideradas individualmente», dice el informe de la OIT. «Una respuesta eficaz requiere medidas dirigidas a los fundamentos económicos y sociales» del fenómeno. «La cruda realidad es que el sector del sexo es un gran negocio, bien atrincherado en las economías nacionales y en la economía internacional», con estructuras notablemente organizadas y con vínculos con otros tipos de actividad económica legítima. «La prostitución está también profundamente enraizada en un doble rasero de moralidad para los hombres y para las mujeres, así como en el sentimiento de gratitud o de obligación que los hijos tienen hacia sus padres.»

Análisis macroeconómico: La OIT sugiere que el reconocimiento oficial de la prostitución, incluyendo el registro de quienes se dedican a esta actividad, sería sumamente útil para valorar, por ejemplo, la problemática sanitaria del sector, decidir el alcance y la magnitud de las políticas de mercado necesarias para tratar con quienes trabajan en él y estudiar las posibilidades de extender la fiscalidad a muchas de las lucrativas actividades asociadas al sector del sexo. Asimismo es importante reconocer que las políticas para la promoción del turismo, la exportación de mano de obra femenina a otros países en busca de empleo, la promoción de las migraciones del campo a la ciudad para proporcionar una mano de obra barata a una industrialización orientada a la exportación, etc., combinadas con las crecientes desigualdades de las rentas y la falta de redes de seguridad social, pueden estar contribuyendo indirectamente al crecimiento del sector del sexo.

El aspecto sanitario: La OIT lanza una advertencia: «las dimensiones sanitarias del sector del sexo son demasiado graves y urgentes para ignorarlas.» Si bien se ha desarrollado una alta conciencia de la amenaza del SIDA/VIH, los organismos estatales pueden que sigan ignorando aún el sector del sexo. «Cualquier programa sanitario dirigido al sector no puede limitarse a las prostitutas. Deberían abordarse también medidas orientadas a sus clientes, teniendo en cuenta que la cadena de transmisión desde el sector del sexo a la población incluye personas que practican el sexo sin protección alguna con sus esposas o con otras personas.»

Claramente vemos que el organismo máximo del trabajo a nivel internacional no niega la existencia de esta profesión ni mucho menos es indiferente a las consecuencias que su desregulación acarrea. Es más, invita a los diferentes Estados a tomar este tema como una cuestión pendiente a solucionar y remarca la responsabilidad que tienen ellos de, no solamente reconocerlo como trabajo digno, sino también de mejorar

la calidad de vida de las personas que lo ejercen y así consecuentemente mejorar la calidad y desarrollo de la sociedad toda, en los diferentes aspectos de la misma.

Las prostitutas frente al COVID-19

No se puede dudar de la afectación que esta pandemia trajo para el sector económico, a las pymes, pero especialmente a los y las trabajadores/as independientes e informales del país, los cuales se ven impedidos de realizar sus trabajos por las medidas sanitarias tomadas por el gobierno nacional. Dentro de este grupo se encuentran las trabajadoras sexuales, con una afectación visiblemente llamativa, ya que la situación económica de estas trabajadoras en general no era muy alentadora antes, y ahora menos en este contexto donde bajó drásticamente su poder adquisitivo ya que se ven impedidas de ejercer su trabajo, ya sea porque no pueden estar en las calles ofreciéndolo, o porque no pueden tener contacto privado con sus clientes o aquel que requiera de sus servicios. Y esto trae aparejado la imposibilidad de contar con los aportes monetarios diarios que obtenían por ello, por lo tanto la imposibilidad de solventar sus gastos y los de sus familias.

Así lo manifestó en una nota periodística²⁸² Valentina Pereyra, integrante del sindicato AMMAR, respecto de la situación que viven hoy por hoy las trabajadoras sexuales: “Como sabemos, estamos atravesando una situación de aislamiento social a nivel mundial y en Argentina no somos la excepción. Y quienes más se ven afectados son los sectores de la economía informal, en particular lxs trabajadorxs sexuales, las que a diario trabajamos para sostener nuestros hogares, muchas de nosotras trabajamos en la calle y hoy nos encontramos en una situación de extrema precariedad por la imposibilidad de obtener ingresos, sumado a la ausencia de reconocimiento de derechos laborales, el estigma y la discriminación de la que somos objeto en nuestra vida, y ni hablar de la violencia policial.

Desde de AMMAR hemos creado un “fondo de emergencia para las trabajadoras sexuales”, para tratar de asistir con alimentos no perecederos, productos de limpieza e higiene personal, ayudando en el pago de alquileres, de esta forma tratamos de evitar los desalojo de nuestras compañeras.

El tema habitacional es una de las grandes situaciones a la que nos vemos expuestas las trabajadoras sexuales a diario.

El quedarse en casa o respetar la cuarentena reflejo una desigualdad de clases sociales. Muchas compañeras trans y travestis estaban en situación de calle y no podían cumplir con el aislamiento social que solicitaba el gobierno; otras viven en hoteles de forma hacinadas, donde los contratos de alquileres muchas veces son de palabras, y tampoco eran contempladas por el decreto de prohibición de desalojos que dispuso el gobierno.

El sindicato tuvo que intervenir ayudando a pagar las deudas que tenían y ayudando con respaldo legal para llegar a algún tipo de acuerdos con los dueños o reubicar a las compañeras, para poder seguir cumpliendo con la cuarentena.

282 <https://medium.com/especial-ella-en-cuarentena/trabajo-sexual-en-tiempos-de-pandemia-c595a72afbe9>

Hemos presenciado varios accionar violentos y discriminatorios por parte de la policía, para con nuestras compañeras, cuando salían de sus vivienda para comprar víveres y las cuales fueron detenidas por “violar la cuarentena”.

A diario nos cuesta acceder al sistema de salud más aún en este contexto, se nos dificulta poder llegar (si es que llegamos) a los centros de salud, pacientes con enfermedades crónicas, y/o con tratamientos hormonales, aportamos con dinero para que puedan comprarse sus medicamentos, para no cortar con sus tratamientos.

Esta situación de pandemia sin duda modificará nuestras formas de relacionarnos y vincularnos, nada volverá a ser lo mismo, debido a las formas de resguardo que hoy en día tomamos a modo de prevención y eso también de cierta manera afectará a nuestro trabajo.

Hoy en día el gobierno nos sugiere el sexo virtual, pero muchas personas, incluyéndonos a nosotras no viene de la era tecnológica y pocas tenemos acceso a internet.

Es allí donde el Estado debería garantizar soluciones, y una ampliación derechos y oportunidades para lxs trabajadorxs sexuales.”

En consecuencia, es imposible negar los perjuicios que esta situación trae para las trabajadoras sexuales, pertenecientes a la economía informal de un país que ni si quiera las reconoce como trabajadoras, y mucho menos les importa darles una mano frente a las dificultades que disputan. Si bien no son las únicas que están en desventaja gracias a la pandemia, se ven doblemente perjudicadas al ser un sector invisibilizado y marginalizado del ámbito laboral y social.

Por eso es que, una vez más, la solución no viene del Estado sino de la red de protección y contención que crearon ellas mismas, a través del sindicato AMMAR y de las personas afines que colaboran con su causa. Cuentan con ayuda, contactos, posibilidades, pero muchas veces todos esos recursos no son suficientes para cubrir todas las necesidades y mucho menos a las trabajadoras que se encuentran en zonas periféricas tanto de la provincia de Buenos Aires, como del país en su totalidad.

Conclusión

“Hacer lo que no debe hacerse: pedir dinero por lo que debe seguir siendo gratuito. La decisión no pertenece a la mujer adulta, el colectivo impone sus leyes. Las prostitutas forman el único proletariado cuya condición conmueve a la burguesía. Hasta el punto de que a menudo, mujeres a las que nunca les ha faltado nada están convencidas de esta evidencia: eso no hay que legalizarlo. El tipo de trabajos que las mujeres no pudientes ejercen, los salarios miserables a cambio de los cuales venden su tiempo, eso no le interesa a nadie. Es el destino de las mujeres que han nacido pobres al que nos acostumbramos sin problema. Ninguna legislación prohíbe dormir en la calle a los cuarenta años. Convertirse en vagabundo es una degradación tolerable. El trabajo es otra. Pero la venta del sexo, eso le concierne a

todo el mundo, y las mujeres “respetables” tienen algo que decir al respecto.”²⁸³

Quise comenzar la finalización de mi trabajo citando a una autora feminista muy reconocida de las últimas décadas, Virginie Despentes, autora de uno de los libros más alabados por el movimiento feminista: *Teoría King Kong*. La autora escribió desde una perspectiva personal, contando su historia de vida. Tan es así que en uno de los capítulos del libro, titulado “Durmiendo con el enemigo”, cuenta su experiencia personal como prostituta en los años 90 en Francia. Fue desde la lectura de este libro, y en especial de este capítulo, donde empecé a tener una visión diferente respecto de la prostitución. Su historia y sus experiencias me llevaron a cambiar ciertos prejuicios o ideas erróneas que tenía sobre el trabajo sexual. Por ello cuando, dentro del marco de esta materia, nos propusieron la elección de un tema para realizar el trabajo monográfico final, la respuesta surgió casi inmediatamente en mi cabeza. También me inspiré en la clase de la Dra. Eva Pascual Torres, cuando trató la temática del trabajo forzado, trata de personas y prostitución, en el marco del dictado de esta materia. Ese fue el puntapié inicial para que hoy, 2 de junio, este entregando este trabajo monográfico, casualmente (o no) en el Día Internacional de las Trabajadoras Sexuales.

Gracias a la iniciativa de esta propuesta monográfica pude adentrarme en un tema tan amplio y exquisito, con tantas aristas, con tantos puntos de vista y con tantas propuestas superadoras por realizar. La división “inconciliable” entre feministas abolicionistas y reglamentaristas terminó no siendo tan innegociable. Las posturas están dadas y las teorizaciones son muchas, pero las que tienen que poner el cuerpo son las trabajadoras sexuales, que sufren día a día las desventajas económicas, sociales y culturales que la realidad les ofrece. No las ampara ni el Estado ni sus propios compatriotas. Se las discrimina, se las rechaza, se las juzga, se las somete, se las violenta, se las asesina. Como sociedad le hemos dado la espalda, como movimiento feminista muchas veces también. Por suerte se tienen entre ellas, tienen una organización sindical que les da voz, que lucha su causa, que no las deja en el abandono. Pero el camino es largo y todavía falta mucho terreno por ganar, muchos derechos por conquistar.

Reconocer a las prostitutas como verdaderas trabajadoras será avanzar como una sociedad más igualitaria, sin dejar a nadie afuera. Dándoles lo que desde siempre les perteneció y les fue negado: derechos humanos laborales. Que las traten con dignidad, eso piden. Ser reconocidas como un ser susceptible de recibir el mismo trato, no solamente en el ámbito laboral, sino también en la sociedad que cohabitan. Pretenden ganar su dinero legítimamente, no están robando a nadie, no están estafando ni violentando, pero sin embargo se las trata como delincuentes. Y todo esto ¿por qué? ¿Por qué la sociedad no puede aceptar otras maneras de obtener remuneración que no sea en un “trabajo formal, digno y moralmente aceptable”? ¿Qué las diferencia de una obrera, de una peluquera, de una ama de casa, de una barrendera, de una empleada de comercio? Pocas cosas creo yo, pero lo que si principalmente las une es que pertenecen a una minoría: mujeres de la clase trabajadora. En este caso mujeres precarizadas, que pelean incansablemente por sus derechos para no

283 Despentes Virginie, *Teoría King Kong*, Traducción de Paul. B Preciado, Ed. Literatura Random House, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p.67-68

ser concebidas como trabajadoras “de segunda”. La moral social trabaja así, y nos guste o no, determina quiénes están afuera y quiénes adentro, lo normal y lo anormal. Y nos guste o no, también nos hace responsables. Me gustaría imaginar un mundo más inclusivo, más igualitario, donde se dé lugar a las mujeres, lugares de poder y reconocimiento. No creo que estemos muy lejos de eso, pero como sociedad todavía nos falta. Hoy en día “la profesión más antigua del mundo” es la más vapuleada y marginalizada.

Propongo que a través de este trabajo y las transformaciones sociales y políticas que se están suscitando actualmente, podamos visibilizar y poner de resalto cada vez más las injusticias y las desigualdades existentes para que esta realidad vaya cambiando de a poco, y para que nuestros hijos e hijas puedan vivir en una sociedad cada vez más justa. Más allá de que no detentemos un cargo político, podemos aportar nuestro granito de arena, ya sea como padres o madres, amigos/as, educadores, familiares, compañeros/as de trabajo, etc. siempre podemos desde nuestro lugar apoyar las causas que luchan contra las injusticias, siempre podemos hacer algo, pequeño posiblemente, pero las grandes transformaciones son sutiles.

DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS

Maite Cisneros

Introducción

Este trabajo tiene la finalidad de realizar un análisis sobre la comunidad LGBTQ respecto de los derechos humanos en el ámbito laboral. La sigla significa lesbiana, gay, bisexual, transgénero, y queer (en proceso de averiguarlo). Este comprende a las actividades e iniciativas sociales y políticas que luchan por la tolerancia y en contra de la discriminación y la violencia homofóbica, busca un reconocimiento real de los derechos de dichas personas en diferentes ámbitos e igualmente simboliza a otros grupos de diversas sexualidades que no sean aquellos mencionados en las siglas.

A lo largo del desarrollo del presente, por un lado, se profundizará en la evolución de su reconocimiento en cuanto sujeto de derecho y en cuanto sujeto social y, por otro lado, se analizará desde un punto de vista sociológico y cultural las razones de su histórica discriminación. Luego se desarrollará el punto de vista jurídico, los derechos humanos que se encuentran en juego dentro del ámbito laboral, acompañado con un trabajo de campo para visibilizar la realidad sobre la discriminación, trato desigual y violación de la intimidad.

La hipótesis será la siguiente: “Las personas que forman parte de la comunidad LGBTQ es prejujada y discriminada. Éstas no reciben un trato igualitario, ni es respetado el derecho a la intimidad en el ámbito laboral”.

Con el fin de abordar la temática recientemente expuesta, es que utilizaré como disparador la película *Philadelphia*²⁸⁴ que nos sitúa en principios de la década del '90 en EEUU, en medio de una pandemia de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), “una enfermedad caracterizada por la aparición de numerosas infecciones oportunistas y de algunos tumores, como consecuencia de la destrucción gradual del sistema inmune provocada por el VIH, y de manifestaciones nerviosas derivadas de la acción directa del virus.”²⁸⁵ En base a este filme quiero visibilizar la sociedad de esa época y la discriminación hacia las personas homosexuales, los prejuicios hacia el SIDA, teniendo esta una connotación meramente sexual, la vulneración de derechos humanos, trato desigual y exclusión que sufren las personas homosexuales que la padecen. El interrogante que me planteo es si la comunidad LGBTQ ha ganado terreno en el mundo del derecho y en el caso que así sea, si esto se traspola al “mundo real”.

Adelantándome a la respuesta de dicho interrogante, si bien el movimiento LGBT ha incentivado muchos cambios sociales-culturales y luchado por la tolerancia, logrando un gran avance sobre todo en materia jurídica; es palpable la situación de vulnerabilidad en la que aún se encuentra este grupo social, ya que desde distintos lugares y a través de distintos medios han sido discriminados. No creo que haya una igualdad real, ya que, si bien ha ido evolucionando la

284 Demme, J. 1993 *Philadelphia* [cinta cinematográfica]. Estados Unidos: Tristar Pictures.

285 Pérez Ochoa Lopez, L “Revista Med Cine 2” (2006) pág 21.

sociedad, sumada la constitucionalización de derechos humanos, aún quedan resabios de las tradiciones pasadas con lo cual muchas veces los derechos personalísimos se ven “flamantes” en los papeles, pero no se visualizan en la realidad o bien se restringen.

Desarrollo

Breve reseña de la película “Philadelphia”

Andrew Beckett es un abogado que trabaja en un bufete muy reconocido. Es homosexual y en su vida profesional ha mantenido este aspecto en secreto. Andrew padece del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Cuando se dan cuenta en su trabajo de su enfermedad y de su condición de homosexual hacen desaparecer unos documentos importantes de su despacho para justificar su despido. Andrew decide demandarles por despido improcedente, alegando que la causa fue discriminatoria. Ningún abogado quiere tomar el caso; finalmente Joe Miller, acepta ayudarlo porque cree que claramente es una situación de discriminación, quien logra entrometerse en la causa y en cierta forma terminar con los prejuicios que tenía sobre los homosexuales. El jurado falla a favor de Andrew, quien finalmente muere en una situación de vulnerabilidad tanto física como emocional, debido al largo, tedioso y doloroso proceso por el cual se vio obligado a transitar para lograr un reconocimiento de sus derechos.

A lo largo del entramado de la película se puede entrever una serie de derechos en tensión, conflicto o pugna, tales como el derecho a la intimidad respecto de no revelar su enfermedad ni su orientación sexual a sus empleadores, derecho de no discriminación por religión, raza u orientación sexual. Derecho al honor, especialmente durante el juicio donde la estrategia de la contraria era no solo desprestigiar su trabajo como abogado sino también crear una imagen de Andy como promiscuo.

Sobre el poder, la sociedad y la orientación sexual. Contextualización socio-cultural.

Para desarrollar el trabajo es necesario analizar el contexto en que transcurre Philadelphia, década de los '90, una época de convulsión para el movimiento LGBTQ debido a la pandemia del SIDA y su inmediata asociación con la homosexualidad.

Analizando la sociedad desde Foucault, éste autor establece que está atravesada por el poder a partir de red de relaciones de discursos, prácticas, instituciones, que influyen a todos los sujetos de forma horizontal y permeable²⁸⁶; siguiendo a este autor, es que se verá al poder no desde su centro, sino desde extremos, vemos al derecho no desde el centro sino desde sus márgenes. El poder trasciende las relaciones, generando dominantes y dominados creándose una relación subalterna y excluyente .A partir de instrumentos de dominación,

286 Sáez, J. “El contexto sociopolítico del surgimiento de la Teoría Queer. De la crisis del Sida a Foucault. Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas” (2005). Barcelona.

grupos ejercerán poder sobre otros. También hay que tener en cuenta que el derecho es una forma de dominación. Es patente como a lo largo de la historia el homosexual ha sido ocultado, dejado de lado, esta “sociedad del encierro”, se ha ocupado de penalizar este “desorden” en su comportamiento sexual; separándolos del resto de la sociedad, evitando la normalización de la situación, mostrándolos como anormales y desplazándolos.²⁸⁷ Así es como lo expresa el abogado en la película al decir: “Llevar el sida y a los que los padecen lo más lejos que podamos”. Es decir que quien padece de sida debe estar separado, “no es normal” no puede mezclarse con la gente normal y la idea inculcada tradicionalmente a las personas fue siempre esa, como le dice Joe a Andy: “cuando te educan como me educaron a mí, no se habla mucho de homosexualidad o estilo de vida alternativo, te enseñan que los homosexuales son raros, que se visten como sus mamás y que lo único que quieren hacer es manosearte”.

En la época de que nos sitúa hay un especial énfasis en la homosexualidad la cual todavía era concebida como una desviación y respaldada por la ley. Cuando Foucault nos habla de “dispositivos de sexualidad”²⁸⁸ lo hace entendiendo esto como una herramienta para catalogar personas de manera estable como si fuera a partir de una especie de esencia intrínseca: la histérica, el loco, el perverso, etc. Este concepto tiene relevancia ya que ayuda al desarrollo de teorías que van en contra de tratar la homosexualidad partir de términos médicos psiquiátricos y psicológicos como se venía estudiando desde el siglo XIX, lo que contribuyó a que sea una patología hasta 1990, cuando la OMS retira la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales. Sin embargo, el derecho tuvo un rol de dominación al mantener, por un largo tiempo, a la persona homosexual como sujeto jurídico, catalogado bajo la figura de la sodomía, delito que estuvo presente en los EEUU hasta el 2003. ¿Cómo el derecho puede ser un instrumento de dominación? El Estado posee y realiza no sólo violencia física, sino también violencia simbólica legitimada, y el derecho es la palabra oficial del Estado, no la del juez. Tampoco es un derecho objetivo, sino que es creación del operador jurídico, ni es neutro, crea las cosas que nombra, tiene un efecto performativo de la realidad, la cambia con solo nombrarla.²⁸⁹

Con lo expuesto, es posible visualizar que la película transcurre en una sociedad homofóbica, conmocionada ante el SIDA que se circunscribía a la comunidad LGBTQ, generando una doble exclusión. “El sida es uno de esos fenómenos donde las estrategias del biopoder se despliegan con mayor visibilidad. Alrededor del SIDA circulan prácticas y discursos médicos, morales, institucionales, políticos, discursos de verdad sobre el cuerpo, y a su vez circula un contrapoder de saberes populares ante: la pasividad de las autoridades frente a la crisis del sida, rápidamente las asociaciones de gays, lesbianas y transexuales se organizaron y difundieron medios e información sobre sexo seguro en los barrios gays”²⁹⁰.

287 Foucault, M. “La sociedad punitiva”. En la vida de los hombres infames (1996). Ed. Altamira, La Plata, p 23-32.

288 Sáez, J.” El contexto sociopolítico del surgimiento de la Teoría Queer. De la crisis del Sida a Foucault. Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas” (2005). Barcelona.

289 García Inda, A en Pierre Bourdieu “Poder, Derecho y Clase Sociales” (2001). Bilbao: Descleé de Brouwer.

290 Sáez, J. “El contexto sociopolítico del surgimiento de la Teoría Queer. De la crisis del Sida a

Para explicar el mundo del derecho y su desenvolvimiento nos parece acertada la concepción de Bourdieu, quien estudia la sociedad a través de campos sociales²⁹¹ donde los agentes interactúan, compiten en ese espacio social que es relativamente autónomo, ya que se relaciona con otros espacios del todo social. El derecho, para este autor, es “el campo donde se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse de la fuerza física”²⁹²; se lo puede concebir como discurso y como espacio, es decir un campo donde se negocia el derecho como discurso. El ámbito jurídico se distingue por ser, a diferencia de otros, mayormente cerrado, debido a que los agentes que interactúan en él tienen una formación especial, una preparación y hasta manejan un lenguaje específico.

Lo mismo sucede con otros grupos, éstos suelen ser relativamente cerrados, en el ámbito laboral es notoriamente visible esta situación, en principio quienes lo integran son ciertas personas con características específicas y algunas de estas decidirán el ingreso de otros agentes, para eso, tendrán en cuenta sus características, sus destrezas, aptitudes y quiero demostrar que también tienen en cuenta la orientación sexual, en realidad, la heterosexualidad.

Además es relevante ver como el derecho ejercía lo que el autor denomina “la violencia simbólica” a través de la desprotección de dicha comunidad y de otros vulnerados. Hoy es necesario reconocer que hay un plexo normativo inderogable gracias a nuestro régimen constitucional de 1994. Son los llamados derechos humanos según la Organización de las Naciones Unidas son “aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”.²⁹³

Sin embargo, hay que admitir que muchas veces este gran ordenamiento de normas queda en el mundo ideal y no es aplicado en la realidad dando lugar a múltiples injusticias.

El mundo jurídico tiene inmediata relación con el habitus²⁹⁴ jurídico en el que se desarrollan los operadores jurídicos, una forma de socialización propia de este campo.

Un habitus que muestra el derecho como objetivo, a priori, empapado por conceptos de igualdad meramente formal, externo y neutro, lo que lleva a formar abogados bajo esta concepción y que, ante sus trabajos, toman una posición desvinculada de la situación real.

Foucault. Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas” (2006). Barcelona. p 75.

291 Conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que compiten por poder y capital. García Villegas, M. “el derecho en la obra de Pierre Bourdieu” en Sociología y Crítica del derecho, p 236

292 García Inda, A en Pierre Bourdieu “Poder, Derecho y Clase Sociales” (2001). Bilbao: Descleé de Brouwer.

293 Organización de las Naciones Unidas <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

294 García Inda A, en Pierre Bourdieu “Poder, Derecho y Clase Sociales” (2001). Bilbao: Descleé de Brouwer.

Esto se visibiliza en la clase de abogado que es Joe en la primera parte de la película. Limita su actuar a trabajar por lo justo sin tomar posición por su cliente ni defenderlo ante la discriminación, Joe está constantemente incómodo y negado a que se lo asocie con la homosexualidad.

El derecho muestra su importancia simbólica²⁹⁵ como discurso: tiene efectos sobre la realidad, crea las cosas que nombra y con esto se limita a las situaciones de culpable e inocente, sino que también repercute a nivel social por la connotación que puede tener cierta resolución. Es decir, lo que el derecho dice o no dice por la comunidad LGBTQ tendrá repercusión como instrumento de cambio social.

Como operadores jurídicos hay que generar rupturas y cuestionamientos a lo establecido; repensar lo que percibimos como natural, de construirnos, romper con las estructuras tradicionales.

Hoy en día hay otras formas de ejercicio de la abogacía, un habitus alternativo con motivaciones éticas, que vuelve a poner en el centro a los valores; desarrollando vínculos con sectores vulnerables de la sociedad o minorías, con un posicionamiento político y crítico con respecto al derecho. Dentro de las clases de abogados que eligen un ejercicio activista están: los abogados alternativos (priorizan lo político por sobre el derecho, siempre va a haber una política movilizadora) y los de interés público (le dan central importancia al derecho, antes que lo político)²⁹⁶. Joe Miller se inscribe en esta última clasificación, ya que este tipo de operador jurídico prioriza el derecho y, a partir de allí, define su actuar político, ellos pretenden que la causa jurídica repercute en la opinión pública como estatal y trabajan internamente desde las instituciones del Estado para generar una transformación, en especial las de justicia y adhieren en su mayoría a la promoción de valores democráticos liberales, ciudadanos y de derechos humanos.

La práctica del derecho a través de nuevas instituciones vuelven a poner los valores en el centro, alejándose del estereotipo de abogado neutral que toma el caso de un cliente y de manera objetiva intenta se aplique el derecho “objetivo” al caso particular. Los invito a reinventarse, a cuestionarse su rol y a empezar a transformar el derecho y su ejercicio.

Heteronormatividad y heterosexismo.

El ámbito laboral es heteronormativo y heterosexista hasta el día de hoy quedando aliada la comunidad LGBTQ.

La heteronormatividad es dar por supuesto que todas las personas que nos rodean -en este caso, en el trabajo- son heterosexuales, y organizar todo el sistema en función de esa presunción.

295 Pierre Bourdieu (2001) “Poder, derecho y clases sociales”. Bilbao: Descleé de Brouwer.

296 Manzo, M “Identidades Profesionales: El lugar que ocupa el derecho y la política en el ejercicio profesional de los abogados activistas en Argentina” (2016). Dereito & Praxis. Rio de Janeiro, Vol 7, N. 15, 2016, p.175-212.

El heterosexismo es, asimismo, la asunción de que la heterosexualidad es más deseable que cualquier otra opción sexual; es también la estigmatización, denigración o negación de cualquier cosa que no sea no heterosexual. Esta actitud se emplea para justificar el maltrato, la discriminación y el abuso de personas que no se ajustan a la heterosexualidad normalizada.²⁹⁷

Judith Butler en la Teoría de la performatividad del género afirma: “los ideales de masculinidad y feminidad han sido configurados como presuntamente heterosexuales, como si la heterosexualidad fuera un a priori, esto es, una estructura independiente de la experiencia. Este paradigma a su vez presupone la estabilidad del binarismo de género y depende de la alineación entre sexo, género, deseo y práctica sexual.”

Diversidad sexual y derechos humanos.

Los derechos humanos son “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”.²⁹⁸

Los derechos de personas LGBTQ no se tratan de derechos especiales a los que tienen el resto de las personas, sino que se trata de reconocer los derechos a todas las personas, sin distinción de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género y diversidad corporal.²⁹⁹

La diversidad sexual nos integra a todos. Los seres humanos somos sexuados, sexuales y distintos. Tenemos una orientación sexual, un cuerpo sexuado y una identidad de género; y expresamos nuestro género de forma diferente. Se refiere a que cada persona pueda desarrollarse tal cual es y se siente, dando lugar a un crecimiento individual de la persona.

La diversidad sexual se relaciona con la humanidad; de todas las personas desde el rasgo propio de cada una, desde su identidad, ese conjunto de caracteres que hacen a las personas únicas y diferentes. Por ello, la misma es amplia, entiende todas las orientaciones sexuales, identidades, expresiones de género diversidades corporales y busca romper con estereotipos sociales establecidos.

El derecho a la diversidad sexual se encuentra reconocido internacionalmente. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, estos fueron adoptados en Yogyakarta, Indonesia en 2006. Son un antes y un después en los derechos LGBTQ, los mismos establecen estándares básicos sobre derechos humanos y recomendaciones para los estados.

297 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, INADI (2016): “Diversidad sexual en el ámbito del trabajo”. Bs As, Argentina.

298 Arese, C: “Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo” (2014). Ed: Rubinzal Culzoni, Bs. As, Argentina, p 14.

299 Secretaría de Derechos humanos y Pluralismo Cultural: “Hablar de diversidad sexual y derechos humanos”(2018). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p 7-8.

Estos tienen como premisa “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”³⁰⁰

Algunos de los principios son: a la vida, seguridad, privacidad, trabajo, educación, vivienda adecuada, igualdad, no discriminación, a la familia, etc.

El principio número 12 es el del derecho al trabajo, y se establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Los Estados:

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración; Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias.”³⁰¹

A su vez el Convenio 111 de la OIT reafirma el derecho a la diversidad sexual de manera indirecta, estableciendo el derecho a no discriminación por cuestiones de sexo en el artículo 1.

“1. A los efectos de este Convenio, el término [discriminación] comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

300 Organización de las Naciones Unidas (2006) <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

301 Principios de Yogyakarta (2006) https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2_p_20

3. A los efectos de este Convenio, los términos [empleo] y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”³⁰²

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1 establece que todas las personas son libres iguales. Esta declaración está confeccionada sobre la base de la libertad, igualdad, derecho a la vida, no discriminación. Hay dos artículos relacionados con la diversidad: “Artículo 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.” “Artículo 16:1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”³⁰³

También se garantiza la diversidad sexual por distintas leyes internas como:

La Ley de Educación Sexual Integral (Ley N° 26.150, de 2006), que dispone la implementación de la educación sexual integral desde una mirada de diversidad sexual y derechos humanos. Se fundamenta en la concepción de que la educación sexual es un derecho de niñas, niños y adolescentes.

- La Ley de Matrimonio Igualitario (Ley N° 26.618, de 2010), que reconoce la unión conyugal entre dos personas más allá del género y/o sexo de estas.

- La Ley de Salud Mental (Ley N° 26.657, de 2010), que prohíbe el diagnóstico en base a elección o identidad sexual (art. 3 c),

- La Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743, de 2012), que reconoce el derecho a la identidad de género de las personas, garantizando el trato digno, la rectificación registral de la Partida de Nacimiento y del Documento Nacional de Identidad, sin requerir autorización judicial, diagnóstico médico o modificación corporal acorde al género autopercebido. Esta ley contempla el acceso integral a la salud de las personas trans, incorporando las intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales en el plan médico obligatorio (PMO). Ha sido de vanguardia en tanto garantiza el derecho a la identidad de género autopercebida a niñas, niños y adolescentes.

- La Ley de Femicidio y Crímenes de Odio (Ley N° 26.791, de 2012), que

302 Convenio 111 OIT (2020) http://www.concejodeliberante.laplata.gov.ar/digesto/Protocolo/Convenio_111.pdf

303 Declaración Universal de Derechos Humanos (2020) https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

modifica el art. 80 del Código Penal incorporando expresamente como agravante cuando el homicidio lo fuera en base a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

- La Ley de Reproducción Humana Asistida (Ley N° 26.862, de 2013), que determina el acceso integral a las técnicas y/o procedimientos de reproducción médico-asistidos para las personas mayores de edad sin distinción del estado civil, identidad de género u orientación sexual.

- La Reforma del Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994, de 2015), que ajustó su texto a la perspectiva de derechos Hablar de diversidad sexual y derechos humanos. Guía informativa y práctica 14 humanos introducida por la normativa internacional en la materia, y en particular, en el marco de la diversidad sexual, por las leyes de Matrimonio Igualitario e Identidad de Género, incorporando a su vez el instituto de la Voluntad Procreacional como elemento central para la determinación de la filiación de niñas y niños nacidas/os por Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

- Las Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación (Resoluciones 1507, 1508 y 1509 de 2015) que modifican la reglamentación de la Ley de Sangre (Ley 22.990) asegurando que los requisitos de donación no tengan contenido discriminatorio como sucedía anteriormente que impedían la donación de sangre de la población GBT (gays, bisexuales y trans).³⁰⁴

Y recientemente se aprobó la Ley Micaela o Ley de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (N° 27499) establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.³⁰⁵

Diversidad sexual y el ámbito laboral

Nuestra Constitución Nacional en el artículo 14 establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar...”. El artículo 14 bis consigna: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”

Es necesario garantizar el trato digno e igualdad de oportunidades

304 Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural: “Hablar de diversidad sexual y derechos humanos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (2018). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. p 12-14.

305 Wikipedia (2018) https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_Micaela

hacia las personas LGBTQ por medio de la incorporación de la perspectiva de diversidad sexual en políticas y programas de entidades según lo determinado por la Constitución, Declaraciones y Leyes internas.

Las organizaciones deben asegurar la igualdad y no discriminación hacia los empleados LGBTQ en la contratación, el empleo, las condiciones laborales, las prestaciones y beneficios. Es decir, deben asegurar un ambiente laboral efectivo y real para puedan trabajar con dignidad.

Además deben realizar acciones de impulso de los derechos y garantizar que los demás conozcan las políticas de la organización en materia de diversidad sexual. Promover una comunicación interna y externa inclusiva que evite estereotipos. Establecer canales de denuncia y protocolos de actuación para la resolución de conflictos en casos de discriminación.

Es necesario el uso del lenguaje inclusivo de la diversidad sexual, para eso es necesario que la empresa, institución se encargue de: Visibilizar la diversidad de identidades sexuales sin reproducir estereotipos. Utilizar terminología representativa, respetuosa y precisa de la comunidad. No utilizar como insulto o de forma despectiva las expresiones que aluden a las identidades sexuales de las personas. Respetar el principio de autodeterminación de la identidad y orientación sexual de cada persona para lo cual se preguntará a la persona el modo y el pronombre con el que prefiere ser nombrada, y respetar así la identidad de género autopercibida. En los medios de comunicación evitar la discriminación sobre las identidades sexuales de las personas. Utilizar imágenes que reflejen la diversidad sexual.³⁰⁶

Derecho a la intimidad

Se trata de un derecho humano fundamental, se refiere al ámbito reservado de la vida, de las acciones, asuntos, de los sentimientos y afecciones del individuo o su familia.

Es un ámbito de privacidad, que el mismo sujeto desea mantener dentro de esa misma orbita sin intromisiones de terceros, siempre y cuando respetando el artículo 19 de la Constitución Nacional “las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan la moral y las buenas costumbres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El artículo 18 de la Constitución Nacional enuncia: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Hoy en día algunos autores han ampliado esta esfera a la manipulación de información y datos de la persona.

Está compuesto de dos elementos: la exclusión y la autoconfiguración. La

306 Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural: “Guía de buenas prácticas institucionales respetuosas de la Diversidad Sexual y los Derechos Humanos” (2019). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, p 5-6.

primera posibilidad así titular la atribución de excluir a terceros de esa órbita de la persona privada.

La autoconfiguración se refiere a los actos que realiza la persona que hacen que esa órbita sea más o menos abierta, esta es diferente dependiendo de cada sujeto. Es importante destacar que este derecho tiene que ser garantizado en el ámbito laboral desde el ingreso, desarrollo y extinción.

No solo se encuentra garantizado por el artículo 18, 19 de la Constitución Nacional, además existen tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional por el art 77 inc.22. DUDH de 1948 en su artículo 12 establece que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra y reputación".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5) consagra el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar: "... Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar."

La Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 11 protege la Honra y de la Dignidad de toda persona, estableciendo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia ni ataques ilegales a su honra y reputación y tiene derecho a la protección contra esos ataques.

Los Principios de Yogyakarta enuncian el derecho a la privacidad estableciendo:

"Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en cuanto a su familia, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. El derecho a la privacidad normalmente incluye la opción en cuanto a revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas. Los Estados:

- Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el derecho de cada persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a disfrutar de la esfera privada, las decisiones íntimas y las relaciones humanas, incluyendo la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad de consentimiento, sin injerencias arbitrarias;
- Derogarán todas las leyes que criminalizan la actividad sexual que se realiza de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y asegurarán que se aplique una misma edad de consentimiento a la actividad sexual entre personas tanto del mismo sexo como de sexos diferentes;
- Garantizarán que las disposiciones penales y otras de

carácter jurídico de aplicación general no sean utilizadas de hecho para criminalizar la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento;

- Derogarán cualquier ley que prohíba o criminalice la expresión de la identidad de género, incluso a través del vestido, el habla y la gestualidad, o que niegue a las personas la oportunidad de modificar sus cuerpos como un medio para expresar su identidad de género;
- Pondrán en libertad a todas las personas detenidas bajo prisión preventiva o en base a una sentencia penal, si su detención está relacionada con la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o con su identidad de género;
- Garantizarán el derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla.”³⁰⁷

La ley 23592 “Penalización de actos discriminatorios y otras leyes sobre discriminación” establece: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.”

Es importante ver cómo jurídicamente se ampara a las personas LGBTQ, tanto en la inserción laboral como para el mantenimiento del empleo. Suele existir vulneración e intromisión a la órbita privada de la persona. Esa esfera de intimidad jamás tiene que verse afectada por comentarios, burlas y opiniones respecto de la orientación sexual y/o identidad de género de algún sujeto ni tampoco por conductas de los empleadores y empleados, como por ejemplo: búsqueda, investigación sobre la vida privada de algún empleado o futuro empleado.

En conclusión, no tiene por qué haber relación o interferencia alguna entre el ámbito laboral y la vida privada de ese empleado. Ésta última tiene que estar reservada a la autoconfiguración de cada sujeto, obviamente la misma variará según cada sujeto, cuán reservado sea, cuanta publicidad haga de su vida y demás.

Derecho a la igualdad: discriminación, intolerancia, violencia laboral

Puede que las personas LGBTQ sufran discriminación en el acceso a y el mantenimiento del empleo. Su orientación sexual y/o identidad de género pueden

307 Principios de Yogyakarta (2006) <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

estar expuestas en el lugar de trabajo con el consiguiente acoso, humillación o despido. Para estas personas en particular, la privación de empleo más otras afecciones como la falta de recursos, vivienda, educación y contención familiar hacen altamente improbable la posibilidad de conseguir trabajos en blanco o bien remunerados. Por lo que se puede ver un trato diferenciado hacia las personas que integran la comunidad.

El derecho al trato igualitario está consagrado por la Constitución Nacional en el artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

Por lo tanto en esencia todos somos iguales, pero en cuanto a características físicas y psíquicas todos somos distintos. En consecuencia para un concepto integral de igualdad es necesario tener en cuenta las similitudes y diferencias.

Este derecho se ve vulnerado por la discriminación, intolerancia y violencia laboral.

El Comité de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas, define a la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”³⁰⁸

La intolerancia definida por la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia en su artículo 5 inciso 1: “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 en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”.

La violencia laboral debe considerarse como violencia laboral a todo acto idóneo para producir en forma directa o indirecta un daño físico, moral o psíquico, el asedio o acoso sexual o psicológico, maltrato episódico o continuado, amedrentamiento, intimidación y hostigamiento sobre un trabajador producido por el hecho, en ocasión o en relación con el trabajo dependiente.³⁰⁹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene varios artículos relevantes:

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse

308 Arese, C “Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo” (2014). Ed: Rubinzal Culzoni, Bs. As, Argentina, p 55.

309 Arese, C “Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo” (2014). Ed: Rubinzal Culzoni, Bs. As, Argentina, p 56.

fraternalmente los unos con los otros.”

Artículo 2: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

El artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

El artículo 23 expresa:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la discriminación en el artículo 2 inciso 2: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos 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 el artículo 7: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.”

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2 inciso 1 expresa: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a 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 es importante el artículo 1 del Convenio 111 de la OIT (desarrollado

supra) y el artículo 2 que obliga a los miembros llevar una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación.

La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR en su artículo 4 refiere a la no discriminación, establece criterios similares a los artículos ya mencionados.

Existen muchísimos instrumentos más donde se garantiza la igualdad, no discriminación y tolerancia. Por lo tanto la cuestión es la siguiente: ¿Por qué la comunidad LGBTQ sigue siendo discriminada? ¿Qué justifica el trato desigual, la intolerancia y la violencia constante hacia estas personas? Personalmente, creo que no hay ningún tipo de justificación, necesitamos urgente un cambio de paradigma, la sociedad tiene que aprender a deconstruirse y reconstruirse.

Reafirmo la obligación que tenemos como operadores jurídicos de achicar la brecha de desigualdad, específicamente en el ámbito laboral. Es evidente que existe trato diferenciado o mejor dicho, maltrato o destrato a ciertas personas por cuestiones de raza, género, sexo, etc., a tal punto que muchas personas no pueden hacer efectivo su derecho a trabajar y por consiguiente un montón de otros derechos humanos resultan inalcanzables.

Trabajo de campo

Me pareció interesante realizar un trabajo de investigación que me de algunas opiniones al respecto, muchas de las encuestas fueron realizadas por estudiantes de derecho, también es conveniente aclarar que tengo acceso a parte privilegiada de la comunidad LGBTQ.

Los resultados surgen de 100 encuestas realizadas dentro de la provincia de Córdoba. El 95% de los encuestados tienen entre 20 y 30 años, el 86% de las personas encuestadas cree que existe discriminación, mientras que un 14% no. Un 91% considera que hay violación del derecho a la intimidad (el 9% restante lo niega).

Un 14% afirma haber sufrido desigualdad y violación del derecho a la intimidad. En el anexo están descritas varias de las situaciones descritas por los encuestados. Un 93% piensa que la comunidad LGBTQ sufre trato desigual. Un 80% entiende que se ha avanzado en derechos humanos laborales pero un 54% opina que no se ve garantizado o reflejado en la realidad.

El 99% si emplease personas pertenecientes a la comunidad LGBTQ. Es importante resaltar la diversidad de opiniones que hay a la hora del por qué emplear a una persona perteneciente a la comunidad: por su calidad de personas, aptitudes, inteligencia, derecho a trabajar, etc.

Además existe un informe llamado “Informe sobre los resultados de la prueba piloto en la ciudad de Paraná para la encuesta de condiciones de vida de la población trans en Argentina y encuesta sobre población trans”³¹⁰. En el mismo

310 Gobierno Argentino: “Informe sobre los resultados de la prueba piloto en la ciudad de Paraná para

encuestaron 60 personas. Algunos de los resultados son los siguientes: el 68% no tiene cobertura de salud, solo un 17% tiene obra social y un 12% cuenta con programas, planes de salud o prepagas.

En cuanto a educación el 52% de las personas entrevistadas tiene la primaria completa pero el secundario incompleto. Un 17% no tienen instrucción o alcanzaron un máximo nivel de instrucción educativa de primaria incompleta, 20% cuenta con el secundario completo y el terciario sin terminar y solo un 3% tiene terciario completo.

Las preguntas realizadas sobre ocupación establecieron que 73% realiza actividades a cambio de dinero, la más mencionada (únicamente por feminidades trans) es prostitución 25%. Otro 27% agrupa varias actividades: peluquería, cuidado de personas, venta de diferentes productos y otras.

Otro dato relevante es que el 73% del total de la manifestó haber ejercido esta actividad en algún momento de su vida. Cabe aclarar que solo feminidades trans responden en esta pregunta afirmativamente.

Respecto a la búsqueda de trabajo, más de tres cuartos (77%) se encuentra buscando trabajo y hay un acuerdo casi total (88%) en considerar que la identidad de género trans dificulta la búsqueda exitosa de trabajo.

En definitiva estas dos encuestas demuestran o visibilizan desigualdad, discriminación y violación de derechos humanos tanto en la órbita laboral como en otros ámbitos.

Respecto del ámbito laboral es evidente la dificultad de las personas que integran la comunidad LGBTQ a la hora de conseguir empleo, la inserción laboral está muy acotada a punto tal que suelen tener trabajos informales o “en negro”. La prostitución es una de las alternativas más utilizadas para poder obtener medios de subsistencia (más allá de la discusión de considerarlo trabajo o no, es necesario tener en cuenta que cualquier persona en esa esfera suele quedar vulnerada en sus derechos, sus libertades se ven limitadas, suelen existir situaciones de agresión, abuso, violencia, etc.).

Por lo tanto, no se puede desconocer los avances jurídicos existen. El sistema normativo si ampara la protección y el cuidado de la comunidad LGBTQ, sin embargo, en la realidad siguen existiendo múltiples desigualdades frente a la vida y la sociedad.

Para finalizar este capítulo, es oportuno traer a colación un fallo de la Suprema Corte del 8 de mayo de 2019³¹¹: En 2013, Valentina empezó a trabajar como administrativa en la municipalidad de La Plata, provincia de Buenos Aires. En mayo de 2015, cuando Julio Garro estaba en campaña, dijo que no se le ocurriría “darle trabajo a un travesti”. Lo que sí le daría, explicó, es “ayuda psicológica”. Por esos dichos, Valentina decidió denunciarlo ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Cuando Garro ganó la

la encuesta de condiciones de vida de la población trans en argentina y encuesta sobre población trans” (2019). Bs As, Argentina.

311 Rosario, M: “La corte bonaerense fallo a favor de una trabajadora municipal trans” (2019). Agencia Presentes.

elección y se convirtió en el intendente de la ciudad, pasaron algunas semanas hasta que ella fue despedida. La explicación, que luego también retomaron en la justicia, era que habían declarado la emergencia administrativa y económica de la ciudad. Por eso podían dar de baja los contratos antes de tiempo.

Valentina decidió, entonces, ir por la ley de cupo laboral trans, que dice que el 1% del personal de la administración pública debe ser de la comunidad travesti trans. Algo que, claro, no se cumplía. Fue patrocinada por dos abogados del Centro de Profesionales por los Derechos Humanos (CEPRODH). En la Corte, coincidieron en que es sumamente difícil probar una discriminación, y citaron la Carta Magna de los Derechos Humanos, una Convención de Estados Unidos, hasta el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, fallando a favor de Valentina, convirtiéndose en un importante precedente para la Argentina.

Años atrás, posiblemente era impensado un fallo de esta envergadura donde se haga lugar a este pedido de igualdad que tanto aclama gran parte de la sociedad. Se puede visualizar como, si bien ha habido un avance en proyectos de ley, nuevas normativas, etc., como se adelantó al comienzo del trabajo, muchas veces no bastan los cambios formales, para que éstos se reflejen en la realidad.

En el caso de Valentina la ley era clara y estaba escrita, pero el grupo de poder que estaba por detrás de su aplicación, decidió no aplicarla, por ideologías políticas, conveniencia, simplemente por discriminación; y ha sido necesario para Valentina transcurrir tres años por un proceso judicial para que finalmente se le haga lugar a un derecho que le correspondía por ley (no discriminación y derecho al trabajo).

¿Hubiera sido la misma situación si se trataba de una persona heterosexual? Tal vez ni siquiera hubiera sido despedida. Esta es la desigualdad de la que hablo, este es el paso que le falta dar a la sociedad. Cambios estructurales como jurídicos están teniendo lugar, pero ¿Qué ocurre si vemos todo desde los márgenes? ¿Cuántos casos análogos ocurrirán y simplemente no trascienden y no son conocidos? Es necesario tomar una posición crítica: valorar el progreso que se ha venido dando, pero no dejar de tener en cuenta que hay un gran camino por delante, que el derecho es un instrumento para igualar y emancipar. ¿Será suficiente con un cambio jurídico? No, un decreto no cambiará a la sociedad, una ley no igualará en los hechos, es necesario acompañarlo con un cambio estructural en la sociedad. La sociedad debe de construir sus pensamientos y volver a construirse; relativizar lo normal, lo que hasta ahora fue visto como única verdad.

Conclusión

En definitiva creo que he confirmado mi hipótesis. Sigue existiendo trato desigual y discriminatorio hacia la comunidad LGBTQ, sin embargo es importante resaltar la cantidad de normativa existente para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos humanos en general y específicamente en el ámbito laboral.

Sostengo que a la hipótesis le faltaron dos aspectos a tener en cuenta: la sociedad y el campo jurídico. Es decir, el trato digno y equitativo, la igualdad de

trato, el derecho al trabajo, a la diversidad sexual, entre otros, van a ser respetados siempre y cuando haya una desconstrucción y una nueva construcción social que genere una nueva perspectiva sobre la realidad social.

Entiendo que el campo jurídico es muy necesario y efectivo para impulsar el cambio. Nosotros como operadores jurídicos tenemos la capacidad y la fuerza para poder modificar distintos campos. Esto puede ser utilizado de forma positiva, negativa, o bien...ser desaprovechado. Creo que eso es lo que ha pasado por mucho tiempo dentro del ámbito jurídico. Se consideró invisible una problemática, cuando se la visibilizó se le restó importancia. En estos últimos tiempos se ha logrado escuchar otras voces, otras perspectivas. Es necesario que el derecho sea visto desde el modelo jurídico de la multidisciplinariedad, teniendo en cuenta otras materias para poder solucionar conflictos o problemas que antes eran desconocidos por el derecho. Queda mucho trabajo por hacer...

Bibliografía

Arese, C: "Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo" (2014) Ed: Rubinzal Culzoni, Bs. As, Argentina.
Constitución Nacional.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Foucault, M: "La sociedad punitiva". En la vida de los hombres infames" (1996) Ed. Altamira, La Plata.

García Inda, A en Pierre Bourdieu "Poder, Derecho y Clase Sociales" (2001). Bilbao: Descleé de Brouwer.

García Villegas, M. "El derecho en la obra de Pierre Bourdieu" en Sociología y Crítica del derecho.

Gobierno Argentino: "Informe sobre los resultados de la prueba piloto en la ciudad de Paraná para la encuesta de condiciones de vida de la población trans en argentina y encuesta sobre población trans". Bs As, Argentina.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, INADI: "Diversidad sexual en el ámbito del trabajo" (2016). Bs As, Argentina.

Manzo, M: "Identidades Profesionales: El lugar que ocupa el derecho y la política en el ejercicio profesional de los abogados activistas en Argentina" (2016). Dereito & Praxis. Rio de Janeiro, Vol 7, N. 15, 2016.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pierre Bourdieu "Poder, derecho y clases sociales" (2001). Bilbao: Descleé de Brouwer.

Principios de Yogyakarta.

Sáez, J.: “El contexto sociopolítico del surgimiento de la Teoría Queer. De la crisis del Sida a Foucault. Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas” (2005). Barcelona

Secretaría de Derechos humanos y Pluralismo Cultural: “Guía de buenas prácticas institucionales respetuosas de la Diversidad Sexual y los Derechos Humanos” (2019). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural: “Hablar de diversidad sexual y derechos humanos” (2018). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

“¿CÓMO ES LA REALIDAD DE LAS PERSONAS TRANS EN EL ÁMBITO LABORAL? ES SUFICIENTE LA EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN LABORAL O HACE FALTA MAYOR SENSIBILIZACIÓN DE LA SOCIEDAD”

Nicolás Emilio Martín

Presentación

El 10 de diciembre de 1948 se proclama la Declaración Universal de los Derechos humanos, en la cual los Estados se comprometen a respetar y hacer cumplir los derechos humanos para todas las personas, podemos reconocer entonces que el derecho a la no discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género es también indivisible del resto de derechos humanos, pues garantiza el pleno disfrute a la vida, a la libertad y a la seguridad personal. Conseguir el cumplimiento de estos derechos es el objetivo de toda política que busca el desarrollo y libertad de las personas.

Podemos establecer que desde la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recoge entre sus objetivos la eliminación de la discriminación en el empleo, la ocupación y la promoción de la igualdad. El principio de no discriminación está consagrado tanto en su Constitución como en el Convenio número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación 1958), pero además la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), exhorta a todos los Estados Miembros a respetar, promover y hacer cumplir dicho principio.

A pesar de la existencia de estos instrumentos internacionales, legislación y políticas públicas para combatir la discriminación, las personas trabajadoras transgénero, siguen siendo discriminadas en los espacios de trabajo por su orientación sexual e identidad de género. Esta discriminación hace que tengan mayores déficits de trabajo decente, comprendiendo a este como el trabajo que se ejerce en condiciones de seguridad, equidad, seguridad y dignidad humana, por lo que se convierte en un obstáculo para su pleno desarrollo profesional y personal.

Este estudio tiene como objetivo conocer las manifestaciones de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género en los centros de trabajo. Este estudio ayuda a visibilizar la estructura en la cual se sustenta la discriminación por orientación sexual e identidad de género para así seguir avanzando por un ámbito laboral más justo, equitativo e igualitario esperando sea de utilidad para todas las instituciones públicas y privadas que trabajan para construir un país más inclusivo.

1. Prólogo

El apogeo mundial de múltiples expresiones organizativas de personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGBTI)³¹², la ejecución y difusión

312 En todo el documento, en estas siglas se recogen los términos lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex.

de investigaciones impulsadas por estas organizaciones y por organismos internacionales y la documentación de denuncias sobre el incumplimiento de sus derechos fundamentales han contribuido a visibilizar y dar cuenta de las diferentes formas de discriminación que enfrenta esta población.

En este trabajo de investigación trataremos de abordar la discriminación de las personas trans en el ámbito laboral. Esta discriminación se manifiesta de forma sutil no solo a través de ridiculizaciones, sino también de formas claras y contundentes; por ejemplo, cuando se le obstaculiza el acceso a la educación o a los servicios de salud, cuando se les expulsa de su hogar o, hasta son víctimas de asesinatos.

La discriminación es una forma de violencia que trasciende los ámbitos cotidianos de la vida humana, alcanzando lógicamente el mundo del trabajo.

Así esto atentan contra los derechos humanos fundamentales, regulados en nuestro Art. 75 CN, norma que nos da las bases de nuestro bloque constitucional.

Específicamente en lo laboral y como resultado de esta discriminación las personas trans tienen mayores dificultades para acceder a un empleo o a una contratación, pueden ser despedidas injustamente, recibir salarios inferiores y negarles oportunidades de capacitación y promoción con relación a la población heterosexual. La discriminación también obstaculiza sus oportunidades para revertir estas realidades, ya que las personas trabajadoras trans no suelen estar representadas en las estructuras de gobierno ni en las organizaciones de empleadores o de trabajadores, y sus intereses particulares rara vez son objeto de diálogo social o se reflejan en acuerdos bilaterales de negociación colectiva.

Conocer nuestros derechos es un camino para poder ejercerlos, no obstante, si bien el conocimiento es un elemento necesario no es suficiente si no está sostenido por acciones claras y concretas que hagan posible la efectivización de los derechos laborales de las y los trabajadores en todas sus dimensiones.

Para que esto sea una realidad, se deben ejecutar programas de formación y difusión, apuntando además a una conformación de redes que fortalezcan este intercambio, y poniendo el eje en el valor del trabajo digno como elemento organizador de la identidad y la estimación de las personas.

Realizaremos un estudio sobre el grado y tipo de discriminación de la que pueden ser protagonistas uno de los grupos que conforma la comunidad LGTBI que son las personas Trans.

El estudio tendrá como premisa resolver el siguiente interrogante: “¿Cómo es la realidad de las personas Trans en el ámbito laboral? Y de acuerdo a esto analizar si es suficiente la existencia de una norma jurídica para evitar la discriminación laboral o hace falta mayor sensibilización de la sociedad”.

Aunque evidentemente el estudio de los derechos de las personas Trans no son un tema nuevo, es innegable que éste se ha convertido en uno de los principales temas de debate social durante la última década, en particular en los foros de las Naciones Unidas, como el Consejo de Derechos Humanos.

El desarrollo del trabajo pretende identificar la discriminación de la que pueden ser objeto los trabajadores Trans, e informar de las buenas prácticas para prevenir y eliminar las desigualdades a las que se enfrentan. El estudio se va a estructurar en torno a los siguientes supuestos:

- Desarrollaremos como primer punto un breve análisis sobre que es el género, la identidad de género, que es la orientación sexual, luego que se entiende por hombre, mujer y Trans, ya que son cosas que no se pueden evitar y debemos profundizar, porque al hacer la investigación hemos advertido la falta de conocimiento y la confusión que existe, incluso en el ámbito académico, profesional, de lo que son las diferencias de estas palabras, por ello es que vamos a profundizar en ciertos conceptos.
- Principios y derechos fundamentales: Identificar las deficiencias legislativas que conducen a la discriminación de las personas Trans en el lugar de trabajo, y poner de relieve la legislación y las prácticas que protegen tales derechos.
- Fomento del empleo: Identificar ejemplos de buenas prácticas en los lugares de trabajo, donde se practique y fomente la diversidad y la tolerancia hacia las personas Trans, y, a su vez, destacar los casos de acoso e intolerancia contra los trabajadores Trans.
- Protección social: Determinar si los instrumentos relativos a la seguridad social, como las prestaciones médicas y los derechos de pensión, están disponibles para los trabajadores Trans y sus cónyuges o parejas en las mismas condiciones que para los trabajadores heterosexuales.
- Diálogo social: Determinar el grado de conocimiento y capacidad de los mandantes para plantear cuestiones relacionadas con las personas Trans en los foros tripartitos de diálogo social y los procesos de negociación colectiva, así como el grado en que los trabajadores Trans están representados en dichos foros.
- Derecho del trabajo y su relación con él derecho a la salud y a la intimidad. Vulneraciones: Determinar los obstáculos particulares a los que se enfrentan los trabajadores Trans con especial foco en la enfermedad VIH en el lugar de trabajo.

Podemos decir que en el marco de la CTIO (Comisión por el Trabajo con Igualdad de Oportunidades) se sostiene que una de las condiciones para ejercer y hacer respetar los derechos en el ámbito laboral es que las trabajadoras y los trabajadores los conozcan, el presente documento tiene como finalidad ser un aporte en tal sentido, para ayudar a esta comunidad a conocer sus derechos y a que sus empleadores o potenciales empleadores no los vulneren.

En esta monografía presentamos el estudio de investigación cuyo objetivo general es: “Identificar las barreras de acceso al trabajo y la magnitud y las formas de las discriminaciones que dificultan el acceso al trabajo y en el lugar de trabajo que sufren las personas trans, para así poder revelar los desafíos y ofrecer a todos los implicados, buenas prácticas para combatir estas discriminaciones y promover la no discriminación en el empleo de las personas trans, tanto en el sector público como en el sector privado”.

Entre los objetivos específicos que vamos a analizar podemos enmarcar a las discriminaciones de las personas trans en el mundo del trabajo desde un contexto jurídico, que permita por un lado identificar las carencias y deficiencias en las disposiciones legales y su aplicación, que producen o pueden producir casos de discriminación en el mundo del trabajo de estas personas, así como identificar aquellas disposiciones legales positivas que protejan los derechos de las personas trans; por otro lado, identificar, analizar y recoger ejemplos de prácticas y acciones discriminatorias que sirven como barreras para el empleo y vayan en contra de los derechos de las personas Trans, con base en la vivencia de las personas que las sufren; e identificar, analizar y recoger ejemplos de prácticas y acciones positivas en el empleo, dirigidas a promover y salvaguardar los derechos de las personas Trans”.

2. Estrategia Metodológica

Este estudio se encuadra en un proyecto de investigación nacional y provincial. La investigación se llevó a cabo a partir de tres momentos metodológicos que combinaron técnicas cualitativas y cuantitativas para la recolección de información.

En un primer momento se consideraron documentos teóricos e investigaciones afines al objetivo de la monografía. Luego se revisó la legislación nacional y provincial, vinculada a la defensa y promoción de la igualdad de derechos por orientación sexual e identidad y expresión de género.

- **Análisis jurídico:** se partió de instrumentos internacionales, nacionales y provinciales sobre igualdad y no discriminación; en particular convenios y convenciones relacionados directa o indirectamente con la discriminación laboral.

En el plano nacional se partió de la Constitución, se buscó jurisprudencia en materia constitucional y laboral que incluyera o pudiera hacerse extensiva a la población Trans. Se estudió la legislación y normativa de menor rango (decretos y reglamentos) relativa a la no discriminación en el empleo y a los derechos de la población Trans. Asimismo, se analizaron directrices de instituciones públicas y declaratorias de las universidades estatales como espacios libres de discriminación por orientación sexual e identidad y expresión de género.

- **Análisis documental:** se revisaron documentos elaborados por entidades académicas, organismos internacionales y organismo no gubernamentales que permitieran elaborar una conceptualización teórica y hacer un recuento de esfuerzos investigativos similares al que aquí se plantea.

- **Sistematización de información documental:** se recopiló información disponible a nivel nacional y provincial de la población Trans, enfatizando en su condición laboral.

Esta información se identificó en investigaciones, que, si bien no siempre son generalizables, permiten una aproximación.

En el segundo momento metodológico se recolectó información mediante entrevistas, grupos focales y encuestas. Para esto, el primer paso fue elaborar

los instrumentos de recolección de información y establecer comunicación con cada persona y grupo de interés.

- Entrevistas a informantes clave: las entrevistas a informantes tuvieron el doble de propósito de recabar información para esta investigación y orientar el estudio de forma adecuada.

Estas entrevistas se realizaron en dos etapas. La primera se enfocó en personas expertas en temas relacionados con el reconocimiento de la diversidad sexual, la identidad y expresión de género y el mundo laboral.

Esta etapa de entrevistas fue un disparador para realimentar planteamientos teóricos y conceptuales, y establecer criterios para identificar formas y dinámicas en que se expresa la discriminación laboral contra la población Trans, así como la búsqueda de buenas prácticas.

En la segunda etapa se entrevistó a activistas representantes del movimiento LGBTI. En estas entrevistas se abordó la situación de los diferentes colectivos que conforman la comunidad LGBTI y la interacción de las diversas formas de discriminación y violencia que enfrentan.

Por último, se entrevistaron representantes de centrales sindicales y representantes de instancias gubernamentales con mandato de luchar contra la discriminación.

- Encuesta virtual: se realizó una encuesta autoadministrada denominada Condición laboral de personas trans. Su propósito era conocer las dinámicas y realidades de discriminación e identificar buenas prácticas en contextos específicos.

Tras la recopilación de esta información primaria, en el tercer y último momento metodológico, se procedió al análisis. Este análisis se centró en la identificación de casos de discriminación y buenas practicas que permitieron ilustrar tanto las barreras de acceso al trabajo que encuentra la población trans como las posibilidades de enfrentarlas exitosamente.

3. Contextualización Teórica

En primer lugar, para interiorizarnos corresponde preguntarnos ¿Qué es el género? Ante esto podemos decir que se refiere a los aspectos socialmente atribuidos a un individuo, diferenciando lo masculino de lo femenino, en base a sus características biológicas. Es decir que es lo que las sociedades esperan que piense, sienta y actúe alguien por ser varón o por ser mujer. Por ejemplo, se dice que “los hombres no lloran” o que “a las mujeres les gusta la ropa”. Así, el género condiciona los roles, las posibilidades, las acciones, el aspecto físico y la expresión de la sexualidad de las personas³¹³.

313 Concepto extraído de Charla Prisma – ATTA: LA REALIDAD TRANS

La orientación sexual³¹⁴ y la identidad de género³¹⁵ históricamente se han construido desde la patologización, la exclusión y la marginación. A finales del siglo XIX aparece el concepto médico-psiquiátrico “homosexualidad” para dar cuenta de una supuesta perversión sexual de ciertas personas. Sin embargo, como resultado de la resistencia individual y colectiva de las personas catalogadas como enfermas –y por ello, excluidas y marginadas–, estas identidades se han deconstruido y resignificado, permitiendo visibilizar realidades discriminatorias y abriendo camino para transformarlas. Por ello, es posible en el siglo XXI reconocerlas como una expresión social y política que evidencia la multiplicidad y diversidad humana.

A partir de este cambio, las definiciones ya no son las heredadas desde la patología, sino que las plantea el movimiento que reivindica el derecho a la diversidad en la orientación sexual y la identidad de género. Antes que nada, se reconoce que el sexo biológico, la orientación sexual y la identidad y expresiones de género no necesariamente están alineados según dos lógicas dicotómicas, hombre-heterosexual-que se siente hombre y es masculino frente a mujer-heterosexual-que se siente mujer y es femenina “no existe una obligatoria relación entre anatomía, expresión de género y sexualidad”.

Esto permite visibilizar realidades que se reconocen y nombran desde una valoración positiva, como expresiones de la diversidad humana. Si bien existen tantas posibilidades de orientaciones sexuales como configuraciones posibles del deseo de las personas, a continuación, definimos las más visibilizadas socialmente. Se entiende por orientación sexual lesbiana al deseo sexual, erótico, emocional y afectivo de una mujer hacia otra mujer; y por orientación sexual gay, al deseo sexual, erótico, emocional y afectivo de un hombre hacia otro hombre. Se llama orientación sexual bisexual al deseo sexual, erótico, emocional y afectivo que puede sentir una persona hacia otras del mismo sexo y del sexo opuesto de manera simultánea.

De igual forma, hay múltiples alternativas de identidad de género, “entendida como una identificación personalísima que cada individuo construye a lo largo de su vida”, a partir de elementos de “lo que se ha considerado masculino, lo que se ha considerado femenino y otros, para llegar a una definición propia”.

Las personas cuya identidad de género no corresponde con el género o sexo con el que nacieron (personas trans) tienen varias maneras de denominarse a partir de ciertas características. Los términos que más se usan son transexual, transgénero y travesti, pero sus acepciones no son unívocas.

- Transexual es el término que usualmente se utiliza para designar a las

314 Se entiende por orientación sexual “al sexo de la persona o al estímulo que excita erótica y afectivamente a un individuo independientemente del sexo al cual pertenece” (Beatriz Goldstein y Claudio Glejzer, Sexualidad Padres e hijos, Capítulo 10 pag. 4). <http://www.terras.edu.ar/biblioteca/33/33GOLD-STEIN-Beatriz-y-GLEJZER-Claudio-cap-10-La-orientacion-sexual.pdf>

315 Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido, como la vestimenta, el modo de habla y los modales. (Ley 2743 art.2).

personas que han concluido su transición hacia el género deseado mediante una cirugía de reasignación genital, o quienes consideran dicha cirugía como fundamental para su identidad de género³¹⁶.

- Transgénero. Persona que siente una disonancia entre el sexo que se le asignó al nacer y su identidad de género. Es decir que, si al nacer se le asignó el sexo masculino, la persona se identifica como mujer y, en consecuencia, inicia un proceso de transición para que su cuerpo esté más alineado con su identidad. Sin embargo, no todas las personas transgénero tienen la misma idea de lo que significa 'ser mujer' o 'ser hombre' y se sienten cómodos en distintos estadios de su transición³¹⁷.

Esto quiere decir que no todas las personas transgénero quieren tener una cirugía de reasignación genital, ni tomar la misma cantidad de hormonas.

- Travesti. Como la palabra misma lo indica, se enfatiza el vestido y se centra en el acto de ponerse la ropa y los accesorios asignados al género opuesto al que la persona pertenece. En la construcción histórica del travestismo se ha señalado el aspecto temporal del acto, es decir que, a diferencia, de las personas trans, los travestis no vivirían ni quisieran vivir tiempo completo en el género del que se visten. El travestismo no representa una orientación sexual, es independiente de ella, al igual que las personas transgénero o transexuales no tienen por qué ser automáticamente gais o lesbianas. El travestismo se puede vivir desde cualquier orientación sexual³¹⁸.

Para los fines de esta investigación, se ha decidido respetar la multiplicidad de identificaciones utilizando un solo denominador común: la discrepancia entre el género asignado y el género autopercebido o construido. En tal sentido, se empleará frecuentemente el término "personas trans". Debe entenderse, entonces, que esta expresión incluye a las mencionadas categorías de transexual, transgénero y travesti, sin excluir a personas que, presentando situaciones de discordancia entre género asignado y género autopercebido o construido, no se identifican con tales términos.

La transfobia implica comportamientos de desprecio hacia quienes tienen una identidad de género que no se corresponde con el sexo que manifiesta su cuerpo, salen de las convenciones normativas de lo masculino o femenino, o modifican su cuerpo mediante tratamientos hormonales o por medio de cirugías. Esta discriminación implica una negación de la identidad y la expresión de género que atraviesa lo legal (documento de identidad), la salud (acceso coartado a los servicios de atención), lo educativo (comportarse como la norma de género para permanecer en los centros educativos o finalmente se les excluye) y lo laboral (derecho a tener, permanecer y crecer en el trabajo).

316 Concepto extraído de INADI, pagina web disponible <http://inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2018/06/DIVERSIDAD-SEXUAL.pdf>.

317 Concepto extraído de INADI, pagina web disponible <http://inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2018/06/DIVERSIDAD-SEXUAL.pdf>.

318 Concepto extraído de INADI, pagina web disponible <http://inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2018/06/DIVERSIDAD-SEXUAL.pdf>.

Por todo ello, la erradicación de esta discriminación requiere reconocerles derechos específicos. Es el caso del derecho a la autodefinición: la capacidad volitiva (de la voluntad) de las personas para definirse a sí mismas según las propias normas de género y sexo, más allá de los mandatos sociales hegemónicos. Es de vital importancia en el avance hacia una vida digna y de calidad. En el contexto social actual, el ejercicio de este derecho conlleva discriminación en el ámbito público, pero es una forma de agencia (capacidad de incidencia) personal y colectiva que permite la visibilización de la población LGBTI en su amplitud, desde su definición y la exigencia de respeto.

En este sentido, cabe señalar que frente al avance en materia de derechos humanos y de transformación social para las personas LGBTI, se ha establecido una homogenización, producto de las mismas estrategias de clasificación y encasillamiento de la dominación patriarcal y la heteronormatividad. De esta forma, se presupone que tanto las vivencias positivas como las discriminatorias son las mismas para todas ellas.

Es urgente reconocer las necesidades de protección específica en función de la orientación sexual o la identidad de género pues solo así se podrán garantizar, entre otros, el acceso, la permanencia y el desarrollo en el mundo laboral.

4. Marco Jurídico

Las luchas que han gestado colectivos, organizaciones, agrupaciones y activistas independientes, sumado a diferentes debates y acuerdos establecidos en los foros de Naciones Unidas –como el Consejo de Derecho Humanos- y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han permitido reconocer internacionalmente las múltiples formas de discriminación que viven las personas por razón de su orientación sexual y su identidad de género. Igualmente, han hecho posible exigir el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales y contribuir con las instituciones gubernamentales para el avance en leyes, normas, decretos y otros instrumentos legales que garanticen a las personas trans una vida digna y de calidad.

4.1 Marco Jurídico Internacional

En las últimas décadas se han desarrollado numerosos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos dirigidos a la eliminación de la discriminación. Si bien en la mayoría de los casos no se menciona a las personas LGBTI de manera explícita, esta población también está amparada por dicha normativa.

El punto de partida es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que dispone: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Art. 2). En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

establece: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a 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” (Art. 2.1). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) incluye una disposición similar en su artículo 2.2.

Sin embargo, la falta de instrumentos específicos para proteger los derechos de las personas LGBTI o de disposiciones concretas en los instrumentos ya existentes implica que con frecuencia en la práctica esta población quede desprotegida. Así, a pesar de la existencia de estas y otras disposiciones relevantes en la materia, debido a la prevalencia de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, Naciones Unidas ha emprendido en los últimos años iniciativas específicas para visibilizar, denunciar e instar a tomar acciones frente a esta situación. En este sentido, en junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su 17.ª sesión aprobó la Resolución (17/19) sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género³¹⁹, que hace énfasis en el derecho de las personas LGBT a vivir sin discriminación ni violencia.

Posteriormente, en el año 2013 la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) promovió el cumplimiento de las obligaciones jurídicas de los Estados para proteger los derechos humanos de la población LGBTI, establecidos en el marco jurídico del derecho internacional de los derechos humanos a través de diversos instrumentos, especialmente de tratados internacionales. En este sentido, la OACDH señala: “Todas las personas, independientemente de su sexo, orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a disfrutar de las protecciones previstas por el derecho internacional de los derechos humanos, en particular respecto de los derechos a la vida, la seguridad personal y a la intimidad, el derecho a no ser objeto de tortura, arresto arbitrario y detención, el derecho a no sufrir discriminación y el derecho a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica”.

Algunas convenciones de carácter más específico también representan recursos para combatir la discriminación contra la población LGBTI. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés) aporta elementos en este sentido. Los Estados que ratifican esta convención se comprometen a tomar medidas para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres “sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (Art. 1).

El texto de esta convención no contempla disposiciones específicas dirigidas a las mujeres que sufren discriminación por motivos de su orientación sexual e identidad de género. No obstante, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Proyecto de Recomendación general núm.

319 Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/141/97/PDF/G1114197.pdf?OpenElement>.

28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (2010) aporta una definición más precisa sobre el concepto de “discriminación por motivos de sexo”. Así, esta recomendación señala que para responder a sus obligaciones los Estados deben considerar que “la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género” (Párrafo 18)³²⁰. También establece que “algunos grupos de mujeres, en especial las mujeres privadas de libertad, las refugiadas, las solicitantes de asilo, las migrantes, las apátridas, las lesbianas, las que tienen una discapacidad, las víctimas de la trata, las viudas y las mujeres de edad, son particularmente vulnerables a la discriminación en las leyes y normas civiles y penales y las normas y prácticas consuetudinarias” (Subpárrafo 31).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer retoma con frecuencia aspectos relacionados con la discriminación hacia las mujeres por su orientación sexual o identidad de género en las observaciones que dirige a los diferentes Estados.

Esta convención parte del reconocimiento de que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Los Estados que ratifican este instrumento se comprometen a garantizar a todas las mujeres el derecho a una vida libre de violencia. Si bien la convención no hace referencia a la violencia contra las mujeres motivada por su orientación sexual o identidad de género, esta también es una manifestación de las relaciones desiguales de poder que se buscan revertir con este instrumento.

Por otro lado, los Principios de Yogyakarta son un referente indispensable en el reconocimiento y promoción de los derechos de la población LGBTI. Aunque este instrumento no ha sido aun formalmente incluido en el sistema internacional de derechos humanos, representa una base ampliamente consensuada internacionalmente entre aquellos sectores que defienden el derecho a la igualdad y que buscan mecanismos para avanzar en el reconocimiento de derechos humanos de la población LGBTI. Los principios 12 y 13 se refieren al derecho al trabajo y al derecho a la seguridad social, respectivamente, y plantean recomendaciones específicas para los Estados.

En el ámbito laboral también se identifican instrumentos internacionales relevantes. A pesar de que ninguna norma internacional del trabajo se dirige de manera específica a esta población, el Convenio núm. 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) (1958), es un instrumento fundamental en esta materia. Este convenio define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (Art. 1 a).

320 Disponible en: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAWRecomendación_General_28_ES.pdf.

No se consideran discriminatorias las siguientes: las medidas basadas en las exigencias inherentes para un empleo determinado (Art. 1 Párrafo 2); las que pueden estar justificadas por la protección de la seguridad del Estado (Art. 4); y las medidas especiales de protección o asistencia (Art. 5)³²¹.

A pesar de que el texto del convenio no incluye la orientación sexual como motivo de discriminación, sí da la posibilidad de que los Estados incorporen “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados” (Art. 1 b). De hecho, la CEACR ha señalado en el estudio de 2012 que “celebra que cada vez más Estados Miembros prohíban la orientación sexual como motivo de discriminación en sus garantías constitucionales y sus disposiciones legislativas relativas a la igualdad, por cuanto esto refleja que son conscientes de la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato y la no discriminación a lesbianas, gays, bisexuales y transgénero”. Además, añade: “El motivo de la orientación sexual real o supuesta no consta expresamente en el Convenio, aunque según la legislación de algunos Estados, el criterio del sexo o el género incluye la orientación sexual”³²².

Asimismo, los países para los cuales el Convenio se halle en vigor deberán “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (Art. 2). Asimismo, deberán tomar medidas para favorecer dicha política, tales como la “promulgación de leyes y promoción de programas educativos” (Art. 3).

En junio de 1997 la OIT adoptó la Recomendación núm. 188 sobre las agencias de empleo privadas. Esta recomendación incorpora entre los motivos de discriminación la orientación sexual: “Se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las agencias de empleo privadas que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores” (Art. 9).

Tres años después, en junio de 2010 la OIT adoptó la Recomendación núm. 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo. Esta recomendación reconoce garantías para resguardar el derecho al trabajo y el principio de

321 ILC.101/III/1B. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf

322 ILC.101/III/1B. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf

igualdad de las personas portadoras de VIH/sida y sus familias, y compromete a los Estados a impulsar políticas que articulen el VIH/sida y el mundo del trabajo mediante la prevención y la atención. Esta recomendación señala en su párrafo 14 algunas medidas que deben adoptarse en los centros de trabajo para reducir la transmisión del VIH y mitigar sus repercusiones. Entre ellas, señala la importancia de “promover la participación y el empoderamiento de todos los trabajadores, independientemente de su orientación sexual y de que pertenezcan o no a un grupo vulnerable”. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) se ha referido en diversas ocasiones a la discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral.

Además, la OIT ha generado documentación para responder a situaciones específicas de discriminación laboral que podría estar sufriendo cualquier persona y de las que también son objeto las personas LGBTI como el acoso laboral y el hostigamiento sexual. Se trata de expresiones de violencia que evidencian relaciones desiguales de poder. En este caso, las personas LGBTI se encuentran en la parte subordinada de la relación.

En el marco del Sistema Interamericano es importante mencionar la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. En su artículo 1 esta convención identifica la orientación sexual, la identidad y la expresión de género como factores en los que puede basarse la discriminación. En su Capítulo III detalla además los deberes de los Estados de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar la discriminación.

En cuanto a la jurisprudencia regional destaca la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 24 de febrero de 2012, conocida como *Atala Riffo vs. Chile*. El caso se refiere al proceso de custodia en el que los tribunales chilenos otorgan la tuición provisional de tres personas menores de edad a sus padres debido a que se considera que el hecho de que la madre sea lesbiana y conviva con su pareja puede afectar el desarrollo de las niñas.

En dicha sentencia, la CIDH señala “que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos”. Concretamente, alude al artículo 1.1 de la convención indicando que se trata de una norma general, que, si bien no hace referencia explícita a la orientación sexual y la identidad de género, ambas categorías estarían protegidas “bajo el término ‘otra condición social’”. Por lo tanto, dispone que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

4.2 Marco Jurídico Nacional

De conformidad con la Constitución Nacional de la República Argentina, pilar del marco jurídico nacional, sienta una base favorable para la construcción de un cuerpo normativo contra la discriminación, en su artículo 16, todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no hay privilegios especiales sobre la base de la sangre, nacimiento o la nobleza. La Constitución apoya la igualdad de

oportunidades entre todos los ciudadanos sin discriminación alguna. Algunos tratados internacionales se elevan a la categoría de los derechos constitucionales, entre ellos figuran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, la Constitución permite a los ciudadanos presentar una queja y obtener una solución inmediata cuando se pone en peligro un derecho constitucional (Procedimiento de Amparo).

Otro de los artículos que son pilares respecto al trabajo son el 14 y 14bis. Y podemos decir que el artículo 75 Inc. 22 marca que “los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, que fue lo que vimos anteriormente en el Marco Jurídico Internacional.

La ley de contrato de Trabajo³²³ (Ley N° 20744 de 1976) es el principal instrumento legal para regular las relaciones laborales. Contiene varios artículos respectivos a la discriminación distribuidos por todo su contenido, podemos nombrar entre ellos a: el artículo 17 Prohibición de hacer Discriminaciones, 17bis, 81 Igualdad de Trato, 119 Prohibición de abonar salarios inferiores, 172 Capacidad. Prohibición de trato discriminatorio, 174 Descanso al mediodía, 175 Trabajo a domicilio. Prohibición, 176 Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición, 177 Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo, 179 Descanso diarios por lactancia, 183 Distintas situaciones. Opción en favor de la mujer.

Si bien esta ley plantea la adopción de medidas de manera amplia, circunscribe la discriminación a razones de edad, etnia, género o religión. Esta norma, formalmente, no incluye ninguna disposición específica acerca de la discriminación por orientación sexual o identidad de género.

También en el ámbito del trabajo, la ley de Protección Integral a las Mujeres³²⁴ que ofrece mecanismos para la protección frente a esta manifestación de la violencia. Esta norma define en su artículo 6 a la violencia laboral contra las mujeres como “...aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

A pesar de que esta ley prevé mecanismos para prevenir y sancionar el hostigamiento que ampararían a las personas LGBTI, no incluye ninguna disposición concreta para atender su especificidad.

323 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

324 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

La Ley N° 23592 de Actos Discriminatorios³²⁵, se sancionó en 1988, y en sus artículos adopta medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, el que nos interesa es su artículo 1 que dice: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Existe en Argentina legislación que podemos decir que está dirigida a otros ámbitos o poblaciones que incorpora algunos elementos que pueden contribuir a la eliminación de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el mercado laboral. Este es el caso de la Ley de Empleo N° 24013 del año 1991³²⁶. El texto normativo no incluye disposiciones acerca de las personas trans. Sin embargo, algunos aspectos generales también pueden resultar relevantes para este sector de la población, como ser en su artículo 2 Inciso d “Fomentar las oportunidades de empleo para los grupos que enfrentan mayores dificultades de inserción laboral”.

Podemos destacar también la Ley Nacional N° 17677 de ratificación del Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 42ª. Reunión del año 1958³²⁷ y el Decreto Ley 11595³²⁸, de ratificación del Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado por la trigésima cuarta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en 1951. En cuanto al Convenio 111, define a la discriminación laboral como “Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Una de las leyes más importante es la Ley de Identidad de Género N° 26743 del año 2012³²⁹, es una de los grandes triunfos ya que en la misma se les reconocen varios derechos podríamos decir explícitamente.

325 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>

326 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>

327 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204127/norma.htm>

328 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/201571/norma.htm>

329 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

5. Una Mirada General a la Situación de los Derechos de las Personas Trans

Históricamente los estudios sobre personas trans han tomado como punto de partida el considerar la diversidad sexual una patología, incluso un delito o, al menos, una conducta antisocial. Desde esta perspectiva, las personas que no se ajustan a los patrones dictados por la heteronormatividad han sido objeto de estudio, sin voz ni mirada propia para rebatir datos ni argumentos establecidos desde fuera de sus vidas y experiencias.

Dependiendo de cada país, los prejuicios profundamente arraigados en nuestras sociedades generalmente combinados con la falta de documentos de identidad que indiquen la identidad de género autopercibida de las personas conducen al hecho de que “el acceso al empleo registrado es casi inexistente para las personas trans”.

La fuente de ingresos de la mayoría de las mujeres trans es el trabajo sexual. Esto tiene lugar en un contexto de criminalización de las trabajadoras sexuales por parte de gobiernos y sociedades, donde los prejuicios y la discriminación conducen a la violencia y la persecución, que empeoran cuando las trabajadoras sexuales también son mujeres trans.

Encontramos un informe a nivel regional 2016-2017 de América Latina y el Caribe, en el cual realiza estadísticas sobre el trabajo de las personas trans³³⁰.

Respecto a nivel nacional encontramos un informe realizado por la organización Huésped en colaboración con la organización ATTA³³¹.

La idea no es copiar y pegar cada uno de los estudios nombrados anteriormente sino realizar uno personal respecto de nuestra Provincia de Córdoba y tratar de mostrar las diferentes situaciones que sufren a la hora de poder acceder a un trabajo y realizar estadísticas propias según las personas encuestadas.

Esta investigación está diseñada y es realizada para la defensa de derechos de la población LGBTI, pusimos foco en la discriminación laboral, y, en general, en la violación de derechos humanos por orientación sexual o identidad de género, lo que representa pasar de la culpabilización y el estigma a la identificación de deficiencias que debe resolver la sociedad.

En esta encuesta participaron 122 personas trans, residentes de Córdoba.

Las preguntas utilizadas fueron:

1. ¿Cuál es su nombre? (era opcional)
2. ¿Qué edad tiene?
3. ¿Tienen cobertura social?
4. Nivel máximo de educación alcanzado. Si no termino el estudio ¿Cuál fue el motivo? Desarrolle.
5. ¿Cuáles fueron sus trabajos? Años en los que desempeñó

330 Para mayor conocimiento a nivel regional en América Latina y el Caribe pág. 24 a 29 dirigirse a: https://issuu.com/redlactrans/docs/cedostalc_regional_report_2018?fbclid=IwAR3CGGze17jBTd-P_ZFs7_WZ10HTMOd88En6fzEQfcWkT5-f5BCYHFpZa4

331 Disponible en: <https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/OSI-informe-FINAL.pdf>

esos trabajos

6. ¿Qué experiencia tuvo a la hora de buscar un trabajo?
7. Fue discriminado en su trabajo. ¿Cuáles fueron esas discriminaciones?
8. Algo que quiera contar sobre su experiencia laboral.
9. ¿Qué recomendaría usted para mejorar el ámbito laboral?
10. ¿Cómo le afectó en su vida la Ley de Identidad de Género?
11. ¿Cómo influyó en su vida la Ley de Identidad de Género?

Una vez realizada esta encuesta podemos señalar que el trabajo sexual continúa siendo la salida laboral más frecuente por parte de las mujeres trans, no así por los hombres trans. De todos modos, la precariedad laboral se observa en ambos grupos ya que la proporción de quienes trabajan en el sistema formal es baja y, como consecuencia, solo 1 de cada 10 hombres y mujeres trans reporto tener aportes jubilatorios.

Analizando las diferentes respuestas podemos decir que la promulgación de la Ley de Identidad de Género produjo en la población trans, la esperanza de insertarse nuevamente en el ámbito de trabajo formal y 3 de cada 10 mujeres y 6 de cada 10 hombres trans retomaron la búsqueda laboral. Del mismo modo se puede decir que la discriminación disminuyó de forma considerable según los encuestados.

Además, respecto a la educación que es un tema importante cuando las personas quieren ingresar al mundo laboral, según los encuestados casi todas las personas trans asisten o asistieron al sistema de educación formal, pero la deserción es alta. Entre los encuestados 6 de cada 10 trans abandonaron en el nivel secundario, sin completarlo.

La discriminación sufrida en este ámbito pareciese ser la causa de este abandono ya que la mitad de los encuestados refieren que dejaron de asistir por haber sido discriminados sobre la base de su identidad trans. Es importante recalcar que estas situaciones de discriminación transcurren en etapas de gran vulnerabilidad para esta población como es la adolescencia y podrían ser desencadenantes de problemas de salud mental, en especial de ideación e intención suicida.

Cabe destacar que luego de la promulgación de la ley de Identidad de Género, se observa una clara tendencia hacia la reducción de las experiencias de discriminación, conjuntamente con una incorporación a la educación formal, y consecuentemente, una mejor inclusión social de esta población.

5.1 Mirada de los funcionarios públicos

A continuación, mandamos una encuesta a diferentes funcionarios de nuestro país le preguntamos:

- 1- ¿Qué opina sobre la comunidad trans?

2- ¿ Por qué cree que le es difícil acceder a un trabajo digno?

3- ¿ Considera que la legislación que existe los ampara.?

4- ¿ Qué mejoraría o implementaría para que estos puedan acceder a un trabajo digno?

Y las respuestas fueron:

Dr. Luis Alfredo Juez, Diputado Nacional por Cambiemos, Presidente del Frente Cívico de Córdoba

1) Es una comunidad como cualquier otra su reciente existencia comparada con otras comunidades más antiguas hace que algunos temas por prejuicios sociales, culturales y religiosos hacen que todo sea un tema más complejo.

2) El tema laboral es complejo para todo ciudadano común sin ningún tipo de vinculaciones SIEMPRE, súmame a los prejuicios existentes y tenés la respuesta

3) Las legislaciones son las que hay, no creo que deba haber una particular para cada comunidad sino estaríamos discriminando a todos , creo que cuando se rompan los prejuicios culturales el tema va a ser más sencillo .

4) El acceso al trabajo tiene que ser igual para todo el mundo sin importar a qué comunidad o colectivo uno pertenezca, no se puede discriminar por razón de sexo, condición social, preferencia sexual o cualquier otro tema

Orlando Arduh, Presidente del bloque radical en la Legislatura - Cambiemos

1- Hablar sobre “comunidad” ya infiere una diferencia. Prefiero pensar en personas trans, son parte de la comunidad toda. Tenemos que empezar a eliminar las diferencias desde el mismo diálogo.

2- Creo que hay dos factores, uno refiere a los prejuicios instalados en una cultura y de una historia social que nos acostumbró a pensarnos solo de dos maneras: como hombre o como mujer. Todo lo diferente queda excluido.

Segundo, considero que también existe un prejuicio o un miedo desde la persona trans a no ser aceptado o valorado por lo que es, entonces en una entrevista de trabajo si se juntan estas dos posibilidades o al menos una de ellas, claramente fracasará. Hay que permitirse escuchar al otro sin mediar prejuicio.

3- Creo que sí, el problema no es la legislación, son las personas que ejecutan las leyes.

4- Si la persona tiene aptitudes, conocimiento y formación en un contexto tan competitivo como el que vivimos considero que con un poco de confianza y el marco cumplimiento de la norma, es posible conseguir trabajo

Ricardo Aizpeolea, Concejal del Frente Cívico por Córdoba Cambia en la Ciudad de Córdoba

1- Creo que la comunidad de personas trans está siendo cada vez más visible en cuanto al reclamo de sus derechos. Algo que parece obvio pero que en la práctica no sucede, es que siguen luchando para que se los reconozca como personas, con los mismos derechos que cualquier otra. Muchos son discriminados/as por la sociedad y por sus familias, sufren violencia por parte de la policía, abandonan la escuela a temprana edad, etc. Otro problema es el acceso a la salud y su cobertura, muchos hombres y mujeres trans son discriminados en el sistema de salud, la mayoría no cuenta con obra social, se automedica, tanto para tratamientos hormonales, de modificación corporal, como para el resto de las dolencias. Esto conlleva a que la esperanza de vida sea mucho menor al de resto de las personas.

2-Porque desgraciadamente todavía nuestra sociedad tiene muchos prejuicios y las personas trans muchas veces no son tomadas en cuenta a la hora de la elección de personal a contratar justamente por este prejuicio.

En la práctica la mayoría de las mujeres trans se dedica al trabajo sexual. Por eso son tan importantes todas las acciones que se puedan hacer desde el Estado para garantizar que tengan acceso al igual que cualquier otra persona, a los mismos derechos por un trabajo digno.

3- Existe la ley nacional 26743 (2012) que garantiza el derecho humano de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, a ser tratado como tal, al libre desarrollo de su persona y a modificar su documento de acuerdo a esta identidad. Pero está visto que, a pesar de que con la ley se mejoraron algunos aspectos como la obtención del DNI o el acceso a la educación, en la práctica no alcanza.

4- Creo que es importante implementar desde el Estado, campañas que visibilicen sus derechos, preocupaciones y reclamos y que fomenten la inserción laboral, mediante incentivos, en empresas privadas. Y también disponer, en espacios o ámbitos públicos de un cupo laboral para esta minoría.

Armando Fernández, Concejal del Frente Cívico por Córdoba Cambia en la Ciudad de Córdoba

- 1) Opino que son parte de la sociedad misma.
- 2) Creo que no se cumple la legislación, aún siguen siendo discriminados.
- 3) La legislación les da derechos, pero no se cumple con la legislación.
- 4) Posiblemente se pueda hacer una legislación más taxativa que obligue acceder a esos derechos.

Laura Vilches, Concejal por el Frente de Izquierda Unida en la ciudad de Córdoba.

1-Siento una gran empatía y tengo gran admiración por la comunidad trans, se han decidido a vivir su vida de manera plena a pesar de la hostilidad que pueda

surgir por un sistema patriarcal que la gran mayoría de las veces les discrimina. En estos últimos años han logrado grandes avances en la aceptación, pero siguen manteniendo una esperanza de vida de 35 años, muchas veces son empujadas a vivir en la calle y siguen siendo estigmatizadas.

2- Entendiendo trabajo digno por un trabajo en blanco, estable y con convenio adecuado, creo que por un lado le caben las generales de la ley. El trabajo precario ya ha llegado a casi el 40% de la población y se estima que en las y los menores de 29 años aumentará en estos meses del 60 al 70%. Pero más allá de eso, la comunidad trans tiene una dificultad adicional arrastrado de prejuicios por parte de las patronales que se niegan, específicamente, a dar un trabajo de este tipo, estable, por la sola condición de pertenecer a la comunidad. Los argumentos que suelen dar son insólitos y de un atraso terrible.

3- Las y los marxistas creemos que igualdad ante la ley no es igualdad ante la vida. Hubo grandes avances, la ley de identidad de género es una conquista histórica y valiosa que debemos defender con todas nuestras fuerzas. Pero hoy vemos que la crisis económica pega de lleno en las travestis que tienen que sobrevivir por las calles, o en aquellos hombres trans que tienen hijos que alimentar, en quienes tienen que dejar sus estudios para poder comer. Ni hablar de los desalojos que se están dando en los hoteles porque no se pueden pagar, o el faltante de medicamentos hormonales producto de la crisis de la salud que existe y que no es que nació con el coronavirus. El vaciamiento es responsabilidad de todos los Gobiernos anteriores. Es imperativo que se otorgue una asignación de emergencia 30 mil pesos para las y los más vulnerados en esta situación sobre la base de un impuesto a las grandes fortunas.

4- Hemos impulsado en la Legislatura y estamos trabajando actualmente en el concejo deliberante el cupo laboral para las personas trans

6. Cupo laboral trans

Un proyecto de la ley nacional de cupo laboral travesti-trans duerme en el Congreso de la Argentina desde julio de 2018, y ya había sido presentado en 2016 (pero perdió estado parlamentario). Propone que el 1% de los empleos de la administración pública nacional sea ocupado por personas travestis, transexuales, transgeneros y masculinidades trans.

Mientras tanto, en todo el país solo 5 provincias de las 23 mas Ciudad de Buenos Aires aprobaron legislaciones para incluirlo, pero ninguna lo cumple todavía.

El proyecto de ley nacional fue presentado por el Frente Nacional por la Ley Diana Sacayán. En 2018 entro al Congreso avalado por la firma de más de 40 diputados pertenecientes a seis bloques legislativos, a instancias de la diputada nacional Mónica Macha, Unidad Ciudadana.

¿Qué es el cupo laboral travesti-trans?

El cupo laboral travesti-trans fue una iniciativa de la líder travesti y activista por los derechos humanos Diana Sacayan. Lo pensó como una estrategia para paliar la exclusión de sus compañeras: el 95% de las travestis y trans están o estuvieron en situación de prostitución.

¿Cómo está el cupo laboral trans en las provincias?

Además de la provincia de Buenos Aires, hay otras cuatro que también aprobaron el cupo laboral travesti-trans por ley. Santa fe la aprobó el 31 de octubre de 2019. Chubut aprobó el cupo laboral trans el 17 de mayo de 2018. Le siguieron Rio Negro y Chaco, en septiembre y noviembre de 2018 respectivamente.

6.1 El cupo laboral travesti-trans en Córdoba

A fines de junio de 2017, la legisladora del PTS/Frente de Izquierda Laura Vilches presentó un proyecto de ley para crear un plan laboral en planta permanente de protección a personas travestis, transexuales y transgénero, incluyendo a los tres poderes del Estado y disponiendo un cupo mínimo del 5 %. Antes otros legisladores habían presentado dos proyectos. Por un lado, Ezequiel Peressini y Eduardo Salas del FIT, junto con Soher El Sukaria del PRO. Y por otro, en 2013, el FIT y el Frente Cívico.

6.1.1 Municipios con cupo laboral travesti-trans

A falta de leyes provinciales y por el trabajo del activismo local, muchos municipios aprobaron iniciativas propias que empiezan a ponerse en marcha en por ejemplo Bell Ville.

Bell Ville fue el primer municipio de Córdoba en aprobar cupo laboral trans en agosto de 2016. La ordenanza estipula: “incluir como mínimo (1) un empleado dentro de su planta transitoria y/o permanente y/o contratada, personas del colectivo trans (...) Llámense travestis, transexuales y/o transgénero, que sean mayores de 18 años y que reúna las condiciones de idoneidad para el cargo que deben ocupar de acuerdo con sus antecedentes laborales y educativos”. Destina el 0,5 por ciento de la plantilla municipal a personas trans. A las empresas privadas que las empleen, les permite imputar el 70 por ciento de esos salarios brutos al pago de impuestos.

En Córdoba en 2016, las organizaciones Devenir Diverse y ATTA presentaron propuestas en el Concejo deliberante, que luego se unificaron en un proyecto común. Este proyecto se trabajó en el Consejo Participativo de la Diversidad de la Municipalidad.

En Rio Cuarto, el 8 de agosto de 2017, las entonces pre candidatas a diputadas por el Frente de Izquierda y de los trabajadores, Laura Vilches y Guadalupe Fantin, presentaron un proyecto de Ordenanza de Cupo Laboral Trans en el Concejo Deliberante del Departamento.

7. Jurisprudencia

Tal como surge del cuerpo normativo constitucional y de los distintos tratados internacionales, todas las personas tenemos el derecho a trabajar. Consecuentemente, las distintas leyes deberían adecuarse y resguardar tal derecho. Sin embargo, siempre existieron ciertas barreras, tanto explícitas como implícitas, que han dificultado durante largos años al acceso a un trabajo por parte de personas trans o que han obstaculizado el ambiente laboral.

Hoy en día, la normativa vigente intenta, en líneas generales, erradicar la discriminación, sin embargo no existe en la actualidad normativa clara a nivel nacional que especifique la prohibición de tratos discriminatorios hacia las personas trans como si existe en la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, a través de su Código Contravencional y su Ley Antidiscriminación del 2015 que prohíbe la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género. A lo largo de esta sección, se retomarán sentencias respecto a despidos u otras acciones indirectas en ámbitos laborales que poseen claro tinte discriminatorio por haber sido ejercidas sobre personas pertenecientes al colectivo trans en razón de su mera pertenencia a ese grupo.

En la otra línea, existe escasa normativa vigente que resguarde de manera específica a las personas trans de los tratos discriminatorios en términos de inclusión laboral. En relación a esto, algunos grupos dentro del colectivo trans encuentran más dificultosa su inclusión al ámbito laboral formal. A modo de ejemplo, las personas trans poseen graves inconvenientes para conseguir empleo en el circuito formal y, ante esto, son solo las Provincias de Buenos Aires y de Santa Fe las que cuentan con una Ley de Cupo Laboral Trans para la inclusión específica de este colectivo. Esto muestra que los avances en términos de inclusión son aun escasos y, al momento, no se puede hablar de una política pública a nivel nacional para resguardar este aspecto del derecho al trabajo.

En esta sección expondremos las resoluciones judiciales en las que los jueces se han pronunciado en relación con el derecho de las personas trans en particular, a un trabajo digno y a un trato respetuoso – y no discriminatorio- en el ámbito laboral.

- Caso M., C. c. D., A. M. Y/U OTRO (2007). Caso de despido de persona travesti. Intromisión a la intimidad y discriminación. El juez tiene en cuenta una noción dinámica del sexo y hace lugar a la demanda³³².
- Fallo E., S. O. (2007). Caso de despido de persona homosexual. Los jueces hacen lugar a la demanda por discriminación³³³.
 - Fallo M., M. J. (2009). Caso de persona homosexual portadora de H.I.V. que fue adherida a un plan de retiro voluntario³³⁴. Se hace lugar a la demanda por discriminación.
 - Fallo V., R. A. (2012). Los jueces rechazan la demanda realizada por una persona homosexual por no haber probado el daño antijurídico, ni la relación de causalidad entre el daño y el autor del mismo.

332 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-m-c-c-d-a-m-yu-otro-2007/>

333 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-e-s-o-2007/>

334 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-m-m-j-2009/>

Cada parte debe aportar pruebas³³⁵.

- Fallo Suárez, Marcos Dalmiro y otros (2013). Caso de discriminación de pareja homosexual en un Ministerio en el que trabajaban. Según los jueces, el demandado debe probar que no ha incurrido en discriminación³³⁶.

- Fallo M. M. J. C/CBA S.A. CIESA U.T.E. Y OTROS S/ DESPIDO (2013). Se trata de un caso de mobbing laboral³³⁷.

- Fallo P.J.A. c/ L.D.P. SA p/ Despido (2014). Se trata de un despido indirecto de un hombre por contraer matrimonio con su pareja homosexual. Se condena a la empresa por esto, y se le impone la obligación de pagar la indemnización especial que le cabe al despido por matrimonio³³⁸.

- Fallo G., N. B C/ GCBA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (2015). Caso de una persona transexual que ejerció como trabajadora sexual durante casi toda su vida. Demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por omisión en su rol de garante de protección de los derechos humanos de las personas. No se requieren más pruebas que la sola acreditación de la demandante de su pertenencia al colectivo trans³³⁹.

- Fallo Salas, Mónica Graciela C/ Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo s/ recurso de inconstitucionalidad (2016). Se acoge la pretensión de la accionante, quien padeció discriminación en el orden laboral, en calidad de docente, debido a su orientación sexual³⁴⁰.

- Fallo L. C. E. c/ G. d. I. P. d. B. A. s/Amparo (2016). Caso de solicitud de una indemnización, a modo de reparación, para una mujer transexual debido a la discriminación y marginación que sufrió durante toda su vida. El recurso se declara inadmisibile, no se entiende sobre el fondo de la pretensión³⁴¹.

- Fallo “BELLO, VANESA ARAMÍ Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PARANA S/ACCION DE AMPARO” (2019). Supone que el gobierno de la ciudad deberá renovar los contratos en las mismas condiciones que prestaban servicios, con el consecuente abono de los sueldos devengados en el mes de noviembre del corriente y hasta que se implemente efectivamente el mecanismo de selección y designación de agente trans que reglamente el municipio, conforme el cupo establecido en la ordenanza N° 9.834.³⁴²

335 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-v-r-a-2012/>

336 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-suarez-marcos-dalmiro-y-otros-2013/>

337 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/m-m-j-c-cba-s-a-ciesa-u-t-e-y-otro-s-despido-2013/>

338 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/p-j-a-c-l-d-p-s-a-p-despido-2014/>

339 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-g-n-b-c-gcba-s-danos-y-perjuicios-2015/>

340 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/salas-monica-graciela-c-provincia-de-santa-fe-2016/>

341 Para mayor información dirigirse a: <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/l-c-e-c-g-d-l-p-d-b-a-s-amparo-2016/>

342 Para mayor información dirigirse a <http://entrieriosahora.com/fallo-a-favor-de-las-seis-personas->

- Fallo “P., V. B. c/ Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos” (2019). La sentencia hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesta por Valentina, con el patrocinio del Centro de Profesionales por los Derechos Humanos, y se funda “en la obligación de cumplir el cupo legal de trabajadores trans en el sector público de la Provincia”.³⁴³

- D. H. R. J. c/ Aegis Argentina S.A. y otro s/ despido (2019). Carácter discriminatorio del despido de una trabajadora en los términos del art. 212 párr. 2º de la LCT, que estuvo vinculado con la identidad de género de aquella, quien asimismo era hostigada por el personal jerárquico en relación a ese tema.³⁴⁴

Los casos relacionados con el otorgamiento de beneficios sociales a personas LGBTI, desde al año 2005 al 2015, abarcan distintos temas tales como demandas a obras sociales por incorporación de parejas homosexuales como beneficiarios indirectos, demandas por beneficio de pensión, indemnizaciones por fallecimiento de una pareja y demandas al Estado por omisión de su deber de velar por el bienestar de las personas.

- Fallo G., J. C. y Otro c/ Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (2005). Pedido de adhesión de la pareja homosexual como beneficiario indirecto del plan médico. Jueza hace lugar a la solicitud³⁴⁵.

- Fallo Yapur, Elvio Alberto (2009). Beneficio de la pensión para una pareja del mismo sexo. La CSJN considera que hay que tratar con cautela los temas previsionales como éste³⁴⁶.

- Fallo P., A. C/ ANSES S/PENSIONES (2011). Caso de derecho a la pensión de una pareja del mismo sexo. Se hace lugar a la demanda aun cuando el derecho no surja explícitamente de la ley³⁴⁷.

- Fallo G., S. G. C/ CAJA RETIROS JUB. Y PENS. POLICIA BS. AS. (2011). Se dicta la Ley de Matrimonio Igualitario durante el proceso judicial. Por lo tanto, los jueces consideran que no pueden rechazar derechos que surgen de dicha institución³⁴⁸.

- Fallo R., C. A. V/ AMSA S.A. (2011). Caso de indemnización por fallecimiento. Los jueces consideran que es fundamental para paliar una situación de desamparo³⁴⁹.

- Fallo R.G.P. c/ GCBA y otros s/incidente de apelación (2015).

[trans-despedidas/](#)

343 Para mayor información dirigirse a <http://www.laizquierdadiario.com/Cupo-Laboral-Trans-la-Corte-bonaerense-fallo-en-favor-de-una-trabajadora-de-La-Plata>

344 Para mayor información dirigirse a <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/08/despedita-e-indemnizada-por-trans-es-discriminatorio-el-despido-de-una-trabajadora-pues-estuvo-vinculado-con-la-identidad-de-genero-de-aquella/>

345 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/g-j-c-y-otro-2005/>

346 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-y-e-a-2009/>

347 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/p-a-c-anses-s-pensiones-2011/>

348 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-g-s-g-c-caja-retiros-jub-y-pens-policia-bs-as-2011/>

349 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-r-c-a-v-amsa-s-a-2011/>

Se trata de una queja por un recurso de inconstitucionalidad denegado. La actora es una mujer transexual cuya petición inicial es la de renovar una medida cautelar que permite que ésta no esté en situación de calle. Se rechaza la medida por no ser una sentencia definitiva o equiparable a tal³⁵⁰.

- Caso Heredia, Luis Alberto c. Ministerio de Economía - I.P.S. s/ pretensión indemnizatoria (2016). Caso sobre una pensión por fallecimiento al conviviente supérstite, que en este caso era un hombre al igual que el fallecido. En el caso se hace una lectura amplia del decreto ley 9650/80 en concordancia con la Ley de Matrimonio Igualitario³⁵¹.

El caso relacionado con el derecho a la intimidad, que tuvo lugar en el año 2015.

- V. M. c/ Editorial Atlántida S.A. | daños y perjuicios s/ ordinario (2015). En el caso se condena a una editorial a resarcir el daño moral causado por una publicación de una foto de archivo de un actor puesto que resultó apta para crear una intriga sobre su sexualidad respecto de la cual el actor no tenía intención de ventilar³⁵².

Por último, en cuanto al otorgamiento de la personería jurídica, los fallos analizan en qué consiste el concepto de “bien común” a efectos de que se reconozca a las organizaciones LGBT como personas jurídicas.

- Fallo Comunidad Homosexual Argentina (CHA) (1991). El objeto de la CHA es contrario al “bien común”, por lo que se rechaza la solicitud de personería jurídica³⁵³.

- Fallo Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (2006). El “bien común” es el bien de todas las personas, por lo que la organización cumple con tal requisito. Se hace lugar a la solicitud de personería jurídica³⁵⁴.

8. Conclusión

A la hora de valorar la condición y las oportunidades laborales de las personas LGBTI hay un amplio consenso al señalar que la orientación sexual y la identidad de género no sujetas a la heteronormatividad constituyen un factor innegable de discriminación. Las formas en las que se identifica, percibe, dimensiona y valora son, sin embargo, muy diversas.

Quienes han realizado investigaciones al respecto o procesos de reflexión a mayor profundidad, como personas expertas o representantes de

350 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-r-g-p-c-g-c-b-a-s-incidente-de-apelacion-2015/>

351 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-heredia-luis-alberto-c-ministerio-de-economia-i-p-s-s-pretension-indemnizatoria-2016/>

352 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/v-m-c-editorial-atlantida-s-a-s-danos-y-perjuicios-s-ordinario-2015/>

353 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-comunidad-homosexual-argentina-c-resolucion-inspeccion-general-de-justicia-1991/>

354 Para mayor información dirigirse a <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/caso-asociacion-lucha-por-la-identidad-travesti-transexual-c-inspeccion-general-de-justicia-2006/>

organizaciones de personas LGBTI entrevistadas para este estudio, señalan que se trata de una discriminación institucionalizada y constante, que incluso quienes la sufren pueden llegar a naturalizar.

Su naturalización es una de las características de esta discriminación. Esto sucede tanto en el sector público como en el privado. Se tiende a pensar que en los propios centros de trabajo no se presenta este problema; sin embargo, al indagar sobre las prácticas concretas, se evidencia que si existen situaciones de discriminación no percibidas como tales.

Las bromas, en particular, son parte de esas prácticas discriminatorias a las que no se da importancia. Socialmente son tan aceptadas que sobre las personas afectadas recae la responsabilidad de lidiar con ella para que las demás personas no se molesten.

Algunas empresas, sobre todo transnacionales, cuentan con políticas que buscan erradicar este tipo de discriminación. Respecto a las personas entrevistadas podemos decir que consideran, que se están propiciando importantes cambios internos, pero en el país falta mucho para garantizar espacios laborales libres de una discriminación todavía cotidiana.

La discriminación que socaba la inserción y las condiciones de inserción de las personas trans en el trabajo inicia mucho antes de que las personas ingresen al mercado laboral. Con frecuencia, los derechos de las personas trans a una inserción laboral no discriminatoria son violentados desde el sistema educativo. En esta etapa esencial para adquirir las competencias necesarias para acceder en el futuro a empleos de calidad, las agresiones que sufren las mujeres trans son especialmente virulentas. El rechazo explícito, el acoso y las agresiones físicas y verbales que sufren por parte del profesorado y el alumnado en muchas ocasiones expulsan a las mujeres trans del sistema educativo. En ausencia de espacios seguros para continuar con sus estudios.

A continuación, vamos a dar diferentes reflexiones sobre todo lo investigado en el trabajo monográfico:

8.1 Lo que se ve y lo que no: Un filtro para el acceso, la permanencia y la movilidad laboral.

Uno de los principales factores que determina las manifestaciones de la discriminación laboral contra las personas trans se vincula con que en el entorno laboral se conozca la orientación sexual o la identidad de género de la persona. Es decir, si nadie en el lugar de trabajo está al corriente de esta condición, la discriminación es poco probable. A diferencia de otros rasgos que suelen ser motivo de discriminación, como el sexo o el color de la piel, la orientación sexual se puede ocultar, y en ocasiones, también la identidad de género.

A pesar de lo razonable y práctica que parece esta estrategia y lo naturalizada que esta, es violencia contra las personas trans por estar obligadas a mentir u ocultar su identidad. En efecto, esta no es una estrategia ni fácil ni gratuita. Ocultar la orientación sexual implica vivir con un miedo permanente a ser descubierto o descubierta, porque se asume que podría haber represalias.

De hecho, según los relatos recabados, cuando por alguna razón la orientación sexual se ha hecho manifiesta, la discriminación ha sido inmediata.

En este tipo de situaciones, según señalan las personas expertas consultadas, este ocultamiento puede ser un arma de doble filo: ante una situación de despido por orientación sexual o identidad de género, la empresa siempre podrá señalar que no era de su conocimiento.

Más allá de lo estrictamente laboral, en el espacio de trabajo se construye un tejido social que determina la vivencia de cada persona en su puesto de trabajo. Insertarse en este tejido sin explicitar la orientación sexual propia no solo implica ocultar; en muchos casos, implica también mentir, ya que se deben disfrazar todas las menciones de la vida cotidiana propia.

Asimismo, requiere excluirse de espacios en los que se espera se participe con la familia. Implica, en definitiva, insertarse en ese tejido social teniendo que inventar una vida paralela diferente a la propia, desde la autocensura, internalizando en cierta manera la reprobación social de los otros, no pudiendo reivindicar la identidad propia como legítima o sintiendo miedo.

La situación es compleja para personas trans o personas que tienen una expresión de género que no se corresponde con los estereotipos asignados a su sexo biológico, ya que usualmente la identidad de género o la orientación sexual se manifiestan más abiertamente.

En muchas ocasiones se tiende a trivializar al respecto. Por ejemplo, es común asumir que las personas trans deberían ajustarse a los moldes más adecuados para acceder al empleo.

Se asume que todas las personas renuncian a ciertos gustos o preferencias al usar uniforme o asumir un código de vestimenta, y que se trata de una situación similar. Sin embargo, como se ha señalado, el impacto y las consecuencias de tener que ajustarse a una determinada forma de vestir o de verse en la obligación de ocultar la orientación sexual o la identidad de género no son comparables. En el primer caso se trata de un gusto o de algo que puede resultar más o menos cómodo para la persona. En el segundo, en cambio, significa ocultar un rasgo de identidad esencial, una parte central de la persona.

Estos criterios que tienden a trivializar lo vinculado a la expresión de género y la apariencia están particularmente arraigados entre las personas entrevistadas que trabajan en áreas de Recursos Humanos, quienes usualmente se justifican ante la necesidad de cumplir con los códigos de vestimenta. En efecto, afirman que la orientación sexual y la identidad de género no son motivos de exclusión a priori para una contratación, sino la forma de vestirse cuando no se ajusta a lo que establece la empresa.

8.2 Acceso al mercado laboral: Barreras para quienes se ven

Como ya se ha señalado, las barreras para el acceso al mercado laboral son más fuertes para las personas trans y para quienes tienen una expresión de género diferente a la que socialmente se les adjudica. En el caso concreto

de las personas trans, esto supone un rechazo ad portas en la gran mayoría de los casos. La discordancia de su apariencia con la identidad que reportan sus documentos agrava este rechazo inicial.

Experiencia de mujer trans:

“Ahí empecé a buscar trabajo, pero me fue imposible. Por mi apariencia, porque mi cédula dice otro nombre y lo que veían no era lo que decía la cédula”.

Esta falta de oportunidades laborales en muchas ocasiones empuja a las mujeres trans al trabajo sexual.

8.3 Permanencia en el empleo: Ambientes laborales hostiles

Desenvolverse en un entorno laboral en el que una persona se identifica como trans puede convertirse en un escenario de acoso constante. Quienes han sido objeto de este tipo de abusos relatan que la vivencia y las manifestaciones de violencia dependen en gran medida de los reglamentos o si la directiva envía un mensaje de cero tolerancias hacia actitudes transfóbicas. Por eso lo ideal sería siempre tener un reglamento con sanciones de tolerancia cero a las discriminaciones entre empleados o empleados y la gerencia, entre todos los que conforman la empresa.

8.4 Promoción laboral: El techo de cristal para la población trans

La discriminación por orientación sexual o identidad de género también socava las oportunidades de desarrollo laboral. Las posibilidades de ascenso son muy remotas, y en ocasiones se termina por naturalizar y asumir que no es una aspiración realista. Este tipo de limitantes se manifiestan incluso en ambientes laborales no particularmente hostiles en lo cotidiano.

En los procesos de ascenso, la relación con los superiores y con compañeros y compañeras es determinante. Las personas trans no suelen ser las más populares en los espacios laborales.

De hecho, como ya se ha señalado, se excluyen de los espacios sociales vinculados al entorno laboral para evitar exponerse. Esto incide directamente en sus posibilidades de crecimiento dentro de su ámbito laboral.

8.5 Manifestaciones diferenciadas de la discriminación

Sin duda, las personas trans sufren mayor discriminación que el resto de las personas.

De hecho, para ellas las posibilidades de acceder a un empleo en condiciones de trabajo decente están fuertemente condicionadas por el momento en el que realizan la transición. Cuando ocurre durante la niñez o la adolescencia, las personas trans son expulsadas del sistema educativo formal debido al acoso la violencia y el hostigamiento de estudiantes y del profesorado.

En el caso de las mujeres trans, la falta de formación y el estigma social impiden su inserción en el mercado laboral formal. Quienes han logrado concluir algún grado de formación también enfrentan muchas dificultades para acceder al empleo.

Pocas mujeres trans han logrado acceder a un empleo en condiciones de trabajo decente.

Según las personas encuestadas han propiciado en mayor medida su inserción laboral, por ejemplo, en los “call centers”. En este tipo de empleos se asume que al no haber contacto visual con clientes la identidad de género no es relevante.

8.6 Estrategias de resistencia de la población trans

En este capítulo vamos a mencionar algunas de las estrategias que utilizan las personas trans para acceder y mantenerse en el empleo cuando el ambiente es poco amigable o incluso declaradamente hostil. La estrategia más frecuente es la de ocultar la orientación sexual en ocasiones, la identidad de género. Como ya se ha apuntado, esta estrategia se asume con frecuencia desde la resignación o incluso se naturaliza; aunque se acompaña siempre del temor a ser descubierta o descubierto.

Otra estrategia que pudimos identificar en el transcurso de la investigación es la de realizar una selección previa de las empresas a las que postularse. En este sentido, hay personas que tratan de identificar espacios en los que por alguna razón saben que serán bien recibidos: por ejemplo, en transnacionales con políticas específicas, en empresas que conocen por otras personas o en espacios en los que han identificado que trabajan otras personas LGBTI.

Finalmente, otra estrategia es la de la organización. En el caso de las mujeres trans, de manera organizada están apostando por aumentar sus competencias para mejorar sus condiciones de ingreso al mercado laboral.

Si bien lo laboral no está en la agenda actual de las organizaciones dedicadas a la erradicación de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, en algunos centros de trabajo las personas LGBTI están organizadas para generarse espacios seguros y para impulsar la sensibilización de sus compañeros y compañeras.

9. Recomendaciones para lograr erradicar la discriminación

A continuación, vamos a nombrar varias opciones que podrían tomar tanto el estado como las empresas para mejorar la calidad de las personas trans en el ámbito laboral.

9.1 El bloque empresarial

Después de realizar la investigación y profundizarla podemos determinar que una solución para tratar de evitar la discriminación de este grupo de personas es la de conformar un Bloque Empresarial LGBTI (asi integra a todo ese colectivo de personas) cuyo propósito sería ser un “espacio de discusión, reflexión e intercambio de experiencias para la generación de herramientas que permita a las empresas identificarse como espacios laborales libres de discriminación y estigma”. El bloque se alimentaría de los Comités LGBTI que se creen en las empresas y que cuenten con el aval de alta gerencia, a la vez que promueve su constitución allá donde todavía no existen.

Desde el bloque se promovería la elaboración y aplicación de instrumentos y metodologías que permitan la realización de diagnósticos y la implementación de medidas para garantizar la no discriminación por orientación sexual o identidad de género. Igualmente, se promovería intercambios de experiencias entre las empresas.

Es una iniciativa que tendría que ser acogida y promovida primero por una asociación de empresas como parte de un programa de responsabilidad social empresarial. Para las y los líderes LGBTI que participarían en el Bloque Empresarial, la existencia de este espacio de encuentro daría la oportunidad de aprender de lo que otras están haciendo e intercambiar con otras regiones del país y quien dice con otros países.

9.2 Facilitar la transición en el centro de trabajo

La experiencia muestra que no hay que esperar a contar con una política de no discriminación para que una empresa actúe de la forma apropiada. En ocasiones, podemos decir que las situaciones concretas van obligando a reconocer derechos y definir procedimientos.

Podemos establecer que si en una empresa cuando una de las personas que trabaja en la misma decidiera realizar el proceso de transición de su género masculino asignado al nacimiento a ser reconocida como mujer y cuenta con el apoyo de sus compañeros y compañeras de trabajo, facilitaría la buena disposición de la empresa.

Aunque la empresa no cuente con una política de no discriminación formalmente establecida pero el buen trato ayuda al buen desarrollo de las personas y a erradicar la discriminación.

9.3 Abriendo camino en las organizaciones sindicales

En el ámbito sindical son pocos los esfuerzos que se identifican para impulsar los derechos de las poblaciones trans. No es un aspecto incluido en la agenda sindical hasta este momento, pero algunos sindicatos, de manera muy puntual, se han interesado en la temática en los últimos años. El grado de anuencia a incorporar la no discriminación por orientación sexual o identidad de

género en el accionar sindical varía entre organizaciones: algunas lo valoran como urgente, y otras manifiestan resistencias explícitas.

En este contexto, las acciones realizadas hasta el momento se pueden considerar como buenas prácticas, ya que abren brecha en un terreno nunca antes tocado. Pero lo que se debería buscar es que en todas se busque esta visibilización de las personas, para que además se vean respaldadas por sus sindicatos.

9.4 Incorporar mecanismos específicos para garantizar la implementación adecuada en lo relativo a la no discriminación por orientación sexual o identidad de género

Como ya se ha señalado, enfrentar la discriminación por orientación sexual o identidad de género requiere estrategias específicas para identificar y sancionar adecuadamente las manifestaciones que diferencien de otras. Además de generar mecanismos de denuncias pertinentes, es urgente trabajar en aspectos como la sensibilización y formación del funcionariado de la inspección o en la revisión de los catálogos de infracciones de manera que se puedan incorporar las formas de discriminación identificadas en este estudio.

9.5 Garantizar que los filtros formales e informales que existen en los procesos de contratación no contribuyan a la discriminación de personas trans.

Como se recoge en los hallazgos y las conclusiones de este estudio, se han identificado diferentes herramientas formales e informales que en la práctica pueden operar como filtros y barreras para la contratación de las personas trans. Es el caso de los formularios de solicitud de empleo, los códigos de vestimenta, los procedimientos de selección a través de ternas y no de instrumentos objetivos, o la indagación de aspectos de la vida privada de la persona candidata a través de herramientas como internet. Estos mecanismos deben revisarse o eliminarse para garantizar que en su aplicación para la contratación solo se consideran las competencias laborales de las personas y no aspectos de su vida privada, y, por tanto, se garantiza la igualdad de oportunidades y trato, tal y como señala el convenio núm. 111 de la OIT.

En este sentido, también es importante generar mecanismos para garantizar que los periodos de prueba de los contratos no se presten a situaciones de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

9.6 Divulgar buenas prácticas existentes y crear espacios empresariales para compartir experiencias

Podemos decir según lo investigado que algunas empresas e instituciones ya están implementando políticas y acciones dirigidas a propiciar espacios libres de transfobia. Estos esfuerzos deben ser divulgados para inspirar y orientar

iniciativas similares en otros espacios laborales. Es relevante fortalecer y replicar iniciativas, como la sugerida del Bloque Empresarial LGBTI, de manera que en dichos espacios las empresas puedan compartir estrategias, aprendizajes e inquietudes.

9.7 Promover la sensibilización y formación de las organizaciones sindicales para incorporar en sus agendas reivindicativas los derechos laborales de las personas LGBTI en general

Según lo investigado podemos reconocer el escaso conocimiento que hay sobre este tema en el movimiento sindical. Por eso, urge realizar una campaña de sensibilización y un plan de formación interno en el movimiento sindical. Además, con aquellas organizaciones que así lo consideren, sería importante avanzar en la elaboración de una agenda sindical en este tema y diseñar protocolos de actuación en caso de detección de casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

9.8 Favorecer encuentros entre las organizaciones que trabajan en defensa de los derechos de las personas trans, el sector sindical y otros sectores de la sociedad civil

Hasta el momento, las iniciativas realizadas desde el sector sindical para promover los derechos laborales de las personas Trans han sido escasas. Igualmente, las organizaciones que trabajan en defensa de los derechos de esta población no han posicionado por ahora lo laboral como un eje principal en sus agendas. Por lo tanto, es urgente promover la confluencia de ambos sectores para que puedan articularse demandas y estrategias conjuntas. Asimismo, es importante involucrar a otros sectores de la sociedad en este tipo de iniciativas, para generar una conciencia social.

9.9 Garantizar que las parejas LGBTI tengan acceso a los derechos derivados de la relación laboral de una de las personas que integra la pareja

Hoy en día en nuestro Código Civil y Comercial reconoce las uniones de personas del mismo sexo, pero en el ámbito laboral las parejas de las personas trabajadoras se ven privadas de derechos asociados a este vínculo. En este sentido, es urgente avanzar en la normativa para el reconocimiento de estas parejas y garantizar mientras tanto el cumplimiento de todos los derechos señalados.

9.10 Promover en las empresas espacios de participación voluntaria que propicien la elaboración de políticas y la promoción de prácticas internas de no discriminación por orientación sexual e identidad de género

Dada la experiencia exitosa recabada en esta investigación sobre las personas trans de algunos puestos de trabajo, se considera oportuno incentivar

tanto este tipo de espacios como otros mecanismos voluntarios que puedan combatir la discriminación y promover la igualdad dentro de las empresas. La experiencia de las personas trans de participación voluntaria muestra que la organización de los trabajadores y trabajadoras trans que lideran estos procesos es fundamental para promover la sensibilización, la información y el acompañamiento de todo el personal en las empresas a favor de la erradicación de la discriminación por orientación sexual e identidad de género. La experiencia que estos grupos adquieren es un eje transversal para, por ejemplo, crear espacios seguros para la población trans que trabajan en ellas, dar seguimiento al cumplimiento de las políticas de no discriminación o promover su construcción, y sensibilizar permanentemente a todas las personas trabajadoras. Asimismo, a la hora de promover este tipo de espacios es necesario asegurarse de que sean voluntarios y no se presten para el señalamiento y la estigmatización de quienes participan en ellos. En este sentido, la experiencia acumulada y las lecciones aprendidas en los grupos LGBTI ya existentes pueden orientar la estrategia de empresas que pretendan iniciar con este tipo de medidas, garantizando la creación de espacios seguros para las personas participantes.

También se considera relevante la creación de Comités empresariales de sostenibilidad para eliminar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en aquellas empresas que de manera voluntaria lo consideren oportuno. Estos comités podrían estar conformados por representantes de los grupos LGBTI, las gerencias y las direcciones de Recursos Humanos a fin de transversalizar las políticas de no discriminación en todos los niveles, y de manera permanente. Es vital que la creación y aplicación de las políticas no discriminatorias inicie desde los mandos altos en las empresas y así pueda llegar a permear en la cultura laboral empresarial la inclusión y el respeto hacia las personas LGBTI trabajadoras. Un comité como este deben guiarlo personas expertas en la materia, con un enfoque claro, sensible y propositivo, que podrían identificarse en los grupos LGBTI o contratarse externamente. Una tarea específica que este comité puede asumir es la construcción y análisis de indicadores específicos por orientación sexual e identidad de género, pues no solo las políticas de no discriminación son urgentes, sino también la creación de planes de acción y su gestión: por ejemplo, sistematizar quejas y denuncias identificando departamentos o unidades de negocio (Ventas, Compras, Recursos Humanos, entre otras), personas que las plantean (personas trabajadoras, clientes, etc.) y otras variables. Ello permitirá reconocer dónde y cómo deben aplicarse los mecanismos creados por la empresa para garantizar la no discriminación.

9.11 Implementar políticas de no discriminación contra la población trans en áreas vinculadas a derechos fundamentales como educación, trabajo, salud, vivienda o seguridad.

Esta investigación da cuenta del vínculo entre la violación de los derechos laborales de la población trans y la violación de otros derechos fundamentales. Por ejemplo, la violación del derecho a la educación en la adolescencia socava sus oportunidades para acceder al mercado laboral durante la edad productiva. Este es también el caso de la violación de otros derechos fundamentales como

la salud, la vivienda o la seguridad, que llevan a las personas trans a situaciones de fuerte exclusión social que les impiden acceder a empleos formales. Por ello, es necesario implementar políticas en diferentes áreas para propiciar ambientes libres de discriminación y transfobia de manera integral. Esta implementación debe garantizar la incorporación de las necesidades de la población trans en las políticas públicas para que su visibilización y reconocimiento de derechos sea efectivo. Es prioritario que se considere en la Política de Igualdad y Equidad de Género, que es transversal, y, por tanto, debe ser ejecutada por todas las instituciones del Estado.

9.12 Incorporar en los registros administrativos de las instituciones públicas la variable género en su sentido amplio (femenino, masculino, transgénero, otro género)

Esto permitiría que la persona, si así lo deseara, tuviera la posibilidad de la autoadscripción por identidad de género. Además, contar con registros administrativos que visibilicen a la población trans permitiría a las distintas instancias de atención tener datos actualizados de las necesidades de la población y mayores insumos para tomar decisiones y ejecutarlas en la política pública: en espacios de trabajo, formación profesional, salud, educación, seguridad, etc.

TRABAJO SEXUAL FORZADO Y PROSTITUCIÓN

Por Candela Peinado

Sumario

Introducción. Estigmatización y vulneración de derechos. Políticas internacionales que respaldan el trabajo sexual. La contra cara. Un artículo del New Zealand Herald. Conclusiones. Bibliografía.

Prostitución: ¿Trabajo sexual forzado?

Introducción

Desde que tengo memoria, recuerdo a mis padres dándonos consejos tanto a mí como a mi hermana de la forma en que debíamos cuidarnos en la calle cuando empezábamos a salir de casa solas, como no hablar con extraños. Hoy, vivimos en una sociedad en la cual, si bien hubo grandes avances al respecto, no es fácil la vida cotidiana para la mujer en cuanto a seguridad, igualdad, ni muchos menos inserción laboral, es por eso, que cuando crecimos y empezamos a independizarnos económicamente, una de las primeras advertencias de mis padres fue: “Cuidado con las entrevistas laborales, no vayan a ningún lado que presientan raro”. Con esta frase, puedo aproximarme a lo que ha sido, y por desgracia, muy frecuente en nuestro país: el engaño con fines de raptó para luego someter, en su mayoría a mujeres, a trabajos forzados con fines sexuales. Sin embargo, se advierte que en contra posición a esto, hoy encontramos un gran número de mujeres las cuales voluntariamente acceden someterse a trabajos sexuales, incluso muchas de ellas se hacen llamar “trabajadoras sexuales” proclamando por su derecho a elegir poder realizar esta actividad en forma remunerada y que a su vez se las contemple dentro de un marco jurídico.

Para comenzar con el desarrollo del presente trabajo, es menester aproximarse a una concepción de trabajo forzoso y para ello se debe mencionar que en el año 1930 se redacta un Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29) el cual en su texto original hacía referencia a un período transitorio durante el cual el trabajo forzoso u obligatorio podía emplearse en condiciones específicas. A lo largo de los años, el Consejo de Administración, la Conferencia Internacional del Trabajo, así como los órganos de control de la OIT tales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, han reconocido que estas disposiciones, conocidas comúnmente como “disposiciones transitorias”, ya no fueron aplicables. Así, en 2014, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Protocolo relativo al Convenio núm. 29 en el cual se prevé expresamente la supresión de las disposiciones transitorias.³⁵⁵

Según el Convenio 29 de la OIT³⁵⁶, se entiende por trabajo forzoso a aquel exigido a cualquier persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (Estableciendo ciertas

355 Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029

356 <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

excepciones, incluyendo el servicio militar obligatorio, obligaciones cívicas, el trabajo necesario para enfrentar una situación de emergencia y el trabajo en las cárceles bajo ciertas condiciones). Por su parte, el Convenio 105 de 1957 Añade una obligación específica para los Estados prohibiendo la imposición de trabajo forzoso u obligatorio como un medio de coerción o de educación política, como castigo por expresar determinadas opiniones políticas o por participar en huelgas, la movilización de la mano de obra con fines de desarrollo económico, como medida de disciplina en el trabajo o discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Las características esenciales que debe tener un trabajo para que se lo pueda considerar como forzoso son: restricciones de movimiento del trabajador, servidumbre por deudas para trabajo servil, retención de salarios o negativa tajante, confiscación de pasaportes y documentos de identidad, amenaza de denuncia de actividades, y finalmente, el punto que más nos interesa particularmente, violencia física o sexual.

Sabemos que el problema de la trata con fines de explotación sexual en la Argentina afecta en su gran mayoría y casi exclusivamente a las mujeres (ya que contamos con un 98% de las víctimas). Podemos ver que estos datos arrojan una demostración de la relación del delito con el sentido que la sexualidad femenina adquiere en las relaciones sociales. La dominación y control sobre la sexualidad de la mujer se reflejan en su máxima expresión en la chance de acceso por parte del género masculino a los cuerpos de mujeres (incluso niñas) en el mercado y la industria del sexo.

Como es de público conocimiento, gracias a la abolición del trabajo forzoso como así también los numerosos tratados internacionales referidos a derechos humanos, en la actualidad, la trata de personas está contemplada tanto en leyes espaciales como la ley 26.364 de PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VICTIMAS, como así también tipificada en nuestro Código Penal constituyendo los delitos de trata de persona en sus artículos 140, 145 bis y 145 ter.

Ahora bien, el problema que se plantea en el presente escrito hace referencia a la voluntad de las mujeres de someterse a ese “mercado e industria del sexo” en forma voluntaria, sin considerarlo como trata ni como trabajo forzoso, ya que ellas mismas desean someterse a prácticas sexuales a cambio de una remuneración y luchan por una certera reglamentación del mismo. El progreso de este planteo requiere como necesario dejar de lado opiniones personales y reconocer que el trabajo sexual es en gran parte del mundo una actividad generadora de ingresos.

En nuestro país, el trabajo sexual es una actividad lícita, mientras sea efectuada por personas mayores de edad, voluntariamente y en beneficio propio. En este sentido ha sido interpretado jurisprudencialmente, como por ejemplo por el fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, al decir que: *“El ejercicio de la prostitución en forma individual o independiente, no constituye delito y no corresponde confundir esta conducta con la que verdaderamente posee relevancia penal, que no es otra que la desplegada por los*

sostenedores, administradores o regentes de la prostitución".³⁵⁷

Sin embargo, aun cuando esta actividad no resulta ilícita, no son pocas las personas que, por diversos prejuicios morales, o por mero desconocimiento, estigmatizan y discriminan a quienes han elegido el ejercicio de esta actividad, llegando incluso a confundir el trabajo sexual con actividades ciertamente ilícitas como el proxenetismo o la trata de personas, fomentando que se persiga de manera ilegítima a este sector de la población.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estipula que las personas que ejercen el trabajo sexual apoyan entre cinco y ocho personas con sus ingresos. En cuatro países encuestados, la OIT halló que la industria del sexo proporciona entre el 2% y el 14% del producto interno bruto. Un claro ejemplo es Tailandia, donde la industria del sexo generó alrededor de 6.4 billones de dólares en el 2015 representando el 10% del PIB de Tailandia. Las personas tailandesas que practican el trabajo sexual envían un promedio de 300 millones de dólares a familiares que residen en el interior o zonas rurales del país. Además, la industria también genera empleo para los servicios auxiliares de limpieza, seguridad y servicios de transporte.³⁵⁸

Los espacios y las modalidades de trabajo son diversos. Las personas que ejercen el trabajo sexual pueden ser trabajadoras autónomas o empleadas y ejercer el trabajo sexual a tiempo parcial o a tiempo completo. También, el trabajo sexual puede ser formal, en el cual se implementa una relación entre empleador y empleado con un establecimiento. Sin embargo, gran parte de la industria del sexo es informal y las personas trabajan independientemente, individual o colectivamente con otras personas y como muchos otros trabajadores informales, estas personas son generalmente excluidas de recibir protecciones sociales y trabajan en condiciones precarias.

No obstante lo mencionado, cuando la criminalización excluye el trabajo sexual de las leyes laborales nacionales, como es el caso de nuestro país, las personas que ejercen el trabajo sexual no tienen otra opción más que aceptar condiciones de trabajo que son generalmente de explotación.

Estigmatización y vulneración de derechos

Unido a esto, bajo su condición, las personas que realizan esta actividad estipulan una vulneración de derechos a su persona, proclaman por la regulación normativa de su trabajo, y mencionan que se trata de un amplio número de mujeres mayores de edad que, aunque insertas por su propia voluntad en esta actividad, sufren de la misma manera una continua explotación económica como robos y pérdidas de dinero y/o objetos de valor en allanamientos a causa del accionar de las fuerzas de seguridad, muchas veces porque el dinero es considerado evidencia y, por ende, retenido. Así, si bien desde un punto de vista formal, la restitución de dinero y bienes personales puede reclamarse en las fiscalías o juzgados, esto difícilmente sucede, en particular, debido a los estigmas que rodean al sexo comercial, los cuales favorecen que las personas desistan de reclamar sus derechos.

357 (SALA IV, c.17.958, MONTOYA, Rosa M., 12/03/02, Bol. Int. de Jurisp. N° 1/02, Pág. 21)

358 Organización Internacional del trabajo, 1998, "The Sex Sector".

Se encuentran testimonios de trabajadoras que relatan haber sido apuntadas con armas y haber sido esposadas sin ningún tipo de garantía. Otros testimonios mencionan reiterados allanamientos hasta la conclusión de cierre del inmueble constituyendo una violación al derecho a la vivienda, ya que es sumamente lesivo para quienes realizan la actividad en el domicilio en el cual residen.

Por otro lado, se ve una fuerte vulneración en el derecho a la salud ya que en el marco de los allanamientos se retiran como evidencia los preservativos que poseen para utilizar en el acto sexual, aquellos que el mismo gobierno entrega a través de sus programas de salud. También, y aunque particularmente sea un tema de sumo debate, se ha evidenciado la solicitud de la búsqueda y el retiro de las cajas de oxaprost (droga utilizada para realizar interrupciones de embarazo), mostrando así una interferencia en otras decisiones de las mujeres sobre sus cuerpos.

Otra consecuencia fuertemente interesante a la actividad, son las restricciones a las libertades de las personas que se sufren en el marco de las operaciones de “rescate”. En éstos, luego de diversos allanamientos, trabajadoras son subidas a micros, sin que se les brinde mayores explicaciones en torno a por qué son retenidas, ni a donde se dirigen. Generalmente, ante la voluntad de querer retirarse, los funcionarios policiales y las profesionales de la unidad de rescate les indican la imposibilidad de hacerlo ya que se encuentran “a su cargo”. En este marco, permanecen retenidas varias horas a fin de que las profesionales de la unidad de rescate les tomen entrevista como sospechadas de ser víctimas de trata de persona, permaneciendo en una zona gris, un vacío legal, donde sus derechos se restringen o se subordinan, al menos, a los de ser “rescatadas”.

Por otro lado, se producen eventuales implicaciones como partícipes de las redes de trata y explotación. En muchas ocasiones, los funcionarios judiciales, policiales y operadores de asistencia buscan implicar a alguna de las trabajadoras como tratantes y/o proxenetas. Esta cuestión es compleja, porque también puede resultar que quienes exploten los lugares se identifiquen como trabajadoras sexuales. Pero, no podemos dejar de marcar que el alto porcentaje de mujeres procesadas por delitos de trata (el cuádruple que condenadas por el resto de delitos) pone una alerta en este sentido.

No es menor mencionar que en Argentina existe una realidad compleja que ha derivado en una situación de vulneración de derechos básicos de las trabajadoras sexuales. Por un lado, las personas que ejercen el trabajo sexual se ven estigmatizadas por la opinión pública y el sentido común la subyace. A la vez, y de manera relacionada, dadas las políticas ejercidas por el Estado argentino, su actividad se ha visto clandestinizada y ligada a la trata de personas. Desde la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina Ammar, se sostiene que las políticas punitivistas y el derecho penal no constituyen los medios correctos para accionar. Los factores a los que se ven expuestas las trabajadoras sexuales y las concepciones sociales de estigmatización tienen un correlato en las políticas desarrolladas por el Estado argentino y en el ámbito legal.

La falta de unanimidad y las confusiones que se dan en otros planos con respecto al trabajo sexual, los diferentes ámbitos donde se debe o no desarrollar y

el cuestionamiento a su carácter voluntario o no, se ve plasmado en un panorama legislativo que presenta diferencias entre el ámbito nacional y local, y que deja abierto a la interpretación su cumplimiento ya que, al no existir un marco legal contundente y claro, éste se caracteriza por la manera discrecional en el que se lo aplica.

Se debe tener en cuenta además que aunque el trabajo sexual no es un delito en nuestro país, todos los lugares donde se lo puede ejercer están criminalizados. Los códigos de faltas y contravenciones se convierten en instrumentos punitivos contra las trabajadoras sexuales, simplemente por considerar que su actuar es inmoral y contrario a las buenas costumbres. Actualmente tienen vigencia Códigos contravencionales que sancionan con arresto y multa a las Trabajadoras Sexuales exponiéndolas a soportar el mismo trato que una persona que delinque. Dentro de los castigos más comunes en los códigos contravencionales encontramos aquellos que confieren multa o arresto. Las provincias que lo castigan de ese modo son: Buenos Aires, Chaco, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Salta, Tierra del Fuego, Tucumán y Misiones. Es decir, 10 del total de códigos que penalizan la prostitución la castigan de ese modo. Luego, tenemos otras 6 provincias que sólo permiten aplicar el arresto como sanción al ejercicio del trabajo sexual (Catamarca, Chubut; Corrientes, Formosa y San Cruz). Por último, encontramos a aquellas provincias que o bien no otorgan una sanción de encierro o bien dan lugar a otras opciones, como es el caso de la provincia de San Luis, que permite la aplicación de la pena de multa o de trabajo comunitario, y el caso de la provincia de San Juan que hace posible la aplicación de la prohibición de concurrencia, el arresto o la implementación de instrucciones especiales, aunque no podemos afirmar fehacientemente a qué hace alusión o qué tipos de instrucciones especiales se aplican.

La lucha por el reconocimiento del trabajo sexual está fuertemente vinculada a la lucha por la despenalización. Es fundamental para la demanda de despenalización el argumento de que las personas que ejercen el trabajo sexual deben gozar de los derechos civiles y laborales, así como también de las protecciones sociales (independientemente de su ocupación).

Sabemos que la explotación y las condiciones de trabajo inseguras e insalubres existen en muchos sectores laborales, pero incluso, aun cuando se realiza bajo estas condiciones, el trabajo sexual sigue siendo trabajo. La criminalización replica el estigma, la discriminación y la marginación social, alienando a las personas que ejercen el trabajo sexual de las protecciones laborales formales, creando así condiciones de impunidad en cuanto a las violaciones de los derechos de las personas que ejercen este trabajo. El reconocimiento de que el trabajo sexual es trabajo es el punto de partida para analizar y tratar estas condiciones, y así poder organizar y respaldar ambientes de trabajo dignos.

Políticas internacionales que respaldan el trabajo sexual como trabajo

La base fundamental es dar cuenta de que el derecho al trabajo, a elegir qué trabajo se desea realizar con sus consecuentes condiciones justas y seguras son derechos humanos fundamentales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones*

*equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*³⁵⁹. Esto está jurídicamente vinculado con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la mayoría de los países.

El PIDESC requiere que los Estados *“reconozcan el derecho al trabajo, que incluye el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante el trabajo que escoja o acepte, y tomarán medidas apropiadas para salvaguardar este derecho”*³⁶⁰. Además, obliga a los países a garantizar *“condiciones de trabajo seguras y saludables”* y un salario justo.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada también por la mayoría de países, reafirma el derecho al trabajo como *“derecho inalienable”* y compromete a sus signatarios a trabajar para lograr la igualdad de derechos laborales para hombres y mujeres³⁶¹, incluyendo la libre elección de empleo y el acceso a prestaciones relacionadas con el trabajo, las disposiciones de salud y seguridad laboral y el apoyo necesario para cumplir las obligaciones familiares, responsabilidades laborales y la participación en la vida pública.

La CEDAW obliga específicamente a los estados a contrarrestar la *“explotación de la prostitución de las mujeres”*. Por lo tanto, los estados se han comprometido a abordar la explotación en la industria del sexo. Esta afirmación no implica que toda “prostitución” sea explotación; sino más bien cuando existe explotación, esta debe ser abordada.

El trabajo sexual es penalizado en la mayoría de los países que han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos jurídicamente vinculantes que se mencionaron anteriormente. Esta contradicción crea espacio para que las organizaciones de personas que ejercen el trabajo sexual puedan responsabilizar a sus gobiernos; el reconocimiento del trabajo sexual como trabajo obligaría a los gobiernos a reconocer que los tratados, leyes y políticas laborales internacionales y nacionales también se apliquen al trabajo sexual.

No es de menor importancia mencionar en este punto lo que la OIT ha hecho avanzar en base al objetivo del “trabajo decente” mediante un programa creado a tales fines. El concepto de trabajo decente abarca oportunidades de trabajo productivas y que ofrezcan ingresos justos, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que las personas expresen sus preocupaciones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas e igualdad de oportunidad y trato para hombres y mujeres³⁶². Los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente – la creación de empleo, la protección social, los derechos en el trabajo y el diálogo social – se han convertido en elementos integrales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El Objetivo del Programa exige la promoción de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, un

359 Naciones Unidas, “Universal Declaration of Human rights”

360 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”

361 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women”

362 Organización Internacional del Trabajo, “ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up”

empleo pleno y productivo y un trabajo decente.

En cuanto a la posición ideológica de la OIT sobre el trabajo sexual, si bien no lo mencionan específicamente, mediante los documentos subsiguientes, esta organización intenta avanzar en el refuerzo y reconocimiento del trabajo sexual dado que es un tema del cual no pueden desligarse al observar el número de personas activas ejerciendo esta actividad alrededor de todo el mundo:

Por un lado encontramos el famoso documento “Reaching out to Sex Workers and their Clients” (Acercamiento a las Personas que Ejercen el Trabajo Sexual y a sus Clientes)³⁶³, este trabajo enfatiza que las intervenciones de prevención del VIH con las personas que ejercen el trabajo sexual también deben abordar los factores estructurales, como la falta de protecciones sociales, el estigma, la discriminación, la marginación y la violencia, que vuelven a las personas que ejercen el trabajo sexual vulnerables al VIH.

Hay que advertir, que la implementación de este tipo de programas es sumamente importante para acercar información y conocimientos a las personas que realizan el trabajo sexual, ya que muchas de ellas han vivido la mayor parte de su vida en ambientes hostiles y vulnerables, donde el acceso a la educación no ha sido una posibilidad.

Por otro lado, el trabajo llamado “Leaving No One Behind: Reaching Key Populations through workplace action on HIV and AIDS”³⁶⁴ documenta las buenas prácticas de las intervenciones en el lugar de trabajo para abordar el VIH entre poblaciones clave, incluyendo a las personas que ejercen el trabajo sexual.

Como podemos ver, la OIT se ha encargado de enfatizar principalmente en cuestiones respectivas a la salud y posibles consecuencias que trae aparejado el trabajo sexual en caso de que no se lo realice con las precauciones debidas, directamente apuntando al contagio del VIH.

A pesar de este “progreso”, las personas que ejercen este tipo de trabajo argumentan que la OIT debería ir más lejos, ya que esto no alcanza como un reconocimiento en sí, como trabajo con todas sus características del trabajo sexual. Se busca que la OIT envíe un mensaje a la comunidad internacional y a los gobiernos nacionales e internacionales de que el trabajo sexual es verdaderamente un trabajo y que no es intrínsecamente dañino y explotador además de promover la realización de los derechos laborales en el lugar de trabajo de las personas que ejercen el trabajo sexual.

La Declaración de Consenso de la Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual³⁶⁵ (NSWP en sus siglas en inglés) afirma que el derecho al trabajo, con libre elección de empleo, es uno de los ocho derechos humanos fundamentales que tienen las personas que ejercen el trabajo sexual. Las personas que ejercen el trabajo sexual tienen derecho a:

363 Organización Internacional del Trabajo, undated, “Getting to Zero through the world of work”

364 Organización Internacional del Trabajo, 2014, “Leaving No One Behind: Reaching Key Populations through workplace action on HIV and AIDS”

365 Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual, 2013, “Consensus statement on sex work, human rights and the law”

Trabajo y libre elección de empleo (incluidas las personas que ejercen el trabajo sexual que viven con VIH).

Marcos normativos que regulen las condiciones laborales y la seguridad y la salud en el trabajo. Como mínimo, el trabajo sexual debe ser coherente con los principios fundamentales de la OIT y debe recibir los mismos derechos y protecciones legales que otros grupos de trabajadores.

Lugares de trabajo seguros y saludables en los que las personas que ejercen el trabajo sexual son compensadas y tratadas con respeto y estén libres de riesgos para la salud y abuso, incluyendo violencia sexual y violencia física.

No al despido discriminatorio de un empleo a causa del historial de trabajo sexual del individuo.

Igualdad de acceso a los códigos laborales y a otros derechos laborales.

Los miembros de la NSWP exigen a los gobiernos y autoridades pertinentes que tomen las siguientes medidas para visibilizar el respeto de este derecho: derogar las leyes que criminalizan la venta y compra de servicios sexuales; así como también a terceras personas, familias, socios y amigos, reconocer el trabajo sexual como una ocupación e incluirlo en la categorización de ocupaciones de la OIT; reconocer que no hay nada inherentemente dañino o explotador en la compra o venta de servicios sexuales; aceptar que personas que ejercen el trabajo sexual de todos los géneros y con toda condición de salud pueden trabajar en la industria del sexo; reconocer que el trabajo sexual no debe someterse a leyes “especiales” o impuestos adicionales que sirvan para restringir o explotar a las personas que ejercen el trabajo sexual; apoyar los derechos sociales y financieros relacionados con el trabajo, incluidos los permisos parentales, anuales, por enfermedad, las prestaciones médicas y parentales, la indemnización por accidentes, las pensiones y otros beneficios de los cuales gozan otros grupos de trabajadores. También se debe proporcionar información precisa sobre la salud y la seguridad, incluida la provisión de normas de salud y seguridad en el trabajo.

La contra cara

El auge feminista en la actualidad es de gran intensidad, y el debate respecto de reglamentaristas versus abolicionistas es uno de los principales choques ideológicos dentro del movimiento.

Si hacemos una investigación exhaustiva de feminismo, podremos encontrar una gran variedad de “ramas” dentro de este, con sus diferentes postulados y posicionamientos. Pero, de todas las discrepancias dentro del feminismo, la que genera una brecha profunda con enormes dosis de polémica, es aquella que proclama la abolición del trabajo sexual.

El término ‘víctima’ es uno de los más mencionados en esta cuestión, ya que, para los movimientos abolicionistas, la prostitución no es un trabajo, es una forma más de violencia machista. Consideran al trabajo sexual como una explotación y que las mujeres que lo ejercen no deben reclamar derechos laborales, sino derechos humanos.

El movimiento abolicionista intenta demostrar que las mujeres que comienzan a vender sexo por dinero es por desesperación económica al encontrarse en una situación de suma vulnerabilidad, en un momento en el cual no encuentran otra salida, sintiendo que no tienen otras oportunidades reales de supervivencia, incluso mujeres menores de 18 años.

Las abolicionistas sugieren que la legalización no trae los beneficios que sus defensores sugieren: por un lado es sumamente improbable que reduzca el tráfico; por el otro la “prostitución a puertas cerradas” no es necesariamente más segura que trabajar en la calle o prostitución “callejera”, y esto se refleja claramente en los sistemáticos abusos por parte de los clientes, la probabilidad de ataque, violación, e incluso la muerte en la prostitución supera el nivel de peligro que tienen hasta las más peligrosas formas de trabajo; tampoco la legalización eliminaría el estigma social de las mujeres en la prostitución, el cambio cultural para que esto suceda tardaría siglos, y más aún en una sociedad como la nuestra.

El principal planteo bajo una argumentación en contra de la reglamentación por parte de este movimiento, se mueve en base a que la explotación sexual trae aparejada una crisis para los derechos humanos de las mujeres (incluso niñas y niños), violándose, entre otros, los siguientes derechos: libertad, igualdad, dignidad, seguridad, prohibición de esclavitud y servidumbre, prohibición de torturas y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición de injerencias en la vida privada y de familia ni de ataques a su honra o reputación, a circular libremente y elegir residencia, a salir de cualquier país y regresar al propio, libertad de opinión y de expresión, libre elección de trabajo con condiciones equitativas y satisfactorias, al descanso y disfrute del tiempo libre y, en definitiva, a un nivel de vida adecuado con el disfrute de sus derechos civiles y socioeconómicos.

No es menor el dato que arroja que la mayoría de las mujeres y niñas, abandonan la prostitución enfermas, traumatizadas y e igual de pobres como cuando entraron en ella. Mencionan que para un gran número de estas mujeres y que la prostitución se convierte en una “sentencia de muerte” cuando contraen el virus del sida.

Más allá de que las abolicionistas sean juzgadas por un gran número de feministas, ellas se escudan aludiendo que la prostitución estudiada desde un enfoque de derechos humanos no es una perspectiva exclusiva de las plataformas abolicionistas, ya que, de hecho, el seno de Naciones Unidas ha sido escenario de creación de numerosos protocolos, resoluciones y convenciones donde se refleja la preocupación por la vulneración de derechos humanos como consecuencia de la prostitución.

A continuación, expondremos las “10 razones para no legalizar la prostitución” estipuladas en un escrito de Janice G. Raymond³⁶⁶, reconocida feminista radical estadounidense y profesora de estudios de mujeres y ética médica en Massachusetts. Janice es sumamente conocida por su incansable trabajo contra la violencia y explotación sexual, además de ser una de las

366 Notas periodismo popular, 2014. “Janice Raymond y sus diez razones para no legalizar la prostitución” disponible en <https://notasperiodismopopular.com.ar/2014/10/10/janice-raymond-diez-razones-no-legalizar-prostitucion/>

principales caras visibles en contra de la legalización de la prostitución.

“10 Razones para No legalizar la Prostitución”

La legalización/despenalización de la prostitución es un regalo para los proxenetas, los traficantes y la industria del sexo.

La legalización/despenalización de la prostitución y de la industria del sexo promueve el tráfico sexual.

La legalización/despenalización de la prostitución no supone un control de la industria del sexo. La expande.

La legalización/despenalización de la prostitución aumenta la prostitución clandestina, ilegal y la prostitución de la calle.

La legalización de la prostitución y la despenalización de la industria del sexo promueve la prostitución infantil.

La legalización/despenalización de la prostitución no protege a las mujeres que están en la prostitución.

La legalización/despenalización de la prostitución aumenta la demanda de la prostitución. Incentiva a los hombres a comprar a las mujeres por sexo en un entorno social más permisible y de mayor aceptabilidad.

La legalización/despenalización de la prostitución no promueve una mejora de la salud de las mujeres.

La legalización/despenalización de la prostitución no aumenta las posibilidades de elección de las mujeres.

Las mujeres que están dentro de la prostitución no quieren que se legalice o despenalice la industria del sexo.

Estas razones encuentran su fundamento sobre la base de que existe una cultura sobre la explotación sexual a través de la cual se cree que los cuerpos de las mujeres son productos de consumo, por lo que su explotación se rige por la ley de la oferta y la demanda: los hombres crean la demanda y las mujeres son la oferta.

Más allá de las mencionadas razones, las cuales miradas desde aquella postura resultan sumamente válidas, creo que las razones que fundamentan darle a esta actividad un enfoque laboral, tienen un peso relativo mucho mayor, por los beneficios que implica.

Principalmente, existen implicaciones legales para reconocer el trabajo sexual como trabajo para otorgarles protección a estas trabajadoras, ya que, si el trabajo sexual es considerado trabajo, dejaría de ser perseguido como un crimen, transformando a esta criminalización en un modelo legal inapropiado.

Además, si el trabajo sexual es trabajo, entonces no debería ser parte de una explotación, pudiendo accionar en su contra, y sumando, por lo tanto, que los clientes y los terceros no necesitan ser criminalizados indiscriminadamente.

Fundamentalmente el derecho penal ya no sería herramienta apropiada para regular este sector. Las personas que ejercen este trabajo sexual estarían protegidas por las leyes laborales que protegen los derechos de todos los

trabajadores en el país y otras leyes que protegen los derechos de todos los ciudadanos.

No obstante, aun en ausencia de la despenalización, no se observa una activa defensa por parte de los gobiernos sobre los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual como trabajadoras, y estos derechos tienen que ser respetados, protegidos y cumplidos independientemente de si los gobiernos nacionales reconocen o no el trabajo.

Con respecto a esto, podemos mencionar “El Caso Kylie”³⁶⁷, de Sudáfrica. En el 2006, SWEAT y su socio legal, el Women’s Legal Center (Centro Jurídico de Asuntos sobre la Mujer), representaron a ‘Kylie’, una persona que ejerce el trabajo sexual que fue injustamente despedida de un burdel. La Comisión for Conciliation, Mediation and Arbitration (Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje) consideró que su jurisdicción no se extendía al trabajo ilegal. Kylie llevó el caso al Labour Court (Tribunal de Trabajo), que remitió el caso a la Labour Appeals Court (Corte de Apelaciones Laborales). La Labour Appeals Court falló a favor de Kylie, afirmando que la criminalización del trabajo sexual en Sudáfrica no debería privar a ninguna persona que ejerce el trabajo sexual de sus derechos constitucionales y que, como trabajadoras vulnerables, las personas que ejercen el trabajo sexual deberían gozar de la protección del Labour Relations Act (Ley de Relaciones Laborales).

En segundo lugar, no otorgarle un marco legal a este tipo de actividad, como dijimos anteriormente, genera estigma y discriminación sobre las personas que ejercen el trabajo sexual demostrando tener grandes repercusiones negativas, entre ellas la creación de un entorno propicio para la exclusión social, la violencia y el VIH / ITS. Rotular a las personas que ejercen este trabajo como delincuentes o como víctimas es igualmente estigmatizador. Considerar a las personas que ejercen el trabajo sexual como trabajadoras es fundamentalmente no estigmatizador. Desde esta perspectiva, el trabajo sexual es aceptado como un trabajo y por lo tanto puede ser juzgado por los mismos estándares que se aplican a otros trabajos.

Por su parte, tratar el trabajo sexual como un verdadero trabajo también ayuda a los aspectos positivos del trabajo sexual, incluidos los beneficios financieros, la flexibilidad, la independencia, la satisfacción en el trabajo y el sentido de proporcionar un servicio importante, y que todo esto se logre sea compartid sin vergüenza.

No es de menor importancia el hecho de que el establecimiento de normas para que este trabajo sea decente, va de la mano con la reducción de la explotación. Si se otorgara un marco laboral, sería posible establecer estándares de “trabajo sexual decente” y la explotación se puede abordar más fácilmente ya que la mencionada constante criminalización, la fomentación del estigma, la marginación social y la desconfianza hacia la policía, servicios sociales que etiquetan de “víctimas” y otras autoridades, impide que estas personas denuncien la explotación que experimentan o de la que son testigos.

367 Organización Internacional del Trabajo, 2010, “Kylie v. CCMA and Others”

Algunas organizaciones de personas que ejercen el trabajo sexual han establecido mecanismos de auto-regulación para apoyar las preocupaciones de las personas que ejercen el trabajo sexual y mediar las disputas con los gerentes. La despenalización y el reconocimiento formal del trabajo sexual como trabajo permitirían fortalecer y formalizar estos mecanismos de autorregulación.

Un claro ejemplo de lo expuesto se ve en Tailandia, donde las personas que ejercen el trabajo sexual, bajo la bandera de la Fundación EMPOWER³⁶⁸, han creado un modelo para un lugar de trabajo justo y equitativo: el Can Do Bar en Chiang Mai. A diferencia de otros lugares de entretenimiento en Tailandia, el Can Do Bar cumple con los estándares de salud y seguridad laboral en Tailandia. El personal está empleado de acuerdo a las condiciones que define la Ley de Protección Laboral Tailandesa y está inscrito en el Plan Nacional de Seguridad Social. El Can Do Bar también ofrece oportunidades de ascenso y promoción de habilidades. Aunque todavía no existe una unión o asociación formal, los trabajadores se reúnen regularmente y son fundamentales para orientar los cambios en el lugar de trabajo.

Otra de las razones fundamentales para otorgarle marco legal a esta actividad es la consecuencia que llevaría a aumentar la capacidad de las personas que, ejerciendo el trabajo sexual, podrían organizarse y formar asociaciones, colectivos y/o sindicatos. De igual manera, estarían más capacitadas para establecer estándares industriales, proporcionar representación legal y apoyo a los explotados, entablar negociaciones, mediación y negociación colectiva con propietarios y gerentes de burdeles y lanzar acciones industriales como huelgas.

La violencia y el acoso policial es otra característica angustiante a tener en cuenta a la hora de apoyar la legalización de esta actividad. Cuando el trabajo sexual no se reconoce como trabajo, la falta de acceso a la justicia crea impunidad para los perpetradores de la violencia contra las personas que ejercen el trabajo. Un ejemplo contrario y a favor de la legalización es el caso de Nueva Zelanda, que, en lugar de temerle a la policía, pueden esperar protección. Son capaces de denunciar los delitos cometidos contra ellas sin temor al arresto o a que sus quejas sean desestimadas, reduciendo su vulnerabilidad a la violencia.

Un artículo del New Zealand Herald:

La policía resolvió una disputa entre una persona que ejerce el trabajo sexual y un cliente que se negó a pagar – escoltando al hombre a un cajero automático para pagar su factura de \$ 100. El cliente se había negado a pagarle a la mujer... La policía arregló el asunto conduciendo al hombre a su casa para ir por su billetera y llevarlo a un cajero automático para entregarle el dinero a la trabajadora. Annah Pickering, la coordinadora del Prostitutes Collective Auckland [Colectivo de Prostitutas Auckland)... elogió a la policía por aplacar la situación y proteger los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual como los de “cualquier trabajador”. Un portavoz de la policía de Manukau dijo que el incidente era común. “Suena remarcable, pero es una cuestión de rutina. La policía ayudaría a cualquier ciudadano que tenga un desacuerdo, sea este una

368 EMPOWER Foundation, 2016, “Moving Toward Decent Sex Work: Sex Worker Community Research: Decent Work and Exploitation in Thailand” (30/5/2020)

persona que ejerce el trabajo sexual o alguien trabajando en una pizzería.”³⁶⁹

De suma importancia es la mirada relativa a la salud en cuanto al marco legal y enfoque laboral menester para esta actividad. La despenalización del trabajo sexual tendría las mejores consecuencias en el curso de la epidemia del VIH en todos los contextos, haciendo de esta la intervención con más impacto para prevenir nuevas infecciones por VIH entre las personas que ejercen el trabajo sexual.

La despenalización estimula un entorno favorable que aumenta el poder de las personas que ejercen el trabajo sexual para insistir en el uso del preservativo. También reduce la vulnerabilidad a la violencia sexual y las barreras para acceder a los servicios de salud, lo cual los miembros de la NSWP como la Red Umbrella Athens (Paraguas Rojo Atenas) enfatizan, deben ser integrales e incluir atención primaria, salud mental y salud sexual y reproductiva. La despenalización fomenta la creación de directrices sobre salud y seguridad en el trabajo, como la excelente *A Guide to Occupational Health and Safety in the New Zealand Sex Industry 27* (Guía para la Salud y la Seguridad Ocupacional en la Industria del Sexo de Nueva Zelanda), un esfuerzo colaborativo que involucra al NZPC, al gobierno local y a los Departamentos de Trabajo, Salud y a la Policía de Nueva Zelanda. Sin embargo, incluso en ambientes altamente criminalizados, las personas que ejercen el trabajo sexual han desarrollado programas de salud laboral.

También, mediante la implementación de un marco laboral correcto, estas personas tendrían un acceso sumamente mejorado a la seguridad social, ya que estas proporcionan garantías económicas durante los períodos en los que las personas sean incapaces de trabajar ya sea por desempleo, maternidad, vejez, entre otras. Si las personas activas en la laboral sexual fueran empleadas como trabajadoras, podrían acceder a la gama de protecciones sociales estatales o privadas a las que todos los trabajadores deberían poder acceder (incluyendo pagos por enfermedad, pensiones, beneficios por desempleo, beneficios por maternidad o paternidad, beneficios por incapacidad y compensación por lesiones en el trabajo).

Por último, es interesante hacer mención a la posibilidad de formalizar alianzas con otros trabajadores y movimientos sociales en el caso de que se esté ejerciendo una actividad no solo despenalizada sino también legalizada. Mediante análisis se puede reconocer diversos puntos en común entre el trabajo sexual y otros tipos de trabajo con un alto grado de trabajo informal y vulnerabilidad de los trabajadores, como el trabajo doméstico y agrícola. Visto a través del marco laboral, muchas de las condiciones inaceptables y explotadoras en el trabajo sexual dejan de ser peculiares a la industria. Esto permite que las organizaciones regentadas por personas que ejercen el trabajo sexual ubiquen sus desafíos en el tenor de las fuerzas macro-políticas y económicas, como la globalización, la austeridad y las medidas contra la inmigración, y una disminución de las formas tradicionales de empleo formal. También ofrece la oportunidad de formar alianzas con otros grupos de trabajadores y de vincular la lucha por los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual a movimientos sociales más amplios. En Kenia, las personas que ejercen el trabajo sexual se han unido a Bunge

369 Kirsty Wynn, “Police help short-changed sex worker”, *New Zealand Herald*, 13 July 2014. (30/5/2020)

la Mwanachi, o Parlamento Popular, un movimiento anti-pobreza basado en la identidad de clase, compuesto por vendedores ambulantes, gente de la calle, conductores de microbuses, personas LGBT y personas que ejercen el trabajo sexual, unidas para protestar contra el acoso y abuso de la policía y las fuerzas de seguridad y también contra los aumentos de impuestos sobre los productos básicos que golpean a los pobres más fuertemente.

En conclusión, haremos referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual en su art.1 estipula que “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. De esto se deduce que todas las personas somos libres e iguales, gozando de los mismos derechos y obligaciones, por lo tanto, cada una de las personas ejerciendo este tipo de actividad, tiene la libertad de disponer sobre su propio cuerpo para hacer o no hacer aquello que sienta mejor para su bienestar, siempre que no afecte a los demás (art. 19 Constitución Nacional). Nadie tiene el derecho de estigmatizar o discriminar por el solo hecho de lo que elijan hacer. Siendo mayores de edad, son libres de optar por la forma que estipulen más conveniente para sostener sus familias y hogares sin dudar de que su actividad es un verdadero trabajo.

Así mismo, el art. 3 de la misma Declaración hace referencia a que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Es por esto, que las trabajadoras sexuales al igual que el resto de los trabajadores tienen derecho a una vida digna en libertad gozando de toda su seguridad social y personal, lo cual solamente será posible el día en que los legisladores aprueben un marco legal correspondiente que brinde las pertinentes protecciones para no vivir en la explotación.

Siguiendo la línea de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Estado argentino debe brindar trato igualitario a los trabajadores, cualquiera sea la actividad que realizan para sustentarse económicamente, siempre que no perjudique a terceros. En mi opinión, deberían derogarse todos aquellos artículos de los códigos contravencionales de las provincias que infrijen el art. 7 de la DUDH el cual estipula que todas las personas tienen igual derecho de protección de la ley. Fundamentalmente se debe garantizar protección legal a todas las personas y generar políticas públicas y sociales tendientes a disminuir la estigmatización no solo de la colectividad de trabajadoras sexuales, sino de todos los grupos sociales, y esto es menester incluirlo desde la educación primaria más elemental.

Los mencionados códigos contravencionales deberían ser tildados de inconstitucionales, ya que otorgan altas facultades a las fuerzas de seguridad para interpretar que los actos realizados por los trabajadores sexuales son plausibles de detención (arbitraria) sin garantizar una adecuada defensa, contrariando al art. 9 de la DUDH que establece que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado”.

La misma autoridad que poseen las fuerzas de seguridad se ve de una manera sumamente abusiva al obligar a estas personas pasar por reiteradas situaciones de allanamientos, violación de correspondencia e injerencias

arbitrarias tanto en su vida privada como en la de su familia, en contra posición a lo mencionado por el art. 12 DUDH.

Conclusiones

Resulta claro que toda persona tiene derecho al trabajo y a la libre elección de su trabajo. Las personas que realizan este tipo de actividad no solo luchan por sus derechos laborales, sino aún van más allá, luchando por sus derechos humanos.

Vivimos en un país con un alto número de desempleo y de pobreza, lamentablemente no todos experimentan durante su vida las mismas posibilidades de educación, sin poder acceder a veces a fuentes laborales eficaces que contemplen todas las necesidades previstas para cada familia, por eso, el punto inicial para poder debatir seriamente un marco legal para esta actividad, es la solidaridad y la empatía, y fundamentalmente el respeto a los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro propio Estado, el cual no hace más que desobedecerlos.

Personalmente creo que las trabajadoras sexuales requieren de una ley para ejercer su actividad amparadas en derechos laborales. Como mencionamos, en Argentina el trabajo sexual no está prohibido pero tampoco cuenta con un marco normativo que garantice los derechos pertinentes, incluso la propia Ley de Contrato de Trabajo nada estipula en cuanto al trabajo sexual específicamente, únicamente podríamos concluir que por imperio de los artículos 39 y 40 sobre trabajo prohibido y trabajo ilícito, no se encuentra permitido ejercerlo en relación de dependencia, lo cual no excluye la posibilidad de realizar la actividad de manera autónoma. Como vemos, existe una laguna en el derecho de suma importancia causando severos daños.

El Código Penal de la Nación, sanciona en su art. 127 al que “explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima”, pero como vemos claramente de la redacción, no arroja sanción a quien ejerce la actividad de una manera autónoma. No obstante, como mencionamos en páginas anteriores, parte de la legislación vigente en nuestro país, incluida nuestra provincia de Córdoba, regulan la actividad, muchas veces creando tensiones entre el ejercicio de este tipo de trabajo como derecho a la libre elección del trabajo y su penalización como delito. Entre ellas se puede mencionar: 1. La Ley n° 12.331 de Profilaxis y antivenéreas. 2. El Código de Faltas de la Provincia de Córdoba que contiene la figura de prostitución escandalosa en su art. 45. 3. Las leyes de lucha contra la trata de personas, a nivel nacional la ley 26.842 y a nivel provincial la ley 10.060.

Considero, que esta legislación es fuertemente lesiva de los derechos de las trabajadoras sexuales, pero no solo para ellas, ya que también se ve afectado todo su entorno familiar, el cual muchas veces depende del ingreso de estas personas como sustento.

Ante toda esta situación, brindo el apoyo para la sanción de una ley que cree el necesario registro y dependa del Ministerio de Trabajo de modo que se cumplan con todos los controles necesarios. No es suficiente la mera reglamentación del trabajo sexual, mucho menos si contempla una visión punitiva como lo es en la actualidad. La legislación laboral permitiría contar con un marco

legal para que estas mujeres dejen de estar expuestas a la clandestinidad, ya que, como sucede con otros temas debatibles, por ejemplo, el aborto legal, seguro y gratuito, este tipo de actividad se va a seguir realizando, con o sin ley sancionada.

El hecho de que el Estado no genere políticas públicas, refleja “no hablar de lo que no se quiere hablar”, si bien venimos contando con grandes avances, se siguen visualizando trabas a las mujeres poniendo un freno a sus derechos, no se quiere visualizar el poder y autonomía que han adquirido las mujeres, y lamentablemente, mezclar temas tan controvertidos como mujeres y sexualidad, para gran parte de la población sigue siendo un tabú.

Bibliografía

Jane Pitcher, “Sex work and modes of self-employment in the informal economy: diverse business practices and constraints to effective working”, *Social policy and society* 14.1 (2015): 113–123

Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual, 2015, “The real impact of the Swedish Model on sex workers: Right to work and other work-related human rights”

Organización Internacional del trabajo, 1998, “The Sex Sector”. Consultado el 30/5/ 2020 en http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9221095223_EN/lang--en/index.htm

Tribuna Feminista. (2017, julio.) “Por qué el «trabajo sexual» no es trabajo” Consultado el 29/5/2020 en <https://tribunafeminista.elplural.com/2017/07/porque-el-trabajo-sexual-no-es-trabajo/>

Ammar. (2018, agosto) “Criminalización del Trabajo Sexual en los Códigos Contravencionales y de Falta de Argentina”. Consultado el 30/5/2020 en http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/criminalizacion_del_trabajo_sexual_en_los_codigos_de_faltas_de_argentina-2.pdf

Ammar. “Políticas anti-trata y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales”. (2017). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, p 10-16.

Constitución Nacional

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

¿ES NECESARIO CONTAR CON UNA LEY ESPECIAL QUE REGULE LA OCUPACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS TRANSEXUAL?

Mariana Wolff

Introducción

A lo largo de la historia las personas trans han sido excluidas sin ser consideradas sujetos de derechos. En el año 2012, con la sanción de la Ley de Identidad de Género esta situación cambia. Sin embargo, si bien la sanción de esta ley fue muy importante, el mercado laboral es cerrado a las personas trans quienes por este motivo terminan en situaciones de extrema exclusión social. En otros casos, la necesidad de mantener un trabajo, las ha obligado a retrasar el camino de visibilizarse con la identidad del género percibido. Quienes ejercen este derecho sufren acoso laboral, cambio de categoría profesional e incluso despido.

Nuestro derecho positivo, en primer lugar, nuestra Constitución reconoce la igualdad de todas las personas, por esto se necesita por parte del Estado un rol activo para garantizar el derecho a la igualdad, removiendo los obstáculos de cualquier naturaleza que traben o impidan una real vigencia de este derecho fundamental y su correlativo principio de no discriminación.

Transgénero

Transgénero es un término global que define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer. La identidad de género hace referencia a la experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene una persona; la expresión de género se refiere al modo en que una persona comunica su identidad de género a otras a través de conductas, su manera de vestir, peinados, voz o características corporales. El prefijo “trans” se usa a veces para abreviar la palabra “transgénero”.

El término transgénero incluye muchas identidades:

Transexual: hace referencia a las personas cuya identidad de género es diferente de su sexo asignado. A menudo, las personas transexuales alteran o desean alterar sus cuerpos a través de hormonas, cirugías y otros medios para que estos coincidan en el mayor grado posible con sus identidades de género. Este proceso de transición a través de intervenciones médicas generalmente es conocido como reasignación de sexo o género, pero más recientemente también se lo denomina afirmación de género. Las personas cuyo sexo asignado es femenino, pero que se identifican y viven como hombres, y alteran o desean alterar sus cuerpos mediante intervenciones médicas para asemejarse más fielmente a su identidad de género se conocen como hombres transexuales o transexuales masculinos. Por el contrario, las personas cuyo sexo asignado es masculino, pero que se identifican y viven como mujeres, y alteran o desean alterar sus cuerpos mediante intervenciones médicas para asemejarse más fielmente a su identidad de género se conocen como mujeres transexuales o transexuales femeninos.

Travesti: designa una identidad individual y política que reivindica el derecho a autodefinirse más allá del binario de género: hombre y mujer. Etimológicamente, la palabra “travesti” viene de las palabras latinas “trans” que quiere decir “cruzar” o “sobrepasar,” y “vestite”/“vestire” que quiere decir “vestir”. Los y las travestis usan maneras de vestir que tradicionalmente, y como parte de un estereotipo, usa otro género en sus culturas. Varían en el grado en el cual se visten del otro sexo, desde el uso de una prenda de vestir hasta al travestismo total. El travestismo no indica la orientación sexual.

Drag queens y drag kings: el término “drag queens” generalmente hace referencia a hombres que se visten como mujeres con el fin de entretener a otras personas en bares, clubes u otros eventos.

El término drag kings hace referencia a mujeres que se visten como hombres con el fin de entretener a otras personas en bares, clubes u otros eventos.

Género-queer: es un término que usan algunas personas que identifican su género fuera del constructo binario “hombre” y “mujer”. Pueden definir su género dentro de una escala entre hombre y mujer, o pueden definirlo como algo completamente diferente de estos términos. También pueden requerir que para llamarlas se usen pronombres que no sean ni masculinos ni femeninos.

Otras categorías de personas trans incluyen personas andróginas, multigénero, desconformes con el género, de tercer género y personas de dos espíritus. Las definiciones exactas de estos términos varían de persona a persona y pueden cambiar con el tiempo, pero generalmente incluyen un sentido de combinación y/o alternancia de género. Algunas personas que usan estos términos para describirse a sí mismas consideran que los conceptos tradicionales y binarios de género son restrictivos.³⁷⁰

Las personas trans constituye uno de los colectivos al cual más se le vulneran los derechos humanos³⁷¹. Si bien el corpus jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos³⁷², en nuestro país aún los derechos a las personas trans no son garantizados.

La aprobación de la Ley de Identidad de Género³⁷³ ha sido fundamental, ya que reconoce a las personas trans sujetos de derecho. Además, el informe Pobreza y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos

370 American Psychiatric Association, “Las personas trans y la identidad de género”, 2011, Washington. Consultado el 20 de mayo en <https://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero>

371 Los derechos humanos son aquellos “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”. Agrega: “Todos los seres humanos tienen los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

372 ARESE Cesar, Derecho Humanos Laborales, teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs As, 2014, p., 14, 15.

373 Ley 26743 sancionada el 9 de mayo de 2012, reconoce el derecho a la identidad de todas las personas a mostrarse tal cual se autoperciben, permitiendo también desde una perspectiva jurídica la inclusión y el acceso a derechos e igualdades a los miembros de la comunidad trans.

Humanos³⁷⁴ revela que el empobrecimiento que afecta a las personas trans proviene de legislaciones que no admiten el reconocimiento legal de la identidad de género. Sin embargo, aún no es suficiente. Quienes se autoperciben de otra manera son víctimas de la violencia estructural contra la diversidad sexual, que se expresa de diferentes formas entre ellas la falta de oportunidad laboral, el acceso a la educación, a la salud.

Caben señalar algunos datos relevados por el Informe técnico de la Prueba Piloto de la Primera Encuesta sobre Población Trans realizada en el año 2012 en el Municipio de la Matanza³⁷⁵, elaborado conjuntamente por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo³⁷⁶ y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ministerio de Economía de la Nación, que dan cuenta de la situación por la cual atraviesan las personas trans respecto del acceso a derechos básicos.

Acceso a la educación: el 64% del universo encuestado tiene aprobado solamente el nivel educativo primario. El 20% culminó el nivel secundario y sólo el 7% declaró haber cursado un nivel escolar superior siendo que sólo el 2% manifestó haber completado sus estudios universitarios.

Acceso a los servicios de salud: el 80% de las personas encuestadas declaró no contar con ninguna cobertura de salud. Sólo el 14% manifestó tener obra social o prepaga. En relación a las transformaciones en el cuerpo para la obtención de la identidad autopercebida, el 54% de las encuestadas afirmó haberse realizado algún cambio. Ocho de cada diez entrevistadas afirma haberse aplicado la inyección de siliconas o líquidos, mientras que dos de cada diez accedieron a las prótesis mamarias.

Acceso al trabajo: el 20% de las encuestadas manifestó no realizar ninguna actividad remunerativa. El 80% restante expresó dedicarse a actividades vinculadas a la prostitución y otras tareas de precaria estabilidad e informales.

De tal manera son vulnerados sus derechos humanos que la esperanza de vida de esta población está ubicada en los 35 años, mientras que la media nacional se ubica en 79 años para las mujeres y 71 años para los varones.³⁷⁷

Derecho a la Igualdad

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos. La CIDH realizó un importante desarrollo al elaborar la Opinión Consultiva Nro. 18 del 17/9/03, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Sostuvo en ese estudio, entre otras consideraciones, que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre el descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional

374 En adelante CIDH.

375 INADI, *derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pdf. Consultado el 20 de mayo de 2020 en <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/derecho-al-trabajo-sin-discriminacion.pdf>

376 En adelante INADI.

377 INADI, *derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pdf. Consultado el 20 de mayo de 2020 en <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/derecho-al-trabajo-sin-discriminacion.pdf>

e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

La conclusión fue la siguiente:

a) El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

b) El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

c) El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.³⁷⁸

Igualdad

La CIDH sostiene que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.

Como enseña Bidart Campos, todos los seres humanos participamos de una igualdad elemental de status en cuanto personas jurídica. Este es el concepto básico de la llamada igualdad civil, que consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas.³⁷⁹

Es bueno tener en cuenta una doble dimensión de los seres humanos:

como personas, es decir como entes racionales, en su esencia: somos todos iguales;

como individuos, es decir como unidades dotadas de específicas cualidades psíquicas, físicas y morales, no somos todos iguales.

En consecuencia, es que un buen concepto de igualdad supone respetar tanto las similitudes esenciales como también las diferencias accidentales.³⁸⁰

Esta igualdad no es simplemente la ausencia de discriminaciones arbitrarias, sino una igualdad de oportunidades, es decir, de posibilidades reales

378 ARESE, Cesar. Ob. cit. Págs., 54, 55.

379 BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Ediar, Buenos Aires, Tomo I, 1996, pág.535.

380 PALACIOS Agustina, Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva, REVISTA QUORUM, Mar del Plata, diciembre de 2000. Consultado el 21 de mayo de 2020 en <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidasaccion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>

que efectivamente estén al alcance de todas las personas, especialmente de las menos favorecidas (entre estas encontramos a las trans), que son siempre quienes no tienen un real acceso a los derechos. Por lo tanto, corresponde al Estado un rol activo para garantizar el derecho a la igualdad. No es suficiente que el Estado reconozca que somos titulares de ciertos derechos, sino que además es obligación de éste el garantizar a las personas el ejercicio de los mismos.

Dentro de las violaciones al Derecho a la Igualdad encontramos: discriminación, intolerancia y violencia laboral.

Discriminación

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 Partes³⁸¹.

Por otra parte, el convenio 111 de Organización Internacional del Trabajo³⁸² define la discriminación laboral en su artículo³⁸³ 1): “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en determinados motivos que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

En el orden interno nacional, el acto discriminatorio consiste en la acción de impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional (art. 1, Ley 23.592).³⁸⁴

Violencia laboral

Si bien el concepto es amplio y multifacético, debe considerarse como violencia laboral a todo acto idóneo para producir en forma directa o indirecta un daño físico, moral o psíquico, el asedio o acoso sexual o psicológico, maltrato episódico o continuado, amedrentamiento, intimidación y hostigamiento sobre un trabajador producido por el hecho, en ocasión o en relación con el trabajo dependiente.³⁸⁵

El presidente de la Nación, Alberto Fernández, envió (el 27 de mayo de 2020) un proyecto de ley³⁸⁶ al Congreso Nacional para que el Estado argentino ratifique el Convenio N° 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo laboral.

Es importante este primer avance hacia la ratificación a dicho convenio, ya que protege de manera amplia, de la violencia y acoso a los trabajadores (cualquiera sea su situación contractual), las personas en busca de empleo y a los postulantes. Conforme a la investigación que se ha realizado, y que a lo

381 Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2013.

382 En adelante OIT

383 En adelante art.

384 ARESE, Cesar. Ob. cit. Págs., 55.

385 ARESE, Cesar. Ob. cit. Págs., 55, 56.

386 Mundo Gremial, *Alberto Fernández envió proyecto de ley para ratificar el Convenio 190 de OIT*, (28 de mayo de 2020). Consultado el 31 de mayo en <https://mundogremial.com/alberto-fernandez-envio-proyecto-de-ley-para-ratificar-el-convenio-190-de-oit/>.

largo de este trabajo se irá desarrollando, las personas trans sufren de manera constante violencia y acoso tanto al momento de asistir a entrevistas de trabajo, como por parte de sus compañeros y compañeras una vez adquirido tal.

Motivos de discriminación e intolerancia laboral

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, normativa y conceptualmente no existe un listado taxativo, sino que es abierto y mutable, por este motivo solo se va a hacer referencia a aquellos motivos que interesan al desarrollo del trabajo.

Orientación o preferencia sexual

La ampliación del derecho a la orientación sexual presenta claros signos. El art. 73 Ley de Contrato de Trabajo (texto ley 26.911 de 2013) prohíbe las indagatorias sobre las preferencias sexuales al contratar, durante el contrato y al momento de extinción del nexo de trabajo y garantiza la expresión libre de las preferencias sexuales. Esta norma consagra, por lo tanto, la indemnidad de la condición sexual en diversas instancias contractuales. Garantiza también que quién expresa su inclinación sexual, lo puede hacer libremente e inclusive, vistiendo según esa inclinación.

En noviembre de 2011 se creó en el seno de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex, cuyo objetivo es el tratamiento de casos y peticiones individuales, la asesoría a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y a los órganos políticos de la OEA y la labor de preparación de un informe hemisférico sobre los derechos humanos de estas personas. De esta forma, por resolución de la Asamblea General de OEA, se condenó la discriminación por este motivo e instar a los estados a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación y la recomendación para la adopción de medidas concretas de emparo.

Identidad de sexo

La Ley 26.743 (de identidad de género) obliga respecto a los cambios que pueden incurrir en el ámbito laboral. En el art. 1 reconoce los siguientes derechos: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

A partir de la rectificación registral (documento de identidad, partidas, etc.) y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida (art. 3), el empleador debe proceder a un trato acorde con la identidad asumida y sus consecuencias legales. Los registros empresarios (legajos, por ejemplo) deberán adecuarse a este derecho. El trato digno que el art. 12 de la Ley 26.743 asegura a toda persona respecto de la identidad de género adoptada obliga a adecuar las conductas sociales y empresarias para no lesionar este derecho personalísimo. Una consideración o trato que no respete estos nuevos derechos, significará un claro acto discriminatorio reprochable

desde el sitio de los derechos humanos laborales.

La orientación sexual es una opción de vida privada y un derecho íntimo de las personas, pero las manifestaciones de heterodoxia sexual generan obvias resistencias y polémicas, así como las reacciones represivas o condenatorias. Inclusive pueden implicar el despido del trabajador o trabajadora como es el caso de Lucy, que en el año 2018 fue despedida por ser una mujer trans.

Lucy trabajaba desde hace siete años en el puerto de Ushuaia, como estibadora. Hace aproximadamente cinco años, comenzó una transformación para mostrar evidencias de su identidad autopercebida hace tiempo, como mujer. Cuando finalmente, pudo trasladar su identidad de mujer trans a su DNI, la echaron del trabajo. Desde la empresa le dijeron que no podía realizar sus tareas habituales, porque no contratan personal femenino, argumentando que la normativa negaba la posibilidad de inscribir estibadoras en el Puerto de Ushuaia, hecho que fue desacreditado en el marco del expediente laboral iniciado por la denuncia de la trabajadora. Tampoco esto constituye un obstáculo para este caso particular, puesto que la identidad trans de la trabajadora, no puede juzgarse binariamente desde las identidades hombre-mujer, establecidas en normas arcaicas, siendo que la estibadora venía realizando su trabajo hacía seis años, habiendo demostrado idoneidad, y su identidad como mujer ya la autopercibía, hecho que tiene protección legal en el artículo 12 de la Ley de Identidad de Género.

Actualmente, se encuentra en un litigio legal; y sigue sin poder trabajar.³⁸⁷

En la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones

Proclama el art. 16 de la Constitución Nacional³⁸⁸: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

El Convenio 111 de OIT sobre Igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, trata específicamente la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, lo cual incluye la igualdad de acceso a servicios de colocación y la igualdad de trato por parte de éstos (así como otras medidas de promoción del empleo), la no discriminación y la igualdad de oportunidades en los procesos de selección y contratación, y la igualdad de acceso a diversas ocupaciones. Es esencial que la colocación y el examen de los candidatos por parte de agencias de colocación público y privado esté desprovista de discriminación por los motivos estipulados en el Convenio. El estudio de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*³⁸⁹ es claro en la materia y amerita la posibilidad de accionar particularmente en materia discriminatorio en el ingreso.

387 Diario el sureño en la web, *La echaron hace un año de su trabajo por ser una mujer travesti y trans*. Consultado el 22 de mayo de 2020 en <https://www.surenio.com.ar/2018/07/la-echaron-de-su-trabajo-por-ser-una-mujer-trans-y-hace-un-ano-que-espera-una-resolucion-judicial>

388 En adelante CN.

389 En adelante CEACR.

La inclusión laboral de las personas trans

Las personas trans suelen ser expulsadas de sus hogares y del sistema educativo formal a temprana edad. En relación al ámbito laboral, la mayoría de las personas trans manifiestan que su identidad dificulta la búsqueda y acceso a un empleo formal. Las pocas personas que tuvieron acceso a un trabajo registrado han denunciado graves situaciones de discriminación llegando incluso a verse obligadas a renunciar a sus puestos de trabajo.³⁹⁰

El derecho a trabajar representa un derecho fundamental de las personas reconocido por la Constitución Nacional que encuentra su fundamento en los principios de dignidad y autonomía de cada persona. En la mayoría de las sociedades modernas el trabajo se ha configurado como el gran ordenador de la vida social, comunitaria y familiar. A través de una actividad laboral, las personas acceden, por medio de un ingreso económico, a cierto nivel de bienestar. De hecho, es a través del empleo como las personas configuran ordenadamente su tiempo ocioso en función del tiempo laborioso. Además, constituye un elemento indispensable para la movilidad social ascendente y para mejorar las condiciones de bienestar. Por lo tanto, el trabajo es un derecho en sí mismo, pero a su vez es un canalizador y facilitador de otros derechos que permiten efectivizarse a través de una actividad laboral y una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. El trabajo y el empleo hacen a la inclusión social, al capital social, constituyen parte de la construcción de la subjetividad de la propia imagen y de la autoestima.

La capacidad laboral de una persona es independiente de su identidad de género. La identidad de género pertenece a la esfera privada de las personas. Mayoritariamente las personas trans experimenta el prejuicio y el acoso como resultado de hacerse visibles, por lo tanto, no tiene ninguna obligación de revelar su situación para acceder a un empleo o después de haber accedido. Sin embargo, si optan por visibilizarse, es ilegal utilizar esta información como argumento para ser despedidas, impedir su ascenso, traslado o realizar cualquier actuación que perjudique sus condiciones de trabajo.

Programas de inclusión social

Potenciar trabajo

Dependiente de la Secretaría de Economía Social, el programa Potenciar Trabajo tiene como objetivo el acceso a la terminalidad educativa formal, certificación en oficios y estímulos a emprendimientos productivos. Se trata de una iniciativa que busca promover la inserción laboral del colectivo con una asignación mensual de \$ 8.437,50.

En el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19 y ante la precariedad social de la población travesti/trans de nuestro país, el Gobierno nacional decidió activar diversas políticas públicas para la atención integral de este colectivo.

En articulación con organizaciones territoriales, se lleva adelante el registro de miles de personas trans/travestis en situación de precariedad laboral

390 INADI, *derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pdf. Consultado el 20 de mayo de 2020 en <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/derecho-al-trabajo-sin-discriminacion.pdf>

y vulnerabilidad social de todo el país, que han sido evaluadas y posteriormente incorporadas al programa.

De esta manera, se propone un monitoreo y seguimiento comprometido con el fin de generar un contexto de inserción social respetuoso y dignificante para la comunidad travesti/trans.

Hasta el mes de mayo del corriente año ingresaron al programa casi 3600 personas trans.³⁹¹

Particularmente, en la provincia de Córdoba, Fanny Bustos³⁹² referente provincial del Frente Nacional por la Igualdad del Movimiento Evita, dijo “se adjudicó dicho programa a 359 personas trans y no binaries. En los próximos días tendremos acceso a nuevas listas para seguir dignificando a una población que siempre fue obviada y olvidada”.

Seguro de capacitación y empleo

Las personas que se encuentren sin trabajo pueden acceder al Seguro de Capacitación y Empleo que se otorga a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. El Seguro de Capacitación y Empleo (SCyE) es un esquema integrado de prestaciones por desempleo no contributivo para apoyar a diferentes públicos en la búsqueda activa de un empleo, a través de la actualización de sus competencias laborales y de su inserción en empleos de calidad. A partir de la resolución 331/2013 del Ministerio de Trabajo las personas trans son contempladas en este seguro.³⁹³

Cupo laboral travesti-trans

El cupo laboral travesti-trans fue una iniciativa de la líder travesti y activista por los derechos humanos Diana Sacayán. Lo pensó como una estrategia para paliar la exclusión de sus compañeras que el 95% de las travestis y trans están o estuvieron en situación de prostitución. La [ley 14783 se aprobó en la Legislatura de la provincia de Buenos Aires](#) el 17 de septiembre de 2015, fue la primera en sancionar el cupo laboral travesti trans en 2015, [pero la última de las provincias en reglamentarlo en diciembre de 2019](#).

También se aprobó en:

Chubut en mayo de 2018 e implementada en enero de 2020.

Río Negro en septiembre de 2018.

Chaco noviembre de 2018.

Santa Fe la aprobó el 31 de octubre de 2019.

Por diferentes razones, en estas últimas tres provincias aún no se implementó.³⁹⁴

391 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *3536 personas trans/travestis incorporadas al Potenciar Trabajo*, 05 de mayo de 2020. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/3536-personas-transtravestis-incorporadas-al-potenciar-trabajo>

392 Información brindada por Fanny Bustos referente provincial del Frente Nacional por la Igualdad del Movimiento Evita (29/05/2020).

393 Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, *Guía de derechos para personas Trans*, pdf. Consultado el 24 de mayo de 2020 en http://www.jus.gob.ar/media/3120651/cartilla_trans_web.pdf

394 Ana Fornaro y María Eugenia Ludueña, *Derecho al trabajo: así está el cupo laboral travesti-trans en Argentina*, *Agencia Presentes*, abril 2020. Consultado el 22 de mayo de 2020 en <https://agenciapresentes.org/2020/04/30/derecho-al-trabajo-asi-esta-el-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>

Una sentencia para el futuro

En 2013 Valeria, una persona trans, empezó a trabajar como administrativa en la municipalidad de La Plata, provincia de Buenos Aires. En mayo de 2015, cuando Julio Garro estaba en plena campaña para tomar las riendas de la comuna, dijo que no se le ocurriría “darle trabajo a un travesti”. Lo que sí le daría, explicó, es “ayuda psicológica”. Por estos dichos, Valeria decidió denunciarlo ante el INADI.

Cuando Garro ganó la elección y se convirtió en el intendente de la ciudad, pasaron algunas semanas hasta que ella fue despedida, junto a dieciséis personas más que trabajaban en Las Mirabal, un espacio que acompaña a mujeres víctimas de violencia de género. No faltaba mucho para que a ella se le venciera el contrato, pero decidieron echarla antes. La explicación, que luego también retomaron en la justicia, era que habían declarado la emergencia administrativa y económica de la ciudad. Por eso podían dar de baja los contratos antes de tiempo.

A principios de 2016, Valeria junto con abogados del Centro de Profesionales por los Derechos Humanos (CEPRODH), iniciaron una demanda al municipio por incumplimiento de la Ley de Cupo Laboral Trans, pidiendo que se la reincorpore.

Tres meses después, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº4 de La Plata dictaminó una medida cautelar que obligaba al municipio a devolverle su trabajo, ya que se trataba de un despido discriminatorio y persecutorio y que incumplía la Ley de Cupo Laboral Trans.

Ella volvió a su trabajo, pero el municipio decidió apelar la medida diciendo que no había discriminación dado que eran numerosos los agentes municipales que habían finalizado su vínculo laboral, conforme surge de los decretos números 2134 y 2344 del año 2015. También explicaron que la ley 14.783 no se encontraba reglamentada. La Cámara de Apelaciones en septiembre de 2016 le dio la razón al municipio.³⁹⁵

La parte actora apeló la medida y el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, quien tardó 3 años y medio para resolver.

En el fallo de la Suprema Corte, con fecha del 8 de mayo de 2019, se hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la mujer. Se dispuso la reincorporación de la trabajadora, es que, de acuerdo a la legislación del distrito, el sector público bonaerense debe ocupar en una proporción no inferior al 1% de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad de oportunidades en el empleo público. Ello rige para el Estado provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal.³⁹⁶

395 Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2 de marzo de 2017. Consultado el 22 de mayo en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=141376>

396 Rosario Marina, *La Corte bonaerense falló a favor de una trabajadora municipal trans*, Agencia Presentes, junio 2019. Consultado el 1 de junio de 2020 en <https://agenciapresentes.org/2019/06/26/la-corte-bonaerense-fallo-a-favor-de-una-trabajadora-municipal-trans/>

De esta manera la decisión de la Corte es de gran importancia ya que crea jurisprudencia y un precedente para las demás situaciones que pueden plantearse, sin dejar de hacer una crítica a la demora en la toma de la decisión, ya que tres años y medio en la vida de una trans es casi el 10% de su expectativa de vida.

Municipios con cupo laboral travesti trans

A falta de leyes provinciales y por el trabajo del activismo local, muchos municipios aprobaron iniciativas propias que empiezan a ponerse en marcha en³⁹⁷. Santo Tomé, Capitán Bermúdez, Chañar Ladeado, Rosario, San José del Rincón, Gálvez, San Justo, Venado Tuerto y Ciudad de Santa Fe (Santa Fe) San Pedro (Jujuy); Fray Mamerto Esquiú (Catamarca); Resistencia (Chaco, antes de la ley provincial); Bell Ville (Córdoba); Orán y Salta (Salta); Santa Rosa (La Pampa); Cinco saltos, Bariloche, San Antonio Oeste, Cipolletti, Luis Beltrán, Río Colorado, Viedma (Río Negro, antes de la ley provincial); Las Heras y Luján de Cuyo (Mendoza); Villa Mercedes (San Luis); Tafí del Valle (Tucumán); Río Grande (Tierra del Fuego).

Bell Ville

Esta localidad fue pionera en aprobar el cupo laboral trans en la provincia de Córdoba. El proyecto fue impulsado por la concejala Adriana Tomás y aprobada en agosto de 2016 por el Concejo Deliberante bellvillense.

Ordenanza 2021/16: “Genérese por medio de la presente el compromiso al Departamento Ejecutivo Municipal, de incluir como mínimo (1) un empleado dentro de su planta transitoria y/o permanente y/o contratada, personas del colectivo trans (...) Llámense travestis, transexuales y/o transgénero, que sean mayores de 18 años y que reúna las condiciones de idoneidad para el cargo que deben ocupar de acuerdo con sus antecedentes laborales y educativos”.

“Serán consideradas personas trans quienes autoperciben o expresan un género distinto al sexo que le fue legal y/o convencionalmente asignado al momento del nacimiento, o bien un género no encuadrado en la clasificación masculino/femenino.”

En cumplimiento a dicha ordenanza, Vanina fue contratada para trabajar en el Hogar de Día municipal, quién en el año 2012 culminó sus estudios como enfermera.

“Fue difícil la selección, porque nos llegaron 13 currículums de personas muy bien calificadas para el puesto que estábamos concursando. Vanina quedó seleccionada, y está mostrando un excelente desempeño”, asegura Horacio Peletti, director del área de Acción Social de la que depende el Hogar de Día.

La ordenanza establece la contratación de “al menos una persona”, pero la idea es que sea sólo un disparador para más inclusiones. “Parece mínimo,

397 Redacción La Tinta, *Mapa del cupo laboral travesti-trans en Argentina*, 10 de mayo de 2019. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <https://latinta.com.ar/2019/05/mapa-cupo-laboral-travesti-trans-argentina/>

pero es importante”, destaca el funcionario.

Sin embargo, el martes 12 de mayo del corriente año, Vanina, fue notificada de su despido sin mediar explicación alguna a través de un telegrama.

Desde la Asociación **Devenir Diverse** emitieron un comunicado donde repudian el accionar del director municipal de Salud Pública Dr. Pablo Romero Delissa, y denuncian que *tomó la decisión, sin ningún tipo de causal que justifique el despido y además violando el decreto presidencial (DNU) 329/20 que prohíben toda forma de despido laboral, debido a la crisis excepcional que atraviesa el país.*³⁹⁸

Por otro lado, la Asociación Trabajadores del Estado (ATE), Seccional Villa María, Delegación Bell Ville le pidieron al ejecutivo municipal que reconsidere la desvinculación laboral, haciendo efectiva la inmediata reinstalación al puesto de trabajo. Además, denunciaron la irregularidad del proceso administrativo ante éste caso.³⁹⁹

Desde la municipalidad no han emitido ningún comunicado sobre este despido, por lo tanto, si bien es importante la existencia de dicha ordenanza en la localidad, no deja de ser repudiable este accionar por parte del municipio, al margen de que Valeria fue la única persona contratada, mientras que la finalidad era incluir a muchas más personas.

Tres proyectos de ley en el Congreso

Actualmente en Argentina hay tres proyectos de ley para promover la inclusión laboral y el cupo laboral travesti-trans a nivel nacional. Los tres se presentaron el 5 de marzo del corriente año en la Cámara de Diputados, y llevan la firma de legisladoras mujeres, todas del mismo partido (Frente de Todos). Proponen, entre otros puntos, destinar al menos el 1,5% de la planta del sector público nacional a personas travestis, trans y transgénero que reúnan condiciones de idoneidad. Esto incluye a los tres poderes del Estado, organismos descentralizados, entes públicos no estatales, empresas del Estado, tanto en sus plantas efectivas como otras modalidades de contratación y tercerización de servicios.

Proyectos muy similares anteriores, presentados en 2018, habían perdido estado parlamentario al no ser tratados en 2019.

Proyecto de cupo laboral travesti trans-Ley Nacional Diana Sacayán: presentado por la diputada Mónica Macha (Buenos Aires). Propone que al menos el 1% de los empleos de la administración pública nacional sea ocupado por personas travestis, transexuales, transgéneros y masculinidades trans.

[Proyecto de Ley Lohana Berkins de promoción del empleo formal para](#)

398 Laura Giubergia, Vía Córdoba, *Bell Ville pionera en la inclusión laboral trans*, 29 de julio de 2017. Consultado el 30 de mayo en <https://viapais.com.ar/cordoba/173565-bell-ville-pionera-en-la-inclusion-laboral-trans/>

399 **Cassandra Sandoval**, *Córdoba: el Municipio de Belville dejó sin trabajo a la primera mujer trans que ingreso por cupo laboral*, Sudaka, 18 de mayo de 2020. Consultado el 30 de mayo de 2020 en <http://sudakatgbi.com.ar/cordoba-el-municipio-de-belville-dejo-sin-trabajo-a-la-primer-mujer-trans-que-ingreso-por-cupo-laboral/>

[personas travestis y trans](#): lleva la firma de la diputada cordobesa del Frente de Todos, Gabriela Estévez, con el apoyo de la Liga LGBTIQ de las Provincias y la Convocatoria Federal Trans y Travesti Argentina.

Reserva el 1,5% de los puestos del sector público nacional a las personas trans y travestis que reúnan las condiciones de idoneidad. Instituye un sistema de becas de capacitación para quienes no reúnan las condiciones de idoneidad con el compromiso de contratación inmediata y efectiva una vez finalizada la formación. Establece incentivos impositivos a las empresas privadas que contraten personas trans y travestis. Crea un programa de sensibilización sobre discriminación por identidad y/o expresión de género destinado a la administración pública y las empresas privadas. Incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo la prohibición de discriminar por motivo de identidad y/o expresión de género.

El tercer proyecto fue [presentado por la diputada Cristina Alvarez Rodríguez \(Frente de Todos, Buenos Aires\) y es el de cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgéneros en el sector público](#): “El Estado debe ser el primero en promover la igualdad de oportunidades. La sanción de una ley nacional de cupo laboral trans en el Sector Público Nacional es una demanda de los colectivos trans que no podemos desoír como legisladores y legisladoras”, destacó Alvarez Rodríguez al presentarlo. Agregó que “el acceso a condiciones materiales que permitan a este colectivo el desarrollo de una vida plena y digna es una deuda pendiente. Dictar leyes que favorezcan la igualdad y destierren los estereotipos y diferenciaciones arbitrarias es una de nuestras obligaciones primordiales”.⁴⁰⁰

Conclusión

En conclusión, y como queda demostrado en la investigación el derecho al trabajo de las personas trans es vulnerado de manera constante ya que poseen graves inconvenientes para conseguir empleo en el circuito formal. Esto muestra que los avances en términos de inclusión son aún escasos y, al momento, no existe a nivel nacional política pública que garantice el acceso a este.

Es importante tener en cuenta que la discriminación en el ámbito laboral trae como consecuencia la exclusión de las personas y la falta de acceso a un trabajo digno conlleva directamente al empobrecimiento. De esta manera, se las priva de pertenecer y contribuir a la sociedad de manera digna. Además, a través del trabajo se accede, por medio de un ingreso económico, a cierto nivel de bienestar. También se suma el posible desarraigo familiar que implica su cambio de género, todo esto trae aparejada la probable consecuencia de terminar en la prostitución. Por esta razón, y su baja esperanza de vida llama a tomar medidas urgentes. El Estado posee la responsabilidad objetiva (como garante de derechos) de sancionar y hacer efectiva una ley de ocupación trans, a través de la cual se exija, y tal como lo prevén los diferentes proyectos presentados, la ocupación de personas trans, ya sea tanto en el ámbito público como en el privado.

400 Ana Fornaro y Maria Eugenia Ludueña, *Derecho al trabajo: así está el cupo laboral travesti-trans en Argentina*, Agencia Presentes, abril 2020. Consultado el 22 de mayo de 2020 en <https://agenciapresentes.org/2020/04/30/derecho-al-trabajo-asi-esta-el-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>

Bibliografía

American Psychiatric Association, *Las personas trans y la identidad de género*, 2011, Washington. Consultado el 20 de mayo en <https://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero>

Ana Fornaro y Maria Eugenia Ludueña, *Derecho al trabajo: así está el cupo laboral travesti-trans en Argentina*, Agencia Presentes, abril 2020. Consultado el 22 de mayo de 2020 en <https://agenciapresentes.org/2020/04/30/derecho-al-trabajo-asi-esta-el-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>.

ARESE Cesar, *Derecho Humanos Laborales, teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs As, 2014.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, Tomo I, 1996.

Casandra Sandoval, Córdoba: el Municipio de Belville dejó sin trabajo a la primera mujer trans que ingreso por cupo laboral, Sudaka, 18 de mayo de 2020. Consultado el 30 de mayo de 2020 en <http://sudakatlgbi.com.ar/cordoba-el-municipio-de-belville-dejo-sin-trabajo-a-la-primera-mujer-trans-que-ingreso-por-cupo-laboral/>.

Diario el sureño en la web, *La echaron hace un año de su trabajo por ser una mujer travesti y trans*. Consultado el 22 de mayo de 2020 en <https://www.surenio.com.ar/2018/07/la-echaron-de-su-trabajo-por-ser-una-mujer-trans-y-hace-un-ano-que-espera-una-resolucion-judicial>

INADI, *derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pdf. Consultado el 20 de mayo de 2020 en <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/derecho-al-trabajo-sin-discriminacion.pdf>

Laura Giubergia, *Vía Córdoba, Bell Ville pionera en la inclusión laboral trans*, 29 de julio de 2017. Consultado el 30 de mayo en <https://viapais.com.ar/cordoba/173565-bell-ville-pionera-en-la-inclusion-laboral-trans/>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *3536 personas trans/travestis incorporadas al Potenciar Trabajo*, 05 de mayo de 2020. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/3536-personas-transtravestis-incorporadas-al-potenciar-trabajo>

Mundo Gremial, *Alberto Fernández envió proyecto de ley para ratificar el Convenio 190 de OIT*, (28 de mayo de 2020). Consultado el 31 de mayo en <https://mundogremial.com/alberto-fernandez-envio-proyecto-de-ley-para-ratificar-el-convenio-190-de-oit/>

PALACIOS Agustina, *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*, REVISTA QUORUM, Mar del Plata, Diciembre de 2000. Consultado el 21 de mayo de 2020 en <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidasaccion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>

Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2 de marzo de 2017. Consultado el 22 de mayo en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=141376>

Redacción La Tinta, *Mapa del cupo laboral travesti-trans en Argentina*, 10 de mayo de 2019. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <https://latinta.com.ar/2019/05/mapa-cupo-laboral-travesti-trans-argentina/>

Rosario Marina, *La Corte bonaerense falló a favor de una trabajadora municipal trans*, Agencia Presentes, junio 2019. Consultado el 1 de junio de 2020 en <https://agenciapresentes.org/2019/06/26/la-corte-bonaerense-fallo-a-favor-de-una-trabajadora-municipal-trans/>

Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, *Guía de derechos para personas Trans*, pdf. Consultado el 24 de mayo de 2020 en http://www.jus.gob.ar/media/3120651/cartilla_trans_web.pdf

APÉNDICE – FOTOGRAFÍAS



[Volver al índice](#)

Composición y diagramación realizada por el equipo docente de la Cátedra Derechos Laborales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba con la colaboración de la Secretaria de Extensión Universitaria y el Observatorio Derechos Humanos en la Ciudad de Córdoba, Argentina y se terminó de editar digitalmente el 19 de setiembre de 2020 por la diseñadora gráfica Micaela Asato.