





**César ARESE**

Director

Editores:

Claudia CORNEJO, Leticia CELLI y Héctor David MEDINA

# **REFLEXIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS LABORALES**

## **AUTORES**

Cesar ARESE, Hugo BARRETO GHIONE, Humberto VILLASMIL, Carlos A. TOSELLI, María Estela PIÑA, Christian SOMMER, Enrique ROLON, Valeria E. MIMESSI, Carla SAAD, Paula FRESCOTTI, Eva del R. PASCUAL DE TORRES, Carlos ALCAZAR, Mirna LOZANO BOCH, Humberto Pedro BURGOS, Luciana CHANAMPA BLANCO, Héctor David MEDINA, Agustina VÁZQUEZ, María Victoria PALACIOS, Pablo E. BERGERO, Axel Karim ALCARAZ, Carla G. BOSSIO, Marikena BROGGI LLORET, Fiona E. DUARTES, Brenda N. JUAREZ, Sol MACIAS, Daniela ORELLANO, Lara C. PALOMEQUE, Anahí A. QUINTEROS, Donata L. SCALISI, Julián M. SCAVOLINI, Victoria A. M. EGUILLOR, Rodrigo A. ZURITA, Jeremías J. BRITO, María V. BUSTAMANTE, Agustina CABRERA, Micaela N. COLLINO, Graciliana CORDOBA NEGUI, María P. IANNACCONE, Carla N. MONACO, Lourdes V. MOTA, Bianca L. PISTELLI, Pablo F. VERA, María V. VIEYRA

Título: *Reflexiones sobre Derechos Humanos Laborales*

Colección *Pensar en Derechos Humanos Laborales* Nro. 2

**Director:** César ARESE

**Editores:** Claudia CORNEJO, Leticia CELLI y Héctor David MEDINA

**Autores:** Cesar Arese, Hugo Barreto Ghione, Humberto Villasmil, Carlos A. Toselli, María Estela Piña, Christian Sommer, Enrique Rolon, Valeria E. Mimessi, Carla Saad, Paula Frescott, Eva Del R. Pascual De Torres, Carlos Alcazar, Mirna Lozano Boch, Humberto Pedro Burgos, Luciana Chanampa Blanco, Héctor David Medina, Agustina Vázquez, María Victoria Palacios, Pablo E. Bergero, Axel Karim Alcazar, Carla G. Bossio, Marikena Broggi Lloret, Fiona E. Duarte, Brenda N. Juarez, Sol Macias, Daniela Orellano, Lara C. Palomeque, Anahí A. Quinteros, Donata L. Scalisi, Julián M. Scavolini, Victoria A. M. Eguillor, Rodrigo A. Zurita, Jeremías J. Brito, María V. Bustamante, Agostina Cabrera, Micaela N. Collino, Graciliana Cordoba Negui, María P. Iannaccone, Carla N. Monaco, Lourdes V. Mota, Bianca L. Pistelli, Pablo F. Vera, María V. Vieyra

<b>CATEDRA DERECHOS HUMANOS LABORALES - DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO</b>	
<b>AÑOS ACADÉMICOS 2022 y 2023</b>	
<b>FACULTAD DE DERECHO-UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA</b>	
 <b>UNC</b> <small>Universidad Nacional de Córdoba</small>	 <b>FACULTAD DE DERECHO</b>
<b>Director:</b> César Arese	
<b>Equipo académico DHL-DIT 2022 y 2023:</b> César Arese, Humberto Villasmil (Cátedra Abierta), María Estela Piña, Jorge Sappia, Carlos Toselli, Silvia Díaz, Carla Saad, Eva Torres de Pascual, Paula Frescott, Valeria Mimessi, Christian Sommer, Carolina Fathala Trossero, Cecilia Altamira, David Duarte, Carlos Alcazar, Mirna Lozano Boch, Enrique Rolón, Marcelo Salomón, Noelia Pedrino, David Medina, Calixto Angulo, Leticia Celli, Pablo Ferreira, Pedro Patricio Yanzi Aspell, Natalia Gonzalez Boarini, Juan I. Caminos, Victoria Palacios, Carla A. Zeballos, Sebastián Almada, Claudia Cornejo, Valentina Rodriguez Parmigiani, Maira García, Calixto Angulo e Itati Demarchi.	

Reflexiones sobre derechos humanos laborales / César Arese ... [et al.] ; Director César Arese ; Editado por Claudia Cornejo ; Leticia Celli ; Hector Medina. - 1a ed.- Córdoba : Brujas, 2023. 448 p. ; 25 x 17,5 cm. - (Pensar derechos humanos laborales / Arese, César ; 2)

ISBN 978-987-760-557-0

1. Derecho. 2. Derecho Laboral. I. Arese, César II. Arese, César, dir. III. Cornejo, Claudia, ed. IV. Celli, Leticia, ed. V. Medina, Hector, ed. CDD 344.01

© De todas las ediciones, Los autores

© 2023 Editorial Brujas

1º Edición.

Impreso en Argentina

ISBN: 978-987-760-557-0

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de tapa, puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o por fotocopia sin autorización previa.

 <b>ENCUENTRO</b> Grupo Editor	<a href="http://www.bibliotecadigital.editorialbrujas.com.ar">www.bibliotecadigital.editorialbrujas.com.ar</a>	 <b>Editorial Brujas</b>	 <i>Pluma Libros</i>
---	--	--	--

[www.editorialbrujas.com.ar](http://www.editorialbrujas.com.ar) [publicaciones@editorialbrujas.com.ar](mailto:publicaciones@editorialbrujas.com.ar)

Tel/fax: (0351) 4606044 / 4691616– Pasaje España 1486 Córdoba–Argentina.

# Índice

Presentación.....	7
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>PROFESORES INVITADOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>9</b>
NOCIÓN Y RASGOS DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES.....	9
<i>Por: Humberto Villamil Prieto</i>	
¿PARA QUÉ SE HACEN LAS HUELGAS? (UN VIAJE A LA SEMILLA).....	24
<i>Por: Hugo Barretto Ghione</i>	
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>EQUIPO DOCENTE .....</b>	<b>29</b>
¿SIRVEN REALMENTE LAS DECLARACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS LABORALES COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS? .....	29
<i>Por: César Arese</i>	
MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN NACIONES UNIDAS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO AMBITOS DE RECLAMOS Por: VULNERACIONES A LOS DERECHOS LABORALES .....	40
<i>Por: Christian G. Sommer, Agustina Vázquez</i>	
EXPLORANDO LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO LABORAL: UN ANÁLISIS BREVE.....	57
<i>Por: Carlos Alcazar</i>	
LA TUTELA EFECTIVA, LO INSTRUMENTAL Y LO ESTRATÉGICO EN MATERIA DE DESCA .....	74
<i>Por: Mirna Lozano Bosch</i>	
¿ES LA HUELGA UN DERECHO HUMANO LABORAL?.....	81
<i>Por: María Estela Piña y Héctor David Medina</i>	
¿UN CAMBIO DE PARADIGMA RESPECTO A LA SALUD DEL TRABAJADOR?.....	105
<i>Por: Carlos A. Toselli y Luciana Chanampa Blanco</i>	

EXCLUSIÓN E INCUMPLIMIENTO: LOS DESAFÍOS DE LA PRÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ARGENTINA..... 116

*Por: Carla Saad*

VIOLENCIA LABORAL VS. TOLERANCIA LABORAL Y TRABAJO DECENTE ..... 130

*Por: Valeria E. Mimessi.*

MOBBING EN EL ÁMBITO LABORAL. PLANTEO DE UN CASO CONCRETO (PRAXIS ACTUAL) Y LA CONSECUENTE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES ..... 141

*Por: María Victoria Palacios*

¿CONSTITUYE LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO UN DERECHO HUMANO LABORAL? ..... 154

*Por: Enrique A. M. Rolón*

DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA Y SU RELACIÓN CON LA LIMITACIÓN DE JORNADA Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. .... 161

*Por: Paula A. Frescotti y Pablo E. Bergero*

SIGLO XXI: ¿CÓMO ES POSIBLE EL TRABAJO ESCLAVO EN ARGENTINA?..... 170

*Por: Eva Del R. Pascual Torres*

LA TRATA LABORAL Y LAS PROVINCIAS ..... 180

*Por: Humberto Pedro Burgos(H)*

**TERCERA PARTE**  
**INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS LABORALES-DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO 2023..... 189**

EL VIH EN LAS RELACIONES LABORALES ..... 189

*Por: Karim Alcaraz - Tutoría: Valentina Rodriguez Parmigiani*

LOS ANTECEDENTES PENALES EN EL AMBITO LABORAL, ¿UN OBSTÁCULO MÁS A LA REINSERCIÓN?..... 200

*Por: Carla Gabriela Bossio - Tutoría: Juan Caminos y Sebastian Almada*

MASCULINIDAD (ES) ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE LAS MASCULINIDAD(ES) Y LA VIOLENCIA LABORAL? ..... 210

*Por: Marikena Broggi Lloret - Tutoría: Noelia Belén Pedrino y Carla Zeballos*

TRABAJO DE OFICINA Y EL DAÑO A LA SALUD..... 221

*Por: Fiona Eleonora Duartes - Tutoría: Sebastian Almada*

DESALARIZACIÓN EN LA DOCENCIA..... 229

*Por: Victoria Ana Maria Eguillor - Tutoría: Mirna Lozano Bosch y Leticia Celli*

BRECHA SALARIAL: ¿POR QUÉ EN LA REALIDAD ARGENTINA EXISTE UNA DESIGUALDAD ENTRE LOS SALARIOS QUE PERCIBEN LAS MUJERES Y LOS HOMBRES POR IGUAL TAREA?..... 238

*Por: Brenda Natali Juarez - Tutoría: Carla Zeballos*

INCUMPLIMIENTO AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN ..... 249

*Por: Sol Macías - Tutoría: Juan Caminos y Sebastián Almada*

¿TRABAJO DECENTE UNA REALIDAD O UNA UTOPIA PARA EL PERSONAL DE CASAS PARTICULARES? ¿LA VULNERABILIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN PRESENTES? ..... 259

*Por: Lourdes Orellano - Tutoría: Noelia Pedrino, Carla Zeballos*

DISCRIMINACIÓN Y PERSECUCIÓN DE TRABAJADORES DERIVADA DE SU ACTIVIDAD SINDICAL EN PROCESOS ELECTORALES..... 268

*Por: Anahí Ayelén Quinteros - Tutoría: Leticia Celli- Mirna Lozano Bosch*

UN NUEVO INTERROGANTE EN MATERIA LABORAL ¿ES LA PROTECCIÓN AMBIENTAL UN FENÓMENO AJENO AL MUNDO DEL TRABAJO? ..... 280

*Por: Donata Ludmila Scalisi - Tutoría: Héctor David Medina*

LA INSERCIÓN DE LA MUJER EN EL DEPORTE PROFESIONAL..... 290

*Por: Julián María Scavolini - Tutoría: Noelia Pedrino y Carla Zeballos*

DIFICULTADES DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL ..... 300

*Por: Rodrigo Agustín Zurita - Tutoría: Juan Caminos – Sebastián Almada*

“AU PAIR”: ¿ESTAMOS FRENTE A UNA RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA? ..... 313

*Por: Lara Palomeque - Tutoría: Claudia Cornejo y David Medina*

## **CUARTA PARTE**

**INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS LABORALES-DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO 2022..... 325**

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TODOS LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS..... 325

*Por: Jeremias Jair Brito. Tutoría: Jaquelina Cabutto*

DERECHO DE HUELGA: ¿UN DERECHO DE TODOS LOS TRABAJADORES O SOLO DE LOS GREMIOS? ..... 336

*Por: Maria Victoria Bustamante - Tutoría: Jaquelina Cabutto*

LA LUCHA DE LAS PERSONAS Por:TADORAS DE VIH/SIDA EN EL AMBITO LABORAL ..... 348

*Por: Agostina Cabrera - Tutoría: Juan Caminos*

INVISIBILIZACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO. SINGULARIDADES Y DEFICIENCIAS EN SU REGISTRACIÓN .....361

*Por: Micaela Noemí Collino - Tutoría: Juan Caminos*

LA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE CUPO LABORAL TRANS EN EL ÁMBITO PRIVADO Y LA DICOTOMÍA: ¿DERECHO A TRABAJAR O DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN? ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS ..... 369

*Por: Graciliana A. Córdoba Negui - Tutoría: Leticia Celli*

SÍNDROME DEL BURNOUT ..... 383

*Por: María Pilar Iannaccone - Tutoría: Itati Demarchi*

EL TRABAJO SEXUAL CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO 396

*Por: Carla Monaco - Tutoría: Natalia Gonzalez Boarini*

LAS CONDICIONES LABORALES A LASQUE ESTÁN SUJETAS LAS PERSONAS MIGRANTES EN NUESTRO PAÍS .....405

*Por: Lourdes Valentina Mota-Tutoría: Natalia Gonzalez Boarini*

CUPO LABORAL TRANSGÉNERO ¿HACIA UNA JUSTA INCLUSIÓN LABORAL? .... 416

*Por: Bianca Pistelli - Tutoría: Mirna Lozano Boch*

REDUCCIÓN DE LA JORNADA Y LA SEMANA LABORAL: ¿AFECTA EN LAS CONDICIONES DE VIDA DEL TRABAJADOR? ..... 430

*Por: Pablo F. Vera - Tutoría: Noelia Pedrino*

ACOSO LABORAL A MUJERES ¿CÓMO AFECTA EN LA PERMANENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO?..... 439

*Por: María Victoria Vieyra - Tutoría: Pedro P. Yanzi Aspell*



## PRESENTACIÓN

El presente volumen titulado “Reflexiones sobre Derechos Humanos Laborales” de la colección “Pensar en Derechos Humanos Laborales” reúne ensayos, clases y trabajos de investigación producidos en el marco de la materia “Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, dirigida por el Prof. Dr. Mauricio César Arese.

Es la tercera edición de materiales ya que la primera edición se lanzó en formato digital en 2020 bajo el título de “Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo” y la segunda edición en forma gráfica y electrónica se denominó “Desafíos actuales en Derechos Humanos Laborales”, se hizo en 2022 con trabajos de 2021.

Ahora se reúnen las investigaciones de los años 2022 y 2023 de profesores, adscriptos y cursantes a los que se agregaron como profesores invitados extranjeros Humberto Villasmil de la Universidad Andrés Bello de Caracas y ex secretario general de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Hugo Barreto Ghione de la Universidad de la República de Uruguay.

El cuidado de la edición de textos estuvo a cargo de Claudia Cornejo, Leticia Celli y David Medina y las pesquisas de profesores y adscriptos se ordenaron temáticamente. Se distribuyeron los trabajos de los cursantes por año de presentación.

Se muestra así lo producido por esta “Escuela de Derechos Humanos Laborales” como aporte a la profundización permanente de la materia. Todos los años se piensan, discuten, analizan y escriben temas que preocupan a Derecho del Trabajo desde la visión de derechos humanos. Es muy interesante el cruce e intercambio entre profesores, expertos y estudiosos del tema con los jóvenes universitarios que hacen sus experiencias de reflexión escrita. Es una tarea tan difícil como enriquecedora para todos los que integran esa escuela. Con esta nueva entrega se pretende aportar al debate general sobre Derechos Humanos a medida que crece en su operatividad práctica cotidiana.

**Prof. Dr. César Arese**  
**Director**



# PROFESORES INVITADOS INTERNACIONALES

## NOCIÓN Y RASGOS DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES<sup>1</sup>.

Humberto Villamil Prieto<sup>2</sup>

### ABSTRACT

Las relaciones laborales o de trabajo son relaciones jurídicas, por ende, normadas, relaciones de derecho. Al normar conductas, se opera el reparto de poderes y obligaciones entre las partes o los sujetos de la relación; se limita la actuación y se modera el poder de cada una, lo que resulta el único modo de conciliar intereses distintos y sin embargo, legítimos. La libertad sindical es la “clave de bóveda” de un modelo democrático de relaciones laborales. La autonomía colectiva, como núcleo de la libertad sindical, implica para el Estado, de antemano, un papel de no injerencia o de abstención que se manifiesta, *prima facie*, en “obligaciones negativas” o de “no hacer”, esto es, de respeto al ámbito de actuación inmune de los privados; lo que no es igual a decir, de incompetencia o de desinterés a propósito del giro del modelo o del sistema de relaciones laborales que debe promover.

**SUMARIO:** I. Una introducción a la noción y contenido de las relaciones laborales: El modelo democrático de relaciones laborales. II. Los presupuestos de un modelo democrático de relaciones laborales. III. La libertad sindical: “Clave de bóveda” de un modelo democrático de relaciones laborales. IV. Lo colectivo como fuente material y signo de la especificidad del Derecho del Trabajo. V. Conclusiones

<sup>1</sup> Una primera versión de este texto formó parte de la obra *Relaciones laborales en tiempo presente* escrita por el autor y publicada bajo el sello editorial de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela en 2007. Este texto, completa, corrige y pone al día aquella versión original.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela, y de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Todas las negrillas, cursivas y subrayados son del autor, salvo indicación en contrario.

## I.- Una introducción a la noción y contenido de las relaciones laborales: El modelo democrático de relaciones laborales.

Las relaciones laborales o de trabajo son relaciones jurídicas, por ende, normadas, relaciones de derecho, en una palabra: “(...) la experiencia jurídica es una experiencia normativa”, enseñaba Norberto Bobbio<sup>3</sup>.

Al normar conductas, esto es, la juridificación en su sentido más propio, se opera el reparto de poderes y obligaciones entre las partes o los sujetos de la relación; se limita la actuación y se modera el poder de cada una, lo que resulta el único modo de hacer coincidir, convivir o conciliar intereses distintos y, sin embargo, legítimos. El derecho es límite, más aún, “el arte de los límites” (Von Savigny) el linde entre el arbitrio y la arbitrariedad.

La relación jurídica presupone y hará surgir sujetos: sujetos de la relación. Por ende, no hay relación sin relacionados, ni relación jurídica sin sujetos.

La noción de *sujeto(s)*, junto a la correlativa de *derecho subjetivo*, significó uno de los más relevantes aportes de la Pandectística Alemana del siglo XIX; *el derecho subjetivo*, implica la facultad de un *sujeto* frente a otro, poder que el *derecho objetivo* atribuye y recae en el derecho concreto de la persona: el *derecho subjetivo*, precisamente<sup>4</sup>.

*Sujeto* de una parte y *derecho subjetivo* de la otra, servirán para explicar la idea de la relación jurídica -que igual predica para las [relaciones] de derecho privado y naturalmente también, para las de derecho público<sup>5</sup>- como aquella que vincula a dos sujetos cuyos poderes y deberes correlativos están normados y por ende, limitados. De allí que la relación jurídica sea, necesariamente, una relación intersubjetiva o entre dos sujetos<sup>6</sup>: uno activo, titular de un poder atribuido (derecho subjetivo) que se ejercerá frente a otro, pasivo, que soporta un deber en relación a la facultad que frente a él se ejerce.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial Temis, Bogotá, 2ª. ed. 4ª. Reimpresión. p.3.

<sup>4</sup> Hablamos de derecho, desde la perspectiva de los clásicos, acaso todavía insuperada, en o desde dos perspectivas que concurren: “El derecho envuelve, como es sabido, un doble sentido: el sentido objetivo que nos presenta el conjunto de principios de derecho en vigor; el orden legal de la vida y el sentido subjetivo, que es, por decirlo así, el precipitado de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona”. IHERING, R.V. La lucha por el derecho. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1993, p. 10. Traducción directa del alemán por Adolfo González Posada, Profesor de la Universidad de Madrid. En igual sentido, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994, pp.48, 77, 79.

<sup>5</sup> En la perspectiva del derecho público, el derecho subjetivo supone “el reconocimiento por el derecho [objetivo] de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. Curso de derecho administrativo. 4ª. ed. Vol.II. Madrid, 1993, p.37.

<sup>6</sup> “(...) Kant afirma que [la] relación entre dos sujetos, para que sea una relación jurídica, debe ser una relación entre dos arbitrios y no el arbitrio del uno y el simple deseo del otro”. Apud, BOBBIO, N. Teoría general del derecho, p. 15, op cit.

Pero esa relación jurídica ocurre, valga reiterar, en el ámbito de un sistema normativo y de un saber sistemático -el *quid* del método dogmático, el más logrado aporte de Federico Carlos Von Savigny y de la escuela histórica alemana- sin el cual no puede entenderse la idea de orden ni la de ordenamiento jurídico y que supone y a la vez se sirve de “la articulación de *instituciones jurídicas*, alrededor de las cuales se alinean normas y principios y en cuyo seno se reproduce la *relación jurídica*.”

Esta *relación jurídica* es una relación social ordenada por una norma [primera materia de la ciencia jurídica] toda ella articulada en un sistema<sup>7</sup>, un ordenamiento que vincula, en una suerte de *soldadura*, a la ley abstracta que atribuye y al *derecho subjetivo* atribuido o, lo que es igual, un derecho objetivo como regla general y el derecho subjetivo que lo vacía. Habrá así un derecho subjetivo y su titular que lo ejercerá y lo opondrá a otros en el marco de una relación jurídica. La categoría del *sujeto* entiende a los entes a quienes es posible imputar derechos y obligaciones, mientras que la de relación jurídica dibuja el vínculo entre ellos.

Por esa razón, *la relación de trabajo* supone una relación jurídica, normativa por lo tanto, intersubjetiva y compleja por su contenido y ámbito, que se mueve en dos planos: el del poder atribuido y el de los límites de ese poder y que tiene dos objetos:

- a. La fijación de las condiciones bajo las cuales se prestará el trabajo por cuenta ajena o bajo dependencia de otro y;
- b. La interrelación entre los propios actores o sujetos (individuales o colectivos)<sup>8</sup> de la propia relación.

El primero es de naturaleza *normativa*, pues tales condiciones [estándares] en efecto reglan, en clave expansiva o de eficacia *erga omnes*, el modo bajo el cual se prestará el trabajo objeto de ella -el que se rinde por cuenta ajena o bajo dependencia de otro-; mientras que el segundo es más bien *contractual*, pues bajo su ámbito encuentra, en exclusiva, a quienes son parte de la propia relación.

Las relaciones laborales reconocen un doble marco regulatorio: uno *externo* que viene dado por las políticas públicas que influyen sobre ellas- las

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La lengua de los derechos, p.94, op. cit.

<sup>8</sup> Ello explica el sentido del artículo 2 del convenio 154 de la OIT de 1981 a propósito del contenido de la negociación colectiva que el convenio intenta, precisamente, fomentar: “Artículo 2. A los efectos del presente convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

económicas, las fiscales, las monetarias, las de empleo, de origen y naturaleza pública, entre otras- esto es, que se deciden e imponen en ejercicio de competencias de los poderes públicos. El otro es el marco regulatorio interno, este, más bien, de naturaleza convencional, ya que trae título de las prerrogativas del empleador o *ius variandi* -la facultad de ordenar los factores que se disponen para la producción o para el objeto de la empresa, entre ellos el trabajo- o de la autonomía colectiva.

Las relaciones laborales, además, entienden relaciones colectivas<sup>9</sup>: el carácter colectivo de la relación no es tal, conviene apuntar de una vez, por la pluralidad de los involucrados sino por la presencia de “sujetos colectivos”, razón suficiente para distinguir entre relaciones colectivas y otras, en rigor, plurales. De allí que resulten normativas, en puridad, dos veces: por ser propiamente jurídicas y por ser colectivas; en una palabra, lo que especifica a la relación colectiva es su naturaleza y finalidad normativa y por ello su objeto “consiste en regir litigios que no se someten a una regla de derecho preexistente, sino que versan sobre la propia definición de esta regla”<sup>10</sup>.

En consecuencia, las partes de la relación jurídica [laboral] y de la colectiva propia y específicamente, devienen en “sujetos jurídicos colectivos” -término que no se emplea “en el sentido tradicional de *persona sujeta o sometida, subordinada*, sino como sujeto de derechos”<sup>11</sup>- que, como tales, son entes de imputación de derechos y obligaciones; poderes y deberes delimitados intersubjetivamente.

Si bien el sujeto, como tal, es una ficción jurídica y una categoría necesariamente abstracta que, por tanto, “no pertenece al mundo (...) constituye un límite al mundo”, decía Wittgenstein en su *Tractatus*<sup>12</sup>. Así, y corolario de todo lo dicho, la noción de sujeto sirve para hacer operativo un poder jurídico desde ese mismo momento, delimitado y limitado.

## II. Los presupuestos de un modelo democrático de relaciones laborales.

Son cinco los presupuestos de un modelo democrático de relaciones laborales:

<sup>9</sup> Por relaciones de trabajo se entiende el conjunto de normas, procedimientos y prácticas que tienen como objeto regular interacciones entre empleadores, trabajadores y el Estado, dentro de un contexto socioeconómico determinado. Este contexto es el sistema de producción y dentro del mismo es, más precisamente, aquel sector de la actividad en donde el trabajo se organiza bajo la forma de la prestación laboral subordinada o por cuenta ajena”. BRONSTEIN, A. Elementos para un diagnóstico de las relaciones de trabajo en Centroamérica, mimeo. p.4-5.

<sup>10</sup> SUPIOT, A. Crítica del derecho del trabajo. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Colección Informes y Estudios, Núm. 11, Madrid, 1996, p. 239.

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La lengua de los derechos, p.56, op. cit.

<sup>12</sup> Cit. por SUPIOT, ibídem, p. 244.

a. La **pluralidad de sujetos** reconocidos como tales; *actores*, en la terminología de John Dunlop, que ya tiene solera. De este modo, los privados, al lado de la administración, esto es, los sujetos colectivos o actores que obran en representación de un interés de categoría<sup>13</sup> -el de los empleadores o el de los trabajadores- son sujetos de las relaciones de trabajo, por consiguiente, con un poder de actuación reconocido y además, portadores de un interés tutelado por el Estado y por el derecho. Y el derecho al fin, decía Ihering, “no es (...) más que *un interés protegido por la ley*”<sup>14</sup>.

Es un lugar común recordar -enseñaba el profesor Antonio Baylos Grau- que el sindicato -y lo mismo cabe decir de los entes de representación de los empleadores- no es sólo una organización que representa al trabajo asalariado como agente económico a través de la contratación colectiva de la fuerza de trabajo, sino un actor social, que expresa la identidad social de los trabajadores en su conjunto y que se relaciona por tanto con el resto de los actores que interactúan en el sistema de relaciones laborales<sup>15</sup>.

b. **El reconocimiento**, con todas las consecuencias jurídicas deducibles, de que los actores del sistema tienen, representan y postulan *intereses distintos al tiempo que contrapuestos, legítimos cada uno y por tanto, tutelables*. Así, el interés general que orientaría a la administración se aparea con el propio de los trabajadores y empleadores, esto es, con el de los sujetos colectivos privados de representación. A la conciliación de esos intereses se acomoda el sistema, en tanto se asuma que el derecho del trabajo, en sede o perspectiva funcional, resulta “una técnica instrumental de organización social establecida *para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales*”<sup>16</sup>.

Por eso el profesor Otto Kahn Freund, el gran jurista alemán creador de la *teoría del pluralismo conflictivo* -quien constreñido a huir del régimen nazista marchó a Inglaterra donde enseñó hasta su muerte en 1979- entendió que en el sistema de relaciones laborales de una sociedad pluralista “el conflicto es el padre de todas las cosas”.

Y es que, en efecto,

(...) la finalidad o razón de ser histórica del derecho del trabajo como

<sup>13</sup>Lo que explica, el tenor del artículo 10 del convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87): “En el presente convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

<sup>14</sup>La Lucha por el derecho, p.38, op. cit.

<sup>15</sup>BAYLOS GRAU, A.P. Democracia política y sistema sindical: Reflexiones sobre la autonomía del sindicato. (2002) en GARCÍA LASO, A.; SANGUINETI R.; Wilfredo (Coord.). Sindicatos y cambios económicos y sociales. Salamanca, Universidad de Salamanca. Colección Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 15.

<sup>16</sup>PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Derecho del trabajo. 10ª. ed. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces 2002, p. 60..

disciplina jurídica independiente es, por ello, la de servir *al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital*, de su canalización, integración o institucionalización por el Estado<sup>17</sup>.

c. En ***el ámbito de la interrelación de los sujetos o de los actores del modelo***, el sistema les reconocerá *la capacidad de darse un orden jurídico propio, su propio derecho en una palabra*; el poder jurídico de hacer surgir normas que, como tales, tendrían la misma eficacia de las que emanan del poder público (las de derecho objetivo, específicamente)<sup>18</sup> y, además, el poder de solucionar, entre ellos mismos, los conflictos que su interrelación hará surgir inevitablemente, en tanto y cuanto se admita que “el conflicto de intereses es (...) una realidad social pre-normativa que el derecho viene precisamente a integrar”<sup>19</sup>.

d. Al presuponer la actuación conjunta de los sujetos colectivos o de los actores, se dibuja un ***sistema complejo de relaciones***, si se le mira en el sentido de su contenido. Las relaciones laborales importan entonces: a) relaciones de organización; b) de negociación y c) de conflicto; ámbitos todos ellos que, en conjunto, agotan su campo de conocimiento.

Los sujetos, así, expresan la organización de un colectivo (la categoría de la representación) que tiene el poder de *auto-reglamentarse*, poder que trae causa de una relación intersubjetiva llamada a crear normas y a establecer un modo de solución de los conflictos que surgirán entre los propios sujetos y los representados de cada uno.

e. Finalmente, ese derecho surgido de la autonomía de los privados que vendrá por una parte a legitimar la fijación convencional de condiciones de trabajo y, por la otra, las propias reglas de interrelación entre ellos mismos, *supone e implica un ordenamiento* que, siendo de origen convencional, no surge del poder público. Con todo, ese ordenamiento sería eficaz, jurídicamente hablando, si fuese capaz de normar las condiciones de trabajo y, por otro lado, hacer lo propio con respecto al entramado de relaciones entre los actores o sujetos del sistema.

La “teoría del ordenamiento inter-sindical” -esto es, el sistema organizado de las relaciones colectivas (Giugni)- es un aporte fundamental de la Escuela *Ius Laboralista* Italiana de posguerra, que explicaría el fenómeno de modo tan claro como insuperable, partiendo de la noción de *ordenamiento jurídico*<sup>20</sup>, tal

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>18</sup> La relación entre la autonomía y el “gobierno del conflicto” por sus propios sujetos es la idea total que justifica, según lo deja dicho su exposición de motivos, la ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical de España: “En nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de actuar en tutela y en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores se atribuye a los propios sujetos protagonistas del conflicto, como expresión de su posición de libertad y eligiendo, en ejercicio de su propia autonomía, los medios más congruentes a dicho fin”.

<sup>19</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. p.61, *op cit*.

<sup>20</sup> “Es por eso por lo que parte de la doctrina opina que se puede llegar a un conocimiento más completo



como fuese postulada en 1919 por Santi Romano:

Esta noción -enseñaba su más preclaro exponente, el profesor Gino Giugni- nos permite la aproximación a realidades jurídicas extra estatales y por tanto, nos introduce en el conocimiento de normas que, aunque no son estatales, tienen una efectividad real en la vida social, efectividad que solamente puede ser puesta de relieve y entendida por el jurista conectándola a criterios de validez propios de cualquier ordenamiento jurídico autónomo.

Un acercamiento fecundo a tal realidad puede conseguirse, por tanto, partiendo de la consideración de que las relaciones sindicales -precisamente con el fin de determinar sus rasgos de juridicidad no estatal- pueden ser conceptualmente encuadradas en la noción de *ordenamiento inter-sindical*, es decir, de un ordenamiento independiente y original respecto del ordenamiento del Estado<sup>21</sup>.

Siendo así, se nos revela el sentido más trascendental de “la autonomía colectiva”<sup>22</sup> y, al mismo tiempo, se muestra que una “pluralidad de ordenamientos”<sup>23</sup>, en una suerte de espacio jurídico global, juegan y se acomodan en el sentido y cometido de enmarcar el universo de las relaciones de trabajo, (...) surcado y fertilizado por un incesante flujo normativo de densidad y geometría variables originado en fuentes que, obedeciendo a secretos criterios ordenadores, no se ordenan según las tranquilizantes jerarquías del sistema estado-céntrico de la legalidad.<sup>24</sup>

Todos los ordenamientos, bien de origen público o convencional, en su caso y como en un imaginario *sideral*, giran sobre un vértice, el marco consti-

---

de las manifestaciones de la autonomía colectiva (y particularmente de aquel fenómeno producido por la formación de sistemas de relaciones sindicales caracterizados por un equilibrio dinámico apoyado y garantizado por una realidad subyacente de elementos de fuerza y de poder que no son los del Estado), sirviéndose, como instrumento eurístico de la noción de ordenamiento jurídico tal como fue formulada en 1919 por Santi Romano”. GIUGNI, G. Derecho sindical. Madrid. Ministerio de Trabajo. Traducción y estudio preliminar de José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa de la edición italiana de 1980, 1983, p. 26.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

<sup>22</sup> “La palabra ‘autonomía’ tiene en derecho distintos significados: En el significado más amplio y genérico, indica toda posibilidad de autodeterminación y por tanto, las capacidades activas, los poderes, los derechos subjetivos. En su significación más específica, que corresponde a su etimología y es la que aquí nos interesa, indica: subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros”. ROMANO, S. Fragmentos de un diccionario jurídico. Buenos Aires, EJE, 1964, pp. 37-38.

<sup>23</sup> A la teoría institucionalista del derecho (Santi Romano) se debe, con mucho, “el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado (...) rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, que considera derecho solamente al estatal, que identificaba al ámbito del derecho con el ámbito del Estado”. BOBBIO, N. Teoría general del derecho, pp.8-9, op cit.

<sup>24</sup> ROMAGNOLI, U. El derecho del trabajo en la era de la globalización. En Revista de Derecho Social, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004, p. 17.

tucional: “el sol que irradia sobre todas las demás normas jurídicas y hacia el cual éstas deben orientarse”<sup>25</sup>.

Si los actores del sistema son plurales -los “sujetos colectivos”- el “test” que permitirá medir el grado de democratización del mencionado sistema no podrá surgir sino del reparto del poder decisorio<sup>26</sup> entre cada uno de ellos, lo que es igual a decir, de la posición de cada “jugador” en el tablero del sistema<sup>27</sup>.

En consecuencia, un modelo democrático de relaciones laborales parte de reconocer como actores (partes) a sujetos privados que, aunque desprovistos del imperio propio del poder público, tienen reconocido un ámbito de actuación, un poder en el sentido jurídico del término, un derecho subjetivo, propiamente, para producir normas de eficacia general, abstractas y de obligatorio cumplimiento (en el ámbito o espacio de su implantación o influencia, naturalmente, sea la empresa, la rama industrial, entre otros) además de solucionar entre ellos y, sin injerencia del Estado, sus propios conflictos.

Ese dato, la autonomía colectiva, implica y determina para el Estado, de antemano, un papel de no injerencia o de abstención que se manifiesta, *prima facie*, en “obligaciones negativas” o de “no hacer”, esto es, de respeto al ámbito de actuación inmune de los privados; lo que no es igual a decir de incompetencia o de desinterés a propósito del giro del modelo o del sistema de relaciones laborales<sup>28</sup>, juicio este que se justifica por varias razones:

- a. Por una parte, porque el Estado es, a su vez, un actor o un sujeto del sistema en punto al reconocimiento de la “pluralidad de actores” que es, precisamente, un rasgo típico del modelo democrático de relaciones laborales.
- b. Por la otra, porque como titular de la administración del trabajo que es, tendrá reconocidos otros tantos poderes a su respecto, como los de inspección o de fiscalización.

<sup>25</sup> ZACHERT, U. (1998). Lecciones de derecho del trabajo alemán. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, p. 32.

<sup>26</sup> “Lo característico de un modelo de relaciones laborales será pues la determinación de la posición que en él queda reservada para cada uno de los jugadores, a saber, el Estado y otras personas públicas, las organizaciones profesionales (en particular los sindicatos y las asociaciones de empresarios), los empleadores y los trabajadores en su papel singular. Y aquella posición se relaciona, antes que nada, con el poder de decisión con el que cada uno de los protagonistas pueda actuar, sea un poder propio (auto o heteroreconocido) sea un poder no propio (atribuido o delegado)”. DE LA VILLA GIL, L.E. Prólogo a la obra de GARCÍA BECEDAS, G. Democracia y relaciones laborales. Madrid: AKA, 1982.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> De alguna manera, las relaciones laborales en América Latina, con mucho, se caracterizan por estos rasgos que conjuntados acaso permitirían deducir un modelo: a) alta conflictividad; b) preferencia por la negociación colectiva descentralizada; c) pluralidad -o más propiamente, dispersión- sindical, sobre todo a nivel de confederación, distinto a lo que suele ocurrir con las organizaciones cúpulas de los empleadores, de ordinario unitarias; d) tendencia a baja membresía sindical y finalmente, e) un marcado intervencionismo estatal a su respecto.

- c. Además, porque al actuar en el propio “rol” de empleador de un significativo número de servidores públicos -lo que tan común resulta en nuestros países- desdobra su hacer entre las funciones propias de la administración del trabajo y de empleador privilegiado, dicho sea en este caso, por el nivel de ocupación que determina, ya sea en el ámbito de la propia administración central o en el de las entidades públicas autónomas o descentralizadas, incluyendo a las empresas públicas o con participación estatal;
- d. *Last but not least* y acaso resulte lo más relevante para lo que sigue, porque en el sentido de los cometidos que el Estado social y democrático postula, al fomento o promoción de la autonomía colectiva y, de su mano, de un modelo o sistema democrático de relaciones laborales, se acomoda y halla comprometido, lo que implicaría para el Estado, ahora y más bien, deberes “positivos” o de “prestación” y con ello, obligaciones de “comportamiento”.

## **II. La libertad sindical: “Clave de bóveda” de un modelo democrático de relaciones laborales.**

Si un modelo democrático de relaciones laborales supone e implica la interrelación de sujetos colectivos (relación jurídica y, por tanto, intersubjetiva), siendo ésta de relevancia y de índole jurídica, por tanto, normativa, dicho modelo estará reglado respecto de su objeto -de regulación y del “rol” de los sujetos. Por una parte, le asigna poderes y deberes a cada actor, pero, al mismo tiempo, limita a uno y a otro, precisamente en el sentido y favor de la esfera de derechos reconocidos, al contrario. Por ello, se insiste, las relaciones laborales son, *stricto sensu*, relaciones jurídicas.

Los sujetos colectivos representan intereses (colectivos) o de categoría, por ende, diferenciables, contrapuestos -que no por ello irreconciliables- que actúan y se desarrollan en un ámbito de autonomía reconocido e inmune, *ex ante*, a la injerencia del Estado.

Para ello fue necesario, históricamente hablando, el reconocimiento de que el sujeto colectivo es portador legítimo de un interés jurídico de las categorías (interés particular, por ello privado y así diferenciable del interés común, general o público) y que, a su vez, ese interés es diferente y contrapuesto al de los otros actores o sujetos del sistema. Postulando y en procura de la tutela de ese interés colectivo, los individuos se organizan: nacería así el “derecho de coalición”.

Pero los influjos de la Revolución Francesa trajeron consigo la idea de que la coalición devenía en un atentado a las libertades individuales y, como

tal, en una afectación ilegítima de éstas, por lo que, como en efecto, deberían prohibirse. El Edicto Turgot (1776) lo había acordado así respecto de las corporaciones de oficio por entenderlas contrarias a la libertad del trabajo y, por ende, a la libertad contractual. La Ley Chapelier (1791) había hecho lo propio con las asociaciones gremiales; si no existe más asociación que el propio Estado, entonces solo en él es reconocible y tutelable el interés particular de cada individuo y, a su vez, el interés general del Estado mismo.

Así, prohibidas las coaliciones, no podían surgir todavía relaciones colectivas y tampoco, por ende, relaciones laborales. De manera que para poder concebir que la organización de un grupo de individuos, en procura de postular y defender un interés colectivo -no por ello menos particular, por cierto- era un derecho, resultaba menester abrogar el carácter punible de la coalición<sup>29</sup> y su consideración como tal por atentar contra las libertades individuales, en la tradición latina, o contra el *free flow of commerce*, en la propia estela de la tradición anglosajona.

Sólo así el sindicato, como coalición estable y permanente, dada en defensa de un interés colectivo y por definición privado, pudo devenir en un sujeto colectivo con derechos subjetivos y obligaciones reconocidas; había surgido la libertad sindical y con ella el reconocimiento del derecho de representar intereses colectivos.

Esa postulación de intereses hará nacer, inexorablemente, conflictos y éstos se solucionarán y conciliarán entre los propios sujetos de esa relación. La solución de ellos implica, de ordinario, el establecimiento de normas -de origen convencional, en este caso- que tienen por objeto reglar las condiciones bajo las cuales se prestará el servicio por cuenta ajena o bajo dependencia de otro, además de las propias relaciones entre los sujetos colectivos.

Precisamente por ello, acaso mejor que ninguna otra disciplina u ordenamiento, el derecho del trabajo -y el derecho colectivo, más propiamente- justifique la distinción entre “los ‘litigios’, *bajo el derecho* que se someten a una solución motivada en derecho y, por otra parte, los que podríamos considerar ‘conflictos’ sobre el derecho, que sólo pueden referirse, por el contrario, a juicios de valor (...)”<sup>30</sup>.

Se muestra así, y, en toda su virtualidad, la autonomía colectiva, con mucho, el núcleo o el corazón del derecho humano fundamental de la libertad sindical, esto es, el derecho reconocido a sujetos privados de “auto-reglamentarse” y de solucionar, entre ellos y pacíficamente, los conflictos. Eso mismo explica y justifica que el derecho sindical y la representación colectiva no pretendan

<sup>29</sup> La Ley Waldack Rousseau de 1884 derogó la Ley Chapelier de 1791 y el Edicto de Turgot de 1776, legalizándose así el derecho de asociación.

<sup>30</sup> SUPIOT, A. op cit, p. 240.

“prescribir directamente el contenido material del *intercambio* trabajo-salario, sino ofrecer el marco jurídico de la determinación de este contenido”<sup>31</sup>. La libertad sindical resulta, así, la “juridificación” de la autonomía colectiva de (y entre) los sujetos de representación de intereses colectivos o de categoría.

### III. Lo colectivo como fuente material y signo de la especificidad del derecho del trabajo.

La disciplina del derecho del trabajo debe su autonomía a la convergencia de tres factores o especialidades:

- a. La ***especialidad legislativa***, hija de la codificación histórica del derecho del trabajo<sup>32</sup>, idea que en nada se resiente, por cierto, al constatar que nuestras leyes laborales generales huyeron muchas veces de denominarse códigos, aunque lo fuesen materialmente. El juicio se confirma si se repara en el sentido omnicompreensivo o expansivo, que nunca disimularon, respecto de su cobertura o del ámbito de aplicación -“regular el hecho social trabajo”, o el “servicio por cuenta ajena o bajo dependencia de otro”- evento que marcaba el paso y simbolizaba a su vez el desprendimiento del derecho común;
- b. La ***especialidad de las fuentes***, esto es, cuáles son y pueden identificarse como fuentes propias o específicas del derecho del trabajo, las que le resultan particulares y peculiares. Se alude a las fuentes colectivas y a la autonomía colectiva en lo específico, entendida ésta como un *prius* y un *posterior*, vale decir, como antecedente y al mismo tiempo, presupuesto del ejercicio de otros derechos de libertad. Eso mismo justifica la idea de la doble o de la valencia múltiple del derecho humano fundamental de la libertad sindical y, por tanto, de su clave de bóveda, la autonomía colectiva: por una parte, presupuesto del ejercicio de otros derechos de libertad y, al mismo tiempo, cometido de un Estado, que como el *Estado social y democrático de derecho y de bienestar*, está llamado, precisamente, a fomentarla y a tutelarla.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 239.

<sup>32</sup> “Es así como desde fines del Siglo XIX, se hace sentir un deseo de codificación. Se opone a los Códigos Civiles la idea de un Código del Trabajo. En Francia en 1898, Arthur Groussier presenta en la Cámara de Diputados un proyecto de ley tendiente a la elaboración de un Código del Trabajo y enseguida todo un movimiento de ideas, universitarias y parlamentarias, se manifiesta en ese sentido. Nada tenía en realidad de extraordinario que ese pensamiento se formulara con prioridad en Francia. << Nosotros, escribió un día Charles Benoist (Informe del Proyecto del Código del Trabajo Argentino a la Cámara, en 1905) nosotros hemos sido siempre, en cierto modo, hombres de un solo libro: homines unius libri>>” Prologo de Albert Thomas al proyecto de Código del Trabajo redactado bajo la dirección del Dr. Carlos Saavedra Lamas (1928) que fue publicado en 1933, prologado por Albert Thomas, primer director general de la Oficina Internacional del Trabajo.

- c. La *especialidad de ordenación*, esto es la manera cómo esas fuentes se ordenan; el orden y la jerarquía *ius laboralista* de las fuentes que incluye la técnica de la que se sirve el sistema para resolver los conflictos de “sobre-pujamiento” de las mismas, o lo que es igual, el modo cómo cada una se impone y termina por sentir el límite intrínseco y connatural a la idea de derecho y de sistema que él comporta, “ese *aura de sistema* que es consustancial al derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible”<sup>33</sup>.

Si el orden jerárquico de las fuentes *ius laboralista*s es tal, lo es propiamente por la conjunción de dos factores: a) El rol reservado al orden público laboral y a la imperatividad de sus normas (reconocidas como imperativas, “norma mínima”, en efecto, o de derecho necesario); y b) sobre todo, por la preeminencia que le hace jugar, precisamente, a las fuentes colectivas.

De allí que la doctrina más influyente y tradicional cayera en cuenta, desde antiguo, de que la pirámide de la legalidad formal de fuentes, puesta a mostrar y ubicar a las propiamente *ius laborales*, se invertía precisamente en afán de explicar la preeminencia de unas fuentes que -como las convencionales, incluidos los convenios colectivos- aparecerían de previo en el último plano o rango de la legalidad.

Baste lo anterior para indicar que, de la mano de las fuentes reconocidas y sobre todo de su ordenación jerárquica, son precisamente las fuentes colectivas -la autonomía colectiva, a la sazón y privilegiadamente- a quienes el derecho del trabajo les debe su especificidad y así su autonomía.

#### IV. Conclusiones

Corolario de lo que se ha dicho y a modo de recapitulación.

- a. En las relaciones colectivas se juega buena parte de la gobernabilidad -de la “*gobernanza*”- de las democracias más consolidadas y prestigiosas del mundo; aquellas que, precisamente, han comprendido que el derecho del trabajo -y el colectivo especialmente- no viene a otra cosa sino a “integrar” un conflicto, “factual” y pre-normativo, instalado precisamente en la base de un modelo de convivencia política llamado a conciliar y a componer intereses distintos, contrapuestos y sin embargo, legítimos.
- b. Norberto Bobbio ha caracterizado el presente como “el tiempo de los derechos” (*L' Etá dei diritti*)<sup>34</sup>, sobre todo por la irrupción de los

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La lengua de los derechos. p.37, op.cit..

<sup>34</sup> BOBBIO, N. El tiempo de los derechos. Traducción de Rafael de Asís, prólogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid, Sistema, 1991.

derechos humanos fundamentales: Los derechos *ius fundamentales*, entendidos como una “concreta categoría de derechos cuya reivindicación colectiva, conceptualización teórica y atribución positiva ofrece las señas de identidad de nuestra época”<sup>35</sup>.

- c. El encuentro de los derechos *ius fundamentales* con el derecho del trabajo y la mutua influencia entre ambos órdenes se verificó en dos ámbitos: a) en los derechos de la persona del trabajador, *los derechos laborales inespecíficos*<sup>36</sup>, según la denominación propuesta por el profesor Palomeque López que tiene ya solera y b) en los derechos colectivos, de la otra, efecto de la “irradiación” del derecho humano fundamental de la libertad sindical. Precisamente por ello, Wilfred Jenks, Director General de la OIT desde 1970 hasta su fallecimiento en 1973, reconocía que la libertad de asociación “representa el punto de contacto entre las relaciones industriales y los derechos humanos y una condición sin la cual no es posible ninguna solución satisfactoria para los demás problemas que suscitan las relaciones industriales en una sociedad libre.”<sup>37</sup>.
- A. Repárese además, en que la caída del muro de Berlín -que no solo fue el símbolo de la división de Alemania y de la extensión del modelo soviético hasta el occidente de Europa sino, por sobre todo, el ícono de la Guerra Fría- que vino a significar y a simbolizar el derrumbe del mundo y modelo comunista, se precipitó cuando un sindicato polaco (*Solidarnosc*) denunciaba ante el Comité de Libertad Sindical

<sup>35</sup> VALDÉS DAL RÉ, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Ponencia Central (Tema II). Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (17º: Montevideo, 2-5 sept. 2003). Libro de informes generales, Montevideo. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Fundación de Cultura Universitaria (FCU), p. 38.

<sup>36</sup> “(...) Es el caso, así pues, de los derechos específicamente laborales (derechos específicos), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, entre otros). Al mismo tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al mismo tiempo, son trabajadores y por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”: PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos. En, Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel C. Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático. Salamanca, Caja Duero, 2004, p. 163.

<sup>37</sup> Human Rights and International Labor Standard. (1960). Londres.

de la OIT el desconocimiento, por el Estado polaco, de su personería sindical, apelando a los principios del pluralismo o de la llamada libertad sindical positiva acomodados, ambos y, a la sazón, a quebrar el modelo de sindicato y de partido único -ambos de afiliación obligatoria- que había signado a las llamadas democracias populares de la Europa del Este luego de la II Guerra Mundial y de que el Pacto de Yalta hubiese supuesto la división del mundo bajo zonas de influencias reconocidas a las potencias ganadoras.

- B. Por ello, un sindicalismo atado al vagón del poder público nada tiene de moderno ni de revolucionario; sí que resulta, muy por el contrario, el corolario de un proceso de *publicitación* que se levanta desde la consciente confusión entre el *interés público* que el sindicato representa y reclama y que el Estado debe tutelar y fomentar -más aún en la lógica del Estado social y democrático- y por otra parte, el carácter o *la naturaleza jurídica* del sindicato como entidades de derecho público, presupuesto este radicalmente distinto que sirvió, al unísono, a los totalitarismos corporativos, de todo signo, que partieron de predicar e instaurar un modelo de relaciones laborales autoritarias, o lo que es igual, no democráticas.
- C. En favor de ello resultaba necesario declarar que el interés de los trabajadores, como el de los empleadores, se unificaba y conciliaba bajo la autoridad del titular de la empresa y naturalmente del Estado, como garante del bien común que, como tal, no podía admitir contradicción o conflictos de intereses en su base. Es esa la idea fundamental de los modelos autoritarios y corporativos de relaciones de trabajo de cualquier tiempo.
- D. Como siempre, los autoritarismos, no importa su signo, se tocan al final y terminan retroalimentándose. Por eso, si la libertad sindical fue acaso una de las más preciadas conquistas y herencia virtuosa de la derrota de los fascismos al fin de la II Guerra Mundial, no puede sorprender que el derrumbe del régimen soviético y con ello, el fin de la Guerra Fría, halla acaecido desde el reclamo de la vigencia de lo que hoy identificaríamos como uno de los contenidos esenciales (uno de los derechos instalados en su núcleo duro, diríamos) del derecho humano fundamental de la libertad sindical: la pluralidad sindical y, sobresalientemente, el principio y el derecho de no injerencia del Estado respecto del ámbito de actuación del sindicato; lo que es igual a decir, *la autarquía sindical* en su más trascendental y primario sentido.
- E. La irrupción de los derechos humanos fundamentales en el mundo



del trabajo y de su derecho, es un fenómeno cuyas consecuencias no han acabado de dimensionarse y cuyo signo y efectos no se han evaluado, todavía, suficientemente. Ese encuentro tuvo y tiene dos momentos que importa puntualizar: a) La recepción de lo colectivo en el ámbito de la organización del trabajo por cuenta ajena y; b) La influencia de los derechos *Ius fundamentales* en la relación de trabajo: Los derechos laborales inespecíficos, el *habeas corpus*<sup>38</sup> del trabajador individual, desenvueltos en el cuadrilátero de la relación de trabajo.

- F. Ello cierra una línea de tendencia que había surgido de la recepción de lo colectivo en el ámbito del Derecho Universal de los Derechos Humanos, lo que permitió afirmar, a partir de 1948, que los derechos colectivos -acomodados bajo la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales- eran, también, derechos humanos fundamentales, de “segunda generación”, o derechos-prestación, según esa clasificación secuencial o geológica de los derechos *Ius fundamentales* que tanta influencia tuvo y que hoy, favorablemente, ha sido superada.

---

<sup>38</sup> “(...) la jurisprudencia ha desarrollado en el curso de los años (se alude a la jurisprudencia alemana, específicamente) un completo núcleo de derechos fundamentales individuales y de esa manera, se ha procurado de garantizar, por así decir, el *habeas corpus* del trabajador individual”. ZACHERT, U. op. cit, p. 35.

## ¿PARA QUÉ SE HACEN LAS HUELGAS? (UN VIAJE A LA SEMILLA)<sup>39</sup>

Por Hugo Barretto Ghione<sup>40</sup>

### ABSTRACT

Mediaciones sobre la huelga a partir de su existencia como derecho fundamental. “La huelga no se hace para agradar al empleador, sino para manifestar y hacer valer el reconocimiento de la parte laboral y su interés propio y distinto. Sostener que las huelgas nunca deben cuestionar la autoridad no es un buen punto de partida para establecer un diálogo entre iguales”.

**SUMARIO.** I. Derecho y ejercicio. II. El argumento de autoridad. III. Los sindicatos y la política. IV. Conclusión.

### 1. Derecho y ejercicio

Difícil encontrar una expresión de empleo corriente que convoque a opiniones tan contrarias y a la que se atribuya significados tan distintos como pasa con la palabra *huelga*.

Para unos, se trata de un derecho conquistado tras luchas sociales y políticas dirigidas a asegurar condiciones laborales dignas que permitieron reconocer al “factor” trabajo frente al interés predominante del beneficio empresarial y el vaivén del mercado. Para otros, en cambio, la huelga es una especie de patología o disfunción social que atenta contra la producción, la población, la estabilidad y el interés de la nación.

Hay también quienes se sitúan en un plano ideológico pretendidamente más refinado, y postulan que las huelgas son una rémora obsoleta de contradicciones ya superadas entre trabajadores y empleadores disueltas por el *wind*

<sup>39</sup> El presente ensayo fue publicado originalmente como columna de opinión en el periódico La Diaria, Montevideo, 9 de agosto de 2023 y autorizado para su inclusión en este libro.

<sup>40</sup> Catedrático de DTSS en la Universidad de la República (Uruguay), Secretario de redacción de la revista Derecho Laboral, miembro del Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (Univ. Castilla - La Mancha) y de la Academia Iberoamericana de DTSS. Autor de varios libros y artículos de su especialidad y del prólogo y edición de “Los Principios del Derecho del Trabajo” de Américo Pla Rodríguez y de la obra en coautoría con Oscar Ermida Uriarte de “Formación profesional en la integración regional” para OIT/CINTERFOR.

*of change* de fines de los 80 del siglo pasado. La palabra *huelga* es conflictiva, tanto o más que el conflicto que designa.

En los discursos oficiales de estos días aparecen algunas aristas de esta controversia. Su recurso retórico es conocido: ante cualquier huelga se comienza por admitir el derecho que asiste a los trabajadores, pero a renglón seguido se dice que la medida es inadecuada o excesiva o que cuestiona la autoridad o que tiene carácter político. O todo a la vez.

En definitiva, se trataría de un derecho fundamental de las personas, cuya efectividad está constitucionalmente asegurada (Constitución de la República de Uruguay, artículo 57), pero que, vaya cosa, se ejerce siempre de mala manera.

## II. El argumento de autoridad

Una de las objeciones sobre la que han insistido recientemente autoridades de la enseñanza y jerarcas ministeriales es que la huelga no puede cuestionar la autoridad del empleador, en tanto la ciudadanía les habría encargado la potestad de gestionar todo.

La molestia no es nueva. Esa misma inquietud de los jerarcas del gobierno y de muchos empleadores del ámbito privado por sentir cuestionada su autoridad por las huelgas no debe ser muy distinta a la que padeció el faraón Ramses III en el año 1155 a. C. cuando un grupo de artesanos se negó a continuar trabajando en el Valle de los Reyes en reclamo de mejores condiciones de vida y trabajo, según se relata en un papiro de la época conservado en el museo egipcio de Turín.

Hay al menos dos razones sustantivas para oponer a este punto de vista secular. En primer lugar, hay que entrever que toda huelga se hace en rechazo a una decisión adoptada por quien detenta una posición de poder, casi siempre el empleador directo. Esto inevitablemente implica un grado variable de desconocimiento, no de la autoridad en general, pero sí de la legitimidad de cierta medida, como puede suceder en el caso de una reestructura con pérdida de empleos, afectaciones de la profesionalidad, sanciones que se perciben como injustas, incumplimiento de condiciones de salud y seguridad, cuestiones salariales, etcétera.

La huelga no se hace para agradecer al empleador, sino para manifestar y hacer valer el reconocimiento de la parte laboral y su interés propio y distinto. Sostener que las huelgas nunca deben cuestionar la autoridad no es un buen punto de partida para establecer un diálogo entre iguales.

Esto nos lleva a una segunda razón: si la posición oficial sostiene que las huelgas no deben cuestionar la autoridad, es porque se concibe que en el ámbito de la empresa o de la institución hay una rígida división entre quienes mandan y quienes obedecen. Los primeros estarían amparados en su hacer por

el dogma de la infalibilidad. Una cosmovisión de ese tipo es obsoleta de verdad. Supone el absolutismo del poder y que la racionalidad está sólo de un lado.

Aunada con este tipo de enfoques, se aduce que la huelga es excesiva por el perjuicio que ocasiona. Así como no hay modo de hacer una huelga que no sea para resistir decisiones u omisiones de un empleador, tampoco hay modo de hacer una huelga que no provoque molestias. Es más: para eso es que se hacen, y el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) lo dice con total claridad cuando en sus dictámenes indica que “las huelgas, por naturaleza, ocasionan perturbaciones y costos” (Recopilación de Decisiones, párrafo 755).<sup>41</sup> Si pudiera medirse, uno podría decir que cuantos más discursos contrarios desata una huelga, más efectiva resulta.

La huelga no se hace para agrandar al empleador, sino para manifestar y hacer valer el reconocimiento de la parte laboral y su interés propio y distinto. Con esto no quiere significarse que el debate sobre el tipo de movilización esté clausurado y que todas las medidas sean pertinentes y que la huelga no tenga límites. El problema está en que un discurso oficial tan previsible y monocorde genera sospecha de estar flechado, poniendo obstáculos para la salida de los conflictos.

### III. Los sindicatos y la política

Además del argumento de autoridad, las huelgas son también descalificadas por adjudicárseles un objetivo meramente político. Así, un reclamo sindical contra una norma presupuestal, una propuesta educativa o una reforma de la seguridad social se considera como una intrusión en política. El movimiento sindical debería, en esos temas vitales, mirar para el costado.

La OIT ha expresado de manera reiterada que “los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores” (Recopilación de Decisiones, párrafo 758). La cita es pródiga en diversificar el abanico de intereses que pueden ser defendidos por los trabajadores y sus organizaciones, por lo cual obtura, a nuestro juicio, toda posibilidad de restringir la finalidad de la huelga a la inmediatez del salario y el empleo. La democracia tiene una dimensión económica y social que demanda que las organizaciones intermedias puedan reflejar el pluralismo de opiniones e intereses existentes,

<sup>41</sup> [https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS\\_635185/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_635185/lang--es/index.htm)

sin estrechar el horizonte de sus expectativas.

Un último rebote de esta restricción han sido las medidas disciplinarias impuestas a trabajadores de la enseñanza pública que manifestaron su rechazo a un proyecto de reforma constitucional, caso respecto del cual recientemente la OIT ha expresado su preocupación a efectos de que las sanciones “no tengan hacia el futuro un efecto disuasorio sobre la acción de las organizaciones sindicales en situaciones que involucren la defensa de los intereses de sus afiliados” (Informe del Comité de Libertad Sindical en el caso 3420, párrafo 644).

La discusión planteada en el Parlamento acerca de si el dictamen es obligatorio o no desplazó lo realmente importante, que es el pedido de la OIT al gobierno nacional de que “asegure la existencia de un equilibrio razonable entre la obligación de neutralidad política de los docentes públicos en el ámbito educativo establecida por la Constitución del Uruguay y el derecho de las organizaciones de docentes a expresar sus opiniones sobre cuestiones económicas y sociales que puedan afectar a sus miembros y a poder difundir las mismas en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la necesidad de no menoscabar la educación de los niños y que tome las eventuales acciones necesarias a ese respecto” (párrafo 653).

La recomendación debería conducir a ponerse a resguardo de cualquier rápida calificación de “proselitismo” cuando los sindicatos hacen público un parecer sobre políticas que tienen que ver con su profesionalidad o cuando ejercen su libertad de expresar opiniones sobre asuntos que de algún modo les conciernen.

#### **IV. Conclusión**

Tomarse “los derechos en serio”, como se denomina un libro clásico del derecho norteamericano escrito por Ronald Dworkin, implica en estos casos entrar en el juego fino del análisis de los derechos ciudadanos de todos y los laborales de los/as trabajadores/as, lo que impone descartar de plano la inmediata tentación de la autoridad de someter los desencuentros a los procedimientos disciplinarios, laberinto del que luego es difícil salir.

Alguien podrá decir que esta nota no es otra cosa que un inventario de obviedades, con un título prestado, en parte, de un relato de Alejo Carpentier. Pero el recurso al “viaje a la semilla”, o sea, la vuelta a las explicaciones más llanas, es preferible a correr el riesgo del olvido o la distracción.



¿SIRVEN REALMENTE LAS DECLARACIONES  
SOBRE DERECHOS HUMANOS LABORALES COMO  
INSTRUMENTOS JURÍDICOS?<sup>42</sup>

Por: César Arese<sup>43</sup>

**ABSTRACT**

Reflexiones sobre un tipo de instrumento omnipresente en materia de derechos humanos en general y laborales en particular pero que genera dudas sobre su operatividad concreta. Se centra en dispositivos de carácter declarativo centrales de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. La ampliación de los contenidos de la Declaración de principios y derechos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo en 2022 es el disparador del presente examen.

**SUMARIO.** I. Sí, claro que sirven II. La DUDH Laboral. III. Pero hay que seguir pensando. IV. La categoría de convenios fundamentales y prioritarios de OIT. V. La categoría de convenios fundamentales y prioritarios de OIT. VI. Caracteres y cuestiones relativos a la DPDF. A. Proyección de los derechos humanos laborales. B. Programática y promocional. C. Eficacia jurídica. D. ¿Por qué los cuatro principios y derechos fundamentales de 1998, más el de 2022, y no todos los contenidos en convenios de alcance general de OIT? E. ¿Establece un orden de prioridades entre los derechos fundamentales? F ¿Es fuente formal? G. Mecanismo de seguimiento “promocional”. VII. En conclusión.

<sup>42</sup>El presente trabajo fue parte de la exposición en el ciclo lectivo de la materia DHL-DIT 2022, Facultad de Derecho, UNC y toma conceptos de ARESE, César, “Impactos de la incorporación de la seguridad y la salud a la declaración de principios y derechos fundamentales de OIT, *Revista Jurídica del Trabajo*, Montevideo, Nro. 6, 2022, p. 23.

<sup>43</sup> Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Director de Derechos Humanos Laborales, Doctor en Derecho y Cs. Soc. y postdoctorado por la Universidad Nacional de Córdoba, autor de *Derechos Humanos Laborales*, 2da. Ed., Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2022.

## I. Sí, claro que sirven

Como se sabe, las declaraciones de organismos internacionales, Naciones Unidas, OEA, OIT, etc. son aprobados por sus máximos órganos deliberativos, pero, como no necesitan ratificación, no alcanzan la naturaleza jurídica de tratado y su consecuente exigibilidad y aplicación por los estados miembros. Se trata de instrumentos solemnes, declarativos, programáticos y promocionales. Sin embargo, su fuerza jurídica es innegable al menos en algunas de ellas y adquieren presencia de muy palpable norma positiva operativa.

El ejemplo paradigmático es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que reconoce raíces en otras declaraciones que han aludido a los derechos humanos como Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa de 1789. Toda referencia sobre definición, positivización y clasificación sobre Derechos Humanos la reconoce como instrumento básico, pero, de acuerdo a los arts. 10 a 17 de la Carta de Naciones Unidas, no tiene carácter jurídico vinculante. Se reconoce que es un desarrollo jurídico de la carta de las Naciones Unidas que sí es un tratado internacional.

Ahora bien, por más de dos décadas, hasta que se aprobó la Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas, fue el instrumento esencial para interpretar, identificar y operar normativamente los derechos humanos cuyo respeto y cooperación impone la Carta de las Naciones Unidas a fin de invocar las obligaciones de los Estados en esta materia o condenar las violaciones a tales derechos<sup>44</sup>. Baste una muestra: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, de dos años después de la DUDH comienza “Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Al conformarse la Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas se alcanzó un consenso internacional suficiente para establecer la obligatoriedad para los Estados de proteger los derechos humanos, al entrar en vigor los Pactos Internacionales de Derechos Humanos junto con sus protocolos opcionales. Se dio cuerpo firme a los principios básicos de derechos humanos establecidos en la declaración como la universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad y la no discriminación.

Como instrumento jurídico, es fuente citada, operada y aplicada por todos los sistemas sobre derechos humanos; fue referenciada por los principales

<sup>44</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2012, p. 65 y sig.



tratados de derechos humanos mundiales<sup>45</sup>, las principales normativos regionales, constitucionales y legales de numerosos países y a la vez, por juristas, académicos y tribunales en el dictado de sus sentencias.

Tan solo dos muestras, las constituciones de España (1978) y Argentina (1994) la tienen incorporada a su texto. Algo parecido ocurrió con la Carta Interamericana de Garantías Sociales (un PIDESC laboral pero sin carácter de tratado) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (una DUDH americana) de 1948 esta última con interpretación auténtica de las obligaciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos, según la CorteIDH<sup>46</sup>.

Como se destacó, la DUDH adoptada por los Estados representados en la Asamblea General como una recomendación sin efectos jurídicos operativos, no sometida a control regular y seguimiento como ocurre con otros tratados internacionales sobre derechos humanos, se convirtió, con el devenir de la conciencia jurídica mundial, en un texto jurídico con efectos jurídicos vinculantes, en atención a la práctica seguida por los propios Estados y por los diferentes órganos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales gubernamentales.

De tal suerte, de tratarse de un instrumento declarativo, promocional e interpretativo de fondo moral, ético, delimitador de idearios comunes, pasó a ser un instrumento ineludible y francamente operativo con sus treinta principios básicos. Es cierto que posee países objetores y reclamos de actualización o de re escritura, pero su impacto jurídico mundial hace que el derecho, el primer derecho, el de los hombres, la tome como hito fundamental de la historia.

## II. La DUDH Laboral

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas (DUDH), comienza con estas palabras: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”. Contiene lo nuclear de los derechos humanos: reconocimiento de derechos, libertad, igualdad y dignidad. Pero además, claro, encabeza el sistema jurídico mundial de derechos humanos, con sus treinta derechos, incluyendo los derechos humanos especiales de carácter

<sup>45</sup> Los pactos de 1966 (PIDCP y PIDES); las convenciones contra la tortura; la discriminación racial; la discriminación contra la mujer, y contra la desaparición forzada, así como las convenciones sobre los derechos del niño; de los trabajadores migratorios y de sus familias, y de las personas con discapacidad; como también hacen referencia expresa a la Declaración Universal, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>46</sup> Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Serie A No. 10, párrafos 35-47

socio-laboral como el derecho de toda persona a la seguridad social (art. 22), al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual; 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 y a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23); al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (art. 24).

Es obvio que la DUDH establece la universalidad, indivisibilidad, interdependencia, la equitativo y no discriminación de los tales derechos fundamentales. De tal forma que no es posible atenerse, en lo relativo a “toda persona” que trabaja de ser receptor y portador de todos esos derechos en conjunto, más los que se reconocieron con posterioridad a este instrumento basal. Es por ello que los Derechos Humanos Laborales no son una categoría distinta, sino que son 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. Es necesario un desarrollo integrado de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo<sup>47</sup>. No existe un subsistema de derechos de distinta naturaleza sustancial como derechos civiles y políticos por una parte y los de carácter social, entre ellos laboral, por otra. Esta es la matriz establecida por la DUDH que se ha proyectado en los sistemas de derechos humanos de Naciones Unidas, Europa, África y América.

### III. Pero hay que seguir pensando

La constitucionalidad y protección normativa supranacional amplia que los derechos relativos a las relaciones de trabajo han recibido especialmente a partir de la mitad del siglo XX, merecen un tratamiento particularizado que se viene a englobar en la definición de Derechos Humanos Laborales.

Obviamente, en el plano de análisis que se está desarrollando, existe, ente toros, dos enormes desafíos. El primero es ***garantizar que lo declarativo sea real y exigible*** y es lo que la carta y los instrumentos sobre derechos humanos se proponen con sus órganos de control. Y es por ello que, entre otras disposiciones, la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” del 9/12/98, de-

<sup>47</sup> Ver Cap. I, “Teoría General de los derechos humanos laborales”, en ARESE, César, Derechos Humanos Laborales, II, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2022, p. 25 y sig.

bió recordar que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”, sin perjuicio claro está, de las responsabilidades de los Estados de proteger, promover y hacer efectivos esos derechos mediante las medidas legislativas, administrativas y de otra índole (arts. 2 y 3).

Lo segundo, es pensar y desarrollar las ideas alrededor de la *reescritura de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. A 75 años de vigencia, su enorme omnipresencia jurídica no ha decaído y ha prestado servicios increíbles salvando y mejorando vidas, haciendo reconocer y garantizar la libertad, dignidad y derechos de las personas sin distinción a nivel mundial. Pero, vendría bien un debate, como que ya existe, sobre una segunda DUDH reconociendo el crecimiento constante de los derechos humanos, su expansión en muchos planos. Por ejemplo, en lo laboral, la dignidad y la condiciones equitativas y satisfactorias de la personal que trabaja están garantizadas con los arts. 1 y 23, 1 de la DUDH. Pero OIT avanzó en la materia con los convenios 100, 111 y 190 que obviamente son complementarios respecto y en 2022, amplió su Declaración de Principios y Derechos Fundamentales. Materia para otro estudio...

#### **IV. La categoría de convenios fundamentales y prioritarios de OIT**

Con base en los principios y derechos enunciado en la Constitución de Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Declaración de Filadelfia, la 110 Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2022, aprobó la “nueva” Declaración de Principios y Derechos Fundamentales (DPDF), ahora en su versión enmendada en 2022. Agregó el derecho a “un entorno de trabajo seguro y saludable” como quinto derecho de ese carácter a los ya vigentes de libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>48</sup>.

Esta decisión significa que, independientemente de la existencia de un acto de ratificación, todos los países componentes de la OIT, están alcanzados jurídicamente por los convenios en que se consagran estos derechos prepon-

---

<sup>48</sup> Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y su Protocolo de 2014, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

derantes y, ahora, los convenios Nro. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 y 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores. Hasta la CIT 2022, estos convenios poseían 75 y 57 ratificaciones respectivamente, cifras sensiblemente más bajas que el resto de los convenios fundamentales con un alto nivel de aprobaciones<sup>49</sup>.

También OIT tiene establecida la categoría de convenios de gobernanza de carácter prioritarios que alcanza a otros cuatro instrumentos sobre los que se impulsa a los Estados Miembros a su ratificación por su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo y poseen igualmente con alto nivel de ratificaciones<sup>50</sup>. En otra Declaración de OIT, en este caso, sobre la justicia social para una globalización equitativa se señaló la importancia de estos convenios desde el punto de vista de la gobernanza.

De tal forma, en el sistema de OIT, aparecen un elenco de derechos especiales declamadas y potenciadas por declaraciones, lo que invita a reflexionar sobre el poder jurídico de esos instrumentos y el nuevo derecho potenciado según la DPDF de 2022.

## **V. El sistema de declaraciones de OIT y los derechos humanos en el trabajo**

En OIT, los convenios, protocolos, recomendaciones, declaraciones y resoluciones son los instrumentos normativos esenciales producidos por la CIT, aunque solamente los dos primeros requieren ratificación por los estados miembros. En términos generales, las declaraciones son pronunciamientos formales destinados a reafirmar la importancia de ciertos principios y valores. No están sujetos a ratificación porque significan compromisos simbólicos y políticos para los estados miembros.

Ahora bien, la cuestión de la declaración de principios nació en OIT con su misma fundación mediante el Tratado de Versalles porque el art. 427 registró nueve como “métodos y principios generales” a partir del célebre principio de que “el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio”. Se acotó que “las comunidades industriales deberán esforzarse en aplicar, en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que puedan

<sup>49</sup> Con excepción del convenio 105 con 58 ratificaciones, el resto posee un piso de 157 en más ([https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011\\_DISPLAY\\_BY,P10011\\_CONVENTION\\_TYPE\\_CODE:1,F](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:1,F))

<sup>50</sup> Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) (así como su Protocolo de 1995), Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) y Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144). (Ratificaciones: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10013::NO:10013:P10013\\_DISPLAY\\_BY,P10013\\_CONVENTION\\_TYPE\\_CODE:1,G](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10013::NO:10013:P10013_DISPLAY_BY,P10013_CONVENTION_TYPE_CODE:1,G))

encontrarse”, que no “son completos ni definitivos” y tienen carácter de guía política de la Sociedad de las Naciones.

Pero aun antes de que Naciones Unidas emitiera la DUDH, OIT aprobó la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) de 1944 reafirmando los principios fundamentales que deben inspirar a los miembros con un alcance universalista y fuertemente inspirado en derechos humanos. Ciertamente, detalló principios dirigidos al mundo del trabajo, pero con un alcance muy superior, interrelacionándolos con los derechos civiles y políticos universales aún no consagrados formalmente por Naciones Unidas. En concreto, ratificando y partiendo aquel célebre premisa ética y profundamente humanizadora desvinculando el comercio de la persona que trabaja, concatenó los derechos civiles y políticos ya que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante” con la justicia social y bienestar de los trabajadores<sup>51</sup>.

Pero lo más importante es que la Declaración de Filadelfia afirmó que “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social” y precisó: “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”. Esta frase, con algunos cambios, se reflejó en el art 1 de la DUDH. Concluyó, además, afirmando “que los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que, si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado”. Esta sustancia y proyección de los instrumentos fundacionales de OIT en derechos humanos, son reconocidos en informes recientes de la Comisión Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Dice: “la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”; “la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”.

<sup>52</sup> En la Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, parr. 53, 109ª Conferencia, 2021, la CEACR remarcó que el desafío actual es “mantener la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales. Los derechos humanos y las normas internacionales del trabajo consagran la universalidad y la indivisibilidad de los derechos y las libertades. La Declaración de Filadelfia de la OIT pide que se garanticen «condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y [de] igualdad de oportunidades», lo cual daría efecto a la Constitución de la OIT en cuanto a lo que se conoce como la interconexión de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”.

Al haberse incorporado la Declaración de Filadelfia a la Constitución de OIT desde 1946, resulta por lo tanto obligatoria para todos los miembros al incorporarse a la organización. Es decir, que esa declaración está dotada de potente fuerza jurídica, es una auténtica declaración general de derechos humanos y sirvió de modelo para la propia Carta de Naciones Unidas de 1945<sup>53</sup> y de la DUDH. Pero, además, ha sido también fuente invocada en numerosos convenios, como por ejemplo en el último, el Convenio 190 sobre Violencia y Acoso en el mundo del trabajo (2019).

Con posterioridad la CIT aprobó otras seis declaraciones en que los principios y derechos de la constitución y la Declaración de Filadelfia aparece repentinamente invocada como fuente esencial: Declaración referente a la política de Apartheid, 1964; Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, 1975; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 1977; Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998; Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 y la Declaración del Centenario de la OTT para el Futuro del Trabajo, 2019.

## **VI. Caracteres y cuestiones relativos a la DPDF<sup>54</sup>**

### **A. Proyección de los derechos humanos laborales**

Ni la Constitución de OIT ni la Declaración de Filadelfia emplean formalmente el concepto de jurídico de Derechos Humanos, aun cuando la segunda, como se dijo, es precursora, se adelanta y coincide conceptual y hasta textualmente con la DUDH mediante la enunciación de principios. Como se dijo, la Declaración de Filadelfia afirma la necesidad de asegurar la dignidad humana en el mundo del trabajo con aquella afirmación de que el “trabajo no es una mercancía”, indicando que la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante”. Sin embargo, es indiscutible que la funda-

<sup>53</sup> La Carta de UN comienza: “Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (...)”.

<sup>54</sup> Ver TAPIOLA, Kari, La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 - Una poderosa herramienta de la OIT, Organización Internacional del Trabajo; Servicio de Principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra: OIT, 2018; BONET PEREZ, Jordi, Principios y derechos fundamentales en el trabajo, la declaración de OIT de 1998, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, BRONSTEIN, Arturo, Derecho Internacional del Trabajo, Astrea, Bs. As. 2013; SERVAIS, Jean-Michel, Derecho Internacional del Trabajo, Heliasta, Buenos Aires, 2011.

ción, el desarrollo y el fundamento mismo de la actividad de OIT está dirigida a consagrar, promocionar, proteger y lograr la progresiva efectividad de los derechos humanos en el mundo. En este sentido, la DPDF tiene el valor de instalar expresamente la categoría de principios y derechos fundamentales de los trabajadores.

### **B. Programática y promocional**

La DPDF original de 1998 tuvo fundamento entonces, en la necesidad de consolidar y potenciar lo esencial de los derechos humanos ya receptados en la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, esto es, la libertad, dignidad, igualdad y asociación en el mundo del trabajo. Sin embargo, lo hizo con un instrumento de carácter programático y promocional lo que se indica a texto expreso en la DPDF en tres pasajes.

### **C. Eficacia jurídica**

La DPDF declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios. Ya se habló del alcance jurídico de las declaraciones, pero en este caso, con la fórmula de aplicación general, mundial, con indiferencia de la ratificación, se le otorga a la decena de convenios fundamentales, un carácter vinculante o exigibles para los estados miembros. No obstante, esta observación jurídica, además, la DPDF remite a doce convenios considerados fundamentales cuya fuerza normativa de tratados operativos y exigibles es innegable (ver nota 3 y 4). Este vínculo entre la declaración y la docena de convenios dotados del principio *pacta sunt servanda* férreo y controlable, le otorgan a este instrumento un poder jurídico innegable.

### **D. ¿Por qué los cuatro principios y derechos fundamentales de 1998, más el de 2022, y no todos los contenidos en convenios de alcance general de OIT?**

Desde su aprobación, se dudó si la DPDF refleja efectivamente el conjunto de principios y derechos fundamentales de la Constitución y la Declaración de Filadelfia. La enmienda de 2022 confirma que era incompleta y que podrá ser amplia en el futuro. Pero independientemente de ello, se puede observar que la selección debilita otros valores esenciales de OIT no porque se los desconozca, sino porque quedan rebajados respecto de la DPDF. Inclusive, podría decirse que se encienden luces para los ahora doce convenios fundamentales, opacando las prioridades de otros de aplicación igualmente general, de alto impacto en materia de derechos humanos o, directamente un convenio sobre derechos humanos como, por ejemplo, el Convenio 190 sobre la violen-

cia y acoso. Por otro lado, se conspira contra la ponderación de la actividad normativa de OIT como un todo integrado. Si la idea fue potenciar el nivel de ratificaciones de los convenios relativos a principios y derechos fundamentales, el objetivo general se logró. Pero, aun así, China ratificó sólo 5 sobre 10 convenios fundamentales y 2 sobre 4 convenios de gobernanza; EEUU, 2 y 1 e India, 6 y 3. Ahora claro, con la selección efectuada por la DPDF, se flexibilizó y debilitó el proceso de ratificación de los restantes (no fundamentales) convenios de OIT.

### **E. ¿Establece un orden de prioridades entre los derechos fundamentales?**

Una pregunta interesante es si dentro del enumerado de principios y derechos fundamentales existe una jerarquía. Es decir, por qué motivo se comienza por los derechos relativos a la libertad sindical y los convenios 87 y 98 y no cualquiera de los otros que ostentan objetos jurídicos de protección nucleares. Es más, de entrada, parecía lógico comenzar por el derecho a la vida, es decir, el entorno saludable y seguro incorporado en 2022 y luego los otros principios ligados a la libertad y dignidad humana como son los derechos y convenios relativos a la abolición del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación. La DPDF parte de un derecho humano civil y político traducido al mundo del trabajo, la libertad sindical, y su producto más especial y genuino la negociación colectiva con su poder de generación normativa, el convenio colectivo en especial. Sólo a modo de hipótesis, reconocer este primer principio y derecho fundamental es otorgarle un rol de gestor o padre, asegurador y generador del sistema normativo heterónomo o estatal y autónomo protectorio. Sin su existencia, no existiría ninguna de los otros derechos; un mundo laboral sin organizaciones de empleadores y trabajadores y negociación colectiva, seguramente dejaría de ser protectorio y progresivo.

### **E. ¿Es fuente formal?**

No obstante, la sustancia de la materia tratada, nada menos que los principios y derechos fundamentales, a diferencia de la Declaración de Filadelfia la DPDF no se incorporó a la constitución de OIT. Técnicamente, al no ser un convenio que posee rango de tratado internacional, no es una fuente jurídica de derecho internacional conforme los alcances de esos instrumentos; o por lo menos, como dice Bronstein, comparable a los convenios de OIT<sup>55</sup>. Pero el hecho de que ya tenga bases de convenios para cada uno de los cinco principios y derechos fundamentales e indicarse que todos los miembros, por la mera pertenencia a la organización deben respetar y hacer realidad los principios relativos a derechos fundamentales, otorga a la DPDF un poder jurídico innegable.

<sup>55</sup> BRONSTEIN, Arturo, Derecho Internacional del Trabajo, Astrea, Bs. As. 2013, p. 121.



### Mecanismo de seguimiento “promocional”

En la medida que la DPDF es promocional y significa sólo un compromiso para los estados miembros, según su texto, los mecanismos de control o seguimiento no son, consecuentemente, los propios de los convenios de OIT. Sintéticamente, se prevé el seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados que sólo supondrá ciertos ajustes a las actuales modalidades de aplicación del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución y el informe global sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo que permite informar en la discusión recurrente de la Conferencia sobre las necesidades de los Miembros, la acción emprendida por la OIT y los resultados logrados en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

## VII. En conclusión

A. Como instrumentos declarativos, formales y promotores, no sujetos a ratificación y sin conformarse como tratados, las declaraciones internacionales aparecen catalogables como débiles por su carencia de estricta exigibilidad y obligatoriedad. Sin embargo, los ejemplos de la DUDH o la Declaración de Filadelfia de OIT se tradujeron en instrumentos jurídicos de amplios y fuertes impactos para el reconocimiento de derechos traducidos en tratados. También se convirtieron en fuente jurídica esencial de los ordenamientos de derechos humanos con especial énfasis en el derecho del trabajo. De ahí la necesidad de ponderar suficientemente la fuente de las declaraciones internacionales en especial sobre principios y derechos.

B. Naturalmente, cada vez que se invoca una declaración como instrumento jurídico supra nacional, se piensa en su grado de eficacia dependiente de sistema de información, verificación y control y, en el caso de la DUDH, de pensar su re escritura de Siglo XXI incorporando, a 75 años de vigencia, la ampliación y cambio de conceptos sobre derechos humanos y, además, proyectarlo hacia el futuro.

C. A diferencia del sistema de Naciones Unidas, en OIT, la Declaración de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) de 1944 posee carácter fundacional y arquitectónico por encontrarse incorporados en su propia constitución con su primera redacción de 1919 y con la Declaración de Filadelfia desde 1946.

D. Puede discutirse la opción de OIT en la DPDF de potenciar una decena de principios y convenios dejando de lado otros de idéntica sustancia de derechos humanos y debilitando la atención sobre el resto de los convenios vigentes y necesitados también de ratificación. De hecho, la ampliación por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2022 es un reconocimiento de su necesidad de expansión.

# MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN NACIONES UNIDAS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO AMBITOS DE RECLAMOS POR VULNERACIONES A LOS DERECHOS LABORALES

*Por: Christian G. Sommer<sup>56</sup>  
Agustina Vázquez<sup>57</sup>*

## ABSTRACT

La protección de derechos humanos mediante mecanismos globales o regionales de derechos humanos, ha significado desde el siglo XX, un cambio sustancial en el empoderamiento de los derechos humanos para muchas regiones del planeta. La posibilidad que los Estados puedan controlar los comportamientos de derechos humanos de otros para exigir mejores condiciones de trato a sus habitantes, sumado a la posibilidad que los particulares puedan también acceder a mecanismos de reclamación. Los órganos de Naciones Unidas como del sistema interamericano son una sustancial vía para el desarrollo progresivo de la protección de derechos humanos, entre ellos los vinculados a los derechos laborales y sindicales.

**SUMARIO** A. El sistema de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas A.1) El Consejo de Derechos Humanos. A.2)

<sup>56</sup> Abogado y Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina). Magíster en Migraciones Internacionales (Pontificia Universidad de Comillas-España). Abogado litigante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Profesor titular e investigador en Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor e investigador en Derecho Internacional y Director del Instituto de Derechos Humanos “Xabier Gorostiaga” (Universidad Católica de Córdoba) y Profesor Titular Disciplinar de Derecho Internacional Público (Universidad Siglo 21). Co-titular de la materia opcional “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”- Facultad de Derecho UNC. Profesor dictante materia opcional “Derecho Humanos Laborales”. Facultad de Derecho – UNC. Miembro de los Institutos de Derecho Internacional Público de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Miembro de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional y Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional

<sup>57</sup> Abogada y Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires – University of London). Magister en Derecho Internacional y Desarrollo (University of London). Profesora e investigadora (Universidad de Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de Flores y la Universidad de Palermo). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

EPU. A.3) Denuncias individuales. A.4) Los Pactos Internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas. A.4.1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A.4.1.a) El Protocolo Facultativo del PIDCP. A.4.2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A.4.2.a) El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A.4.2.b) El Protocolo Facultativo al PIDESC. A.5) Otros tratados del Sistema de Naciones Unidas. B. El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. B.1) Antecedentes. B.2) Instituciones. B.2.1) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. B.2.2.a) Funcionamiento. B.2.3) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. B.2.3.a) Su competencia contenciosa. B.2.3.b) Su competencia consultiva.

## **I. El sistema de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas**

El sistema de la Organización de Naciones Unidas tiene un fuerte compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo. La Carta de las Naciones Unidas, que establece los objetivos y principios de la organización, incluye la promoción y el respeto de los derechos humanos como uno de sus objetivos fundamentales. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948, es un documento clave en la promoción y protección de los derechos humanos a nivel mundial, y es reconocida como un estándar internacional para los derechos humanos.<sup>58</sup>

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, existen varios órganos y mecanismos que se dedican a la promoción y protección de los derechos humanos, como el Consejo de Derechos Humanos<sup>59</sup>.

### **A.1 El Consejo de Derechos Humanos**

Es un órgano intergubernamental dependiente de la Asamblea General de Naciones Unidas que tiene como objetivo principal promover y proteger los derechos humanos en todo el mundo. Fue establecido en 2006 para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos que dependía del ECOSOC y que había sido criticada por su falta de eficacia y credibilidad.

Está compuesto por 47 Estados de diversas regiones del mundo, que rotan en su composición en forma periódica en períodos de tres años y que vela por la observancia de los derechos humanos de todos los Estados Miembros de la Organización por medio del examen periódico universal, grupos de trabajo, Mecanismos de Expertos y procedimientos especiales sobre diversos temas de interés y países<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Megret, Frédéric, ALSTON, Philip, *The United Nations and human rights a critical appraisal*, Oxford University Press, Oxford, 2020. p. 23.

<sup>59</sup> <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/other-sub-bodies>

<sup>60</sup> Durall, Julia Gifra, "La reforma de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos:

## **A.2 EPU**

El Examen Periódico Universal (EPU) es un proceso singular que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia.

Al ser una de las herramientas principales del Consejo, el EPU se concibió para asegurar un trato homogéneo a todos los países cuando se evalúan las situaciones de derechos humanos. El EPU es uno de los elementos clave del Consejo que recuerda a los Estados su responsabilidad de respetar y aplicar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. En la actualidad, no existe ningún otro mecanismo universal como éste.

## **A.3 Denuncias individuales**

Junto al trabajo del EPU, el Consejo de Derechos Humanos puede recibir comunicaciones individuales presentadas por cualquier persona o grupo que alegue ser víctima de una violación de los derechos humanos por parte de un Estado miembro de la ONU. El proceso implica la presentación de una queja por escrito al Consejo de Derechos Humanos, que luego es examinada por un grupo de expertos independientes que emiten un informe sobre la situación. Estas comunicaciones eran implementadas desde los inicios del trabajo de la ex Comisión de Derechos Humanos mediante el denominado “Procedimiento 1503”; sin embargo el 18 de junio de 2007, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 5/1, titulada “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”, por el cual un nuevo procedimiento de denuncia fue establecido para hacer frente a un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos ocurridos en cualquier parte del mundo y bajo cualquier circunstancia.

El objetivo de las comunicaciones individuales es brindar un recurso a las personas que no tienen acceso a recursos legales o judiciales efectivos en su país de origen. Si se determina que se han cometido violaciones de los derechos humanos, el Consejo puede emitir recomendaciones y requerir a los Estados miembros para que tomen medidas para remediar la situación.<sup>61</sup> Al igual que el anterior procedimiento 1503, es confidencial, con miras a mejorar la cooperación con el Estado interesado.

---

¿Una mejora de los mecanismos extra convencionales?”, Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), n° 17, Madrid, 2009, p. 10-25.

<sup>61</sup> Bayefsky, Anne Fruma. How to complain to the UN human rights treaty system. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2003. p. 45.

También debe destacarse la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>62</sup>, que tiene como objetivo principal la promoción de los derechos humanos en todo el mundo, y trabaja con gobiernos, organizaciones de la sociedad civil y otros actores para asegurar el respeto de los derechos humanos.

A la vez el sistema comprende los distintos órganos (Comités) de tratados de derechos humanos aprobados por la Organización. Estos órganos y mecanismos tienen como objetivo monitorear y supervisar el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, y hacer recomendaciones para mejorar la situación de los derechos humanos en los países.

#### **A.4 Los Pactos Internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas**

##### **A.4.1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Su génesis se encuentra íntimamente relacionada con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tras un largo proceso de discusión en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que comenzó con la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es un tratado de las Naciones Unidas que fue adoptado en 1966 y entró en vigor en 1976. Este pacto establece los derechos civiles y políticos que deben ser protegidos por los Estados miembros de la ONU.

Entre los derechos protegidos por el PIDCP se incluyen el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación. También se incluyen derechos políticos, como el derecho a votar y ser elegido en elecciones libres y periódicas, el derecho a formar partidos políticos y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar y proteger estos derechos, y deben tomar medidas para asegurar que estos derechos sean respetados y protegidos por todos, sin discriminación

El PIDCP está dividido en seis partes:

- La primera, contenida en el artículo 1, enmarca el Pacto en el derecho de todos los pueblos (no de los individuos) a la libre determinación. La segunda parte, contenida entre los artículos 2 a 5, establece las condiciones generales de aplicación del Pacto, en clave de obligaciones asumidas por los Estados, tales como el compromiso respecto de la igualdad de género, la suspensión y límite de las obligaciones del PIDCP. La tercera parte, hasta el artículo 27, lista los derechos sustantivos del Pacto.

<sup>62</sup> <https://www.ohchr.org/es/about-us/high-commissioner>

- Por su parte, la cuarta sección, incluyendo el artículo 45, se refiere a los aspectos institucionales de la vigilancia del tratado, incluyendo su órgano de monitoreo, conformación, elección y facultades. La quinta parte, artículos 46 y 47, explicita las salvaguardas respecto de la soberanía de los recursos naturales, así como la relación entre las obligaciones del Pacto y otras obligaciones de la Carta de Naciones Unidas.
- La última parte (arts. 48 a 53) establece los aspectos de firma, entrada en vigor y modificación.

#### **A.4.1.a) El Protocolo Facultativo del PIDCP**

El Protocolo Facultativo del PIDCP es una herramienta adicional que permite a los individuos y grupos presentar denuncias ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>63</sup>. El Protocolo Facultativo del PIDCP fue adoptado en 1966, junto con el propio Pacto. Fue creado para garantizar que los derechos establecidos en el Pacto sean respetados y protegidos. Este protocolo permite a las personas o grupos que creen que sus derechos humanos han sido violados por su gobierno, presentar una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU. El Comité está compuesto por 18 expertos independientes elegidos periódicamente.

Una vez que se presenta una denuncia, el Comité de Derechos Humanos examina la situación y hace recomendaciones al Estado Parte. Estas recomendaciones pueden incluir medidas para remediar la situación, tales como la compensación a la víctima o cambios en las políticas gubernamentales. Si el Estado no cumple con estas recomendaciones, el Comité puede emitir un informe que se enviará a la Asamblea General de las Naciones Unidas y se puede tomar acción adicional.

Es importante destacar que para que una persona o grupo pueda presentar una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos, el Estado en cuestión debe haber ratificado el Protocolo Facultativo. Actualmente, hay más de 120 Estados que han ratificado el Protocolo Facultativo del PIDCP, lo que demuestra la importancia que se le da a la protección de los derechos humanos en todo el mundo. A su vez, como parte de su labor interpretativa de los derechos del Pacto, en forma periódica el Comité de Derechos Humanos emite Observaciones Generales<sup>64</sup>.

Aunque el Comité en el marco de las disposiciones del Pacto no aborda en forma directa sobre la protección de derechos laborales o sindicales, sí ha tenido oportunidad de conocer sobre casos vinculados a situaciones conexas como discriminación, persecución política, derecho a reuniones pacíficas, etc.

<sup>63</sup> <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ccpr>

<sup>64</sup> <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ccpr/general-comments>

## **A.4.2 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aprobado en 1966 y que entro en vigor en 1976, es un tratado internacional que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos y establece las obligaciones de los Estados para garantizar su realización. Entre los derechos protegidos por el PIDESC, se incluyen el derecho al trabajo, la educación, la vivienda, la alimentación y la salud entre otros. Dicho Pacto fue elaborado en forma paralela al PIDCP por parte de la Comisión de Derechos Humanos.

Como parte de los derechos consagrados en el Pacto, el artículo 6 alude al derecho al trabajo y las obligaciones del Estado en promover medios para la promoción del empleo y las actividades profesionales. Por su parte el artículo 7 refiere el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que permitan remuneraciones equitativas, seguridad e higiene, como el derecho al descanso y vacaciones pagas. A su vez, como mecanismo para garantizar la defensa de los trabajadores, el artículo 8 prescribe el derecho a formar sindicatos y que se respete su independencia y acciones.

### **A.4.2.a) El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.**

El Comité se creó en virtud de Resolución 1985/17 del ECOSOC de 28 de mayo de 1985 para llevar a cabo las funciones de control asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en la Parte IV del Pacto. Todos los Estados Partes están obligados a presentar informes periódicos al Comité sobre la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité está compuesto por 18 expertos independientes que son elegidos por los Estados partes para supervisar su cumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el PIDESC. Los Estados deben informar inicialmente en el plazo de dos años desde la aceptación del Pacto y, posteriormente, cada cinco años. El Comité examina cada informe y dirige sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “observaciones finales”. También entre las funciones del Comité se encuentran el de efectuar *Observaciones Generales* a los artículos del Pacto que son el medio por el cual el Comité interpreta evolutivamente el Pacto<sup>65</sup>.

Con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al PIDESC, atiende las comunicaciones individuales, presentadas por personas o grupos de personas

<sup>65</sup> El Comité cuenta con 24 Observaciones Generales sobre diversos temas de los derechos regulados en el Pacto. [https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html)

<sup>En</sup> lo referido a derechos laborales y sindicales, se pueden aludir a la OG n° 18 relativa al derecho al trabajo: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN18](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN18)

que afirmen ser víctimas de una violación de sus derechos protegidos por el PIDESC. El CESCR puede considerar estas comunicaciones y hacer recomendaciones al Estado parte para remediar la situación<sup>66</sup>.

#### **A.4.2.b) El Protocolo Facultativo al PIDESC**

El Protocolo Facultativo fue adoptado en 2008 y entró en vigor en 2013. Está abierto a la firma, ratificación y adhesión de todos los Estados que hayan ratificado el PIDESC. El Protocolo permite que los individuos o grupos de personas, así como las organizaciones no gubernamentales, presenten denuncias directamente ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)<sup>67</sup>, cuando consideren que sus derechos económicos, sociales y culturales han sido violados.

La presentación de una denuncia ante el Comité DESC requiere que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles en el Estado parte. El Comité DESC tiene la facultad de examinar la denuncia, realizar investigaciones, emitir recomendaciones al Estado parte para remediar la situación.<sup>68</sup>

El Protocolo Facultativo del PIDESC es un instrumento importante para garantizar la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el pacto. Permite a las personas y grupos de personas hacer valer sus derechos ante el Comité DESC y contribuye a la rendición de cuentas y la transparencia de los Estados en la implementación del PIDESC.

#### **A.5 Otros tratados del Sistema de Naciones Unidas**

Aparte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los dos Pactos antes mencionados, dentro del ecosistema de Naciones Unidas se encuentran vigentes otras Convenciones específicas y que cumplen funciones similares a los Pactos de Derechos Humanos aludidos, en cuanto a informes periódicos de los Estados Partes, posibilidad de receptor denuncias por violaciones y emitir observaciones generales de los artículos de las Convenciones.

Como se indicara, los Estados Partes deben presentar informes periódicos a los respectivos órganos de vigilancia de los tratados (o “Comités”) sobre el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los tratados. Tras la revisión de un informe, el órgano de tratado en cuestión emite un conjunto de “observaciones finales”, que contienen su evaluación colectiva del historial del Estado y recomendaciones para mejorar la implementación de los derechos en cuestión. Podría decirse que la emisión de observaciones finales es la actividad individual más importante de los órganos creados en virtud de tratados de derechos hu-

<sup>66</sup> Eide, Asbjørn, “Economic, social and cultural rights as human rights”, *Economic, social and cultural rights*. Brill Nijhoff, 2001. p. 9-28.

<sup>67</sup> <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cescr>

<sup>68</sup> Durán Villán, Carlos, “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n° 23, Madrid, 2009, pág. 31-54.



manos. Brinda una oportunidad para la entrega de una descripción autorizada del estado de los derechos humanos en un país y para la entrega de formas de asesoramiento que pueden estimular mejoras sistémicas. Su importancia es aún mayor ahora que las únicas reseñas del examen de los informes periódicos que aparecen en los informes anuales de los órganos creados en virtud de tratados son las observaciones finales aprobadas.<sup>69</sup>

Entre los tratados del sistema que cuentan con Comités se encuentran:

- *La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial se enfoca en la discriminación racial y establece medidas para prevenirla y eliminarla (1965).*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es un órgano de las Naciones Unidas encargado de supervisar la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por parte de los Estados parte. El Comité está compuesto por 18 expertos independientes elegidos periódicamente.

Además de supervisar a los Estados, el Comité también tiene la capacidad de recibir y considerar comunicaciones individuales que aleguen violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención. Estas comunicaciones individuales pueden presentarse por personas o grupos de personas que afirmen ser víctimas de discriminación racial por parte de un Estado parte de la Convención.<sup>70</sup>

En general, el Comité y las Naciones Unidas abogan por la igualdad y la no discriminación en todos los ámbitos, incluidas las empresas, y trabajan para garantizar que se respeten los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

- *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se enfoca en la discriminación de género y aborda cuestiones como la igualdad de derechos, la violencia doméstica y la discriminación en el ámbito laboral (1979).*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) es un organismo creado por la Convención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979. El CEDAW está compuesto por 23 expertos independientes en el campo de los derechos de la mujer, y tiene como objetivo supervisar la implementación de la Convención por parte de los Estados partes.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> O’Flaherty, Michael, “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies”, Human Rights Law Review, Vol. 6, 2006.

<sup>70</sup> Felice, William, “The UN committee on the elimination of all forms of racial discrimination: race, and economic and social human rights”, Human Rights Quarterly, vol. 24, 2002, p. 205-230.

<sup>71</sup> Englehart, Neil; Miller, Melissa, “The CEDAW effect: international law’s impact on women’s rights”, Journal of Human Rights, vol. 13, 2014, p. 22-47.

El Comité CEDAW también permite la presentación de comunicaciones individuales, es decir, denuncias de violaciones de los derechos humanos de las mujeres por parte de los Estados partes. Las comunicaciones individuales pueden ser presentadas por mujeres o grupos de mujeres, o por organizaciones no gubernamentales que trabajan en temas relacionados con los derechos de la mujer.

Las comunicaciones individuales son una herramienta importante para asegurar que los Estados partes cumplan con sus obligaciones de proteger los derechos humanos de las mujeres y eliminar la discriminación de género. Una vez que se presenta una comunicación individual, el CEDAW examina la denuncia y emite recomendaciones al Estado parte involucrado. En algunos casos, el CEDAW también puede llevar a cabo una investigación y realizar visitas al país.

Es importante destacar que las comunicaciones individuales son un proceso complejo y requieren tiempo y recursos significativos para su presentación y seguimiento. Sin embargo, son una herramienta importante para garantizar la responsabilidad de los Estados y la protección de los derechos de las mujeres.

- *La Convención sobre los derechos del niño establece los derechos de los niños y las obligaciones de los estados en relación con la protección de los derechos de los niños, incluyendo los derechos a la educación, la salud, la protección contra la violencia y la explotación (1989).*

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) es el órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de sus Estados miembros. También supervisa la aplicación de los Protocolos Facultativos de la Convención, sobre la participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. Todos los Estados Partes están obligados a presentar informes periódicos al Comité sobre la aplicación de los derechos del niño.

El Comité también supervisa la aplicación de dos Protocolos Facultativos de la Convención, relativos a la participación de los niños en conflictos armados (OPAC) (OPAC) y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC). El 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un tercer Protocolo Facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones (OPIC), que permite que los niños presenten denuncias individuales relativas a violaciones específicas de sus derechos, con arreglo a la Convención y a sus otros dos Protocolos Facultativos. El tercer Protocolo entró en vigor en abril de 2014.

- *La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se enfoca en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, y estable-*

*ce medidas para garantizar que estos derechos sean respetados y protegidos (1990).*

El Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) es el órgano de expertos independientes que trabaja para proteger los derechos de los millones de trabajadores migratorios de todo el mundo.

Los trabajadores migrantes y sus familias suelen sufrir marginación, xenofobia y malas condiciones de vida y trabajo. En casos graves, sufren explotación, expulsión y riesgo de muerte. El Comité supervisa el modo en que los Estados aplican la Convención y protegen los derechos humanos de los migrantes.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) es el órgano de 14 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares por sus Estados Partes. Celebró su primera sesión en marzo de 2004. El Comité examina también los informes de los Estados partes, y hacer recomendaciones sobre el tema de los trabajadores migratorios y sus familiares en ese Estado (artículos 73 y 74 de la Convención); interpreta el contenido de las disposiciones sustantivas de la Convención (observaciones generales) y publicación de declaraciones y notas informativas u orientativas sobre temas relacionados con su mandato. El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar las denuncias o comunicaciones interestatales o individuales de los Estados Partes o de los particulares que aleguen que sus derechos en virtud de la Convención han sido violados, una vez que 10 Estados Partes hayan aceptado estos procedimientos de conformidad con los artículos 76 y 77 de la Convención.

- *La Convención contra la tortura establece la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y obliga a los estados a prevenir y sancionar estos actos (1984).*

El Comité Contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés), es el órgano compuesto por 10 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por sus Estados Partes.

Todos los Estados Partes tienen la obligación de presentar al Comité informes periódicos sobre la forma en que aplican los derechos amparados por la Convención. El informe inicial deben presentarlo al año de haberse adherido a la Convención y posteriormente, cada cuatro años, El Comité examina cada informe y remite al Estado Parte sus preocupaciones y recomendaciones en forma de “Observaciones Finales”. Además del procedimiento de presen-

tación de informes, el Convenio establece otros tres mecanismos a través de los cuales el Comité desempeña sus funciones de control. El Comité también puede, en determinadas circunstancias, considerar denuncias individuales o comunicaciones de personas que alegan que se han violado sus derechos en virtud del Convenio, realizar consultas, y considerar denuncias interestatales.

El Protocolo facultativo del Convenio, que entró en vigor en junio de 2006, creó la Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT). El SPT tiene el mandato de visitar los lugares donde hay personas privadas de libertad en los Estados Partes. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de la Convención, conocida como comentarios generales sobre temas de interés.

- *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se enfoca en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo el derecho a la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la participación plena y efectiva en la sociedad (2006).*

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de supervisar la convención homónima. Su capacidad de recibir y considerar comunicaciones individuales que aleguen violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención, contempla presentaciones tanto individuales como por grupos de personas. El Comité está compuesto por 18 expertos independientes que se renuevan periódicamente.

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad y las Naciones Unidas en general trabajan para garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a los mismos derechos y oportunidades que las demás personas y promueven la igualdad de trato en todos los ámbitos, incluidas las empresas. Esto implica garantizar que las empresas respeten los derechos de las personas con discapacidad y no las discriminen en el empleo, el acceso a bienes y servicios y en otros aspectos de la vida económica y social.<sup>72</sup>

- *La Convención Internacional para la protección de las personas contra la desaparición forzada define las obligaciones estatales respecto de que sus agentes o personas o grupos que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, priven a una persona de su libertad sin dar a conocer su paradero, impidiendo el ejercicio de sus derechos y libertades básicos (2006).*

El Comité contra la Desaparición Forzada (CED), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas por sus Estados Partes. El Comité está compuesto por 10 expertos independien-

<sup>72</sup>LAWSON, Anna. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New era or false dawn. Syracuse J. Int'l L. & Com., 2006, vol. 34, p. 563.

tes que son personas de alta consideración moral y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos, que actúan a título personal y son independientes e imparciales.

Entre sus responsabilidades específicas puede examinar los informes de los Estados Partes, y formular recomendaciones sobre el asunto de las desapariciones forzadas en el Estado en cuestión. También puede aceptar a trámite las peticiones de acción urgente, recibir las denuncias individuales presentadas por personas que alegaren ser víctimas de violaciones por un Estado Parte y recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone la Convención.

## **b. El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos**

### **B.1 Antecedentes**

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la CADH, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA<sup>73</sup>.

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial y que encuentra un hito en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada unánimemente en la región por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del ser humano en el continente americano, la CADH instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>74</sup>. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la CADH, lo cual sucedió el 22 de mayo de 1979. En el séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, se eligieron por

<sup>73</sup> Segovia Azucas, María Lorena. “La defensa pública en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, Revista Académica la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Asunción, Universidad Nacional, 2018; p. 261-79.

<sup>74</sup> Sobre aspectos de su funcionamiento y decisiones, ver: Monterisi, Ricardo, *Actuación y Procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Platense, La Plata, 2009, p. 637.; Margaroli, Josefina; Maculan, Sergio, *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Cathedra Jurídica, Madrid, 2011, p. 690.

primera vez a los juristas que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte IDH se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

Durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte IDH y, en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. Dicho Reglamento ha tenido diversas modificaciones posteriores<sup>75</sup> en 1991, 1996, 2000, 2003 y el más reciente de 2009<sup>76</sup>.

El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte IDH firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983, que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte IDH, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella.

## **B.2 Instituciones**

### **B.2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

En lo que concierne a la promoción de los derechos humanos, el art. 41 de la Convención le encomienda a la Comisión la función de:

a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América,

b) Formular recomendaciones a los Estados miembros de la OEA para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos,

c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones,

d) Requerir a los gobiernos de los Estados miembros para que le proporcionen información sobre

las medidas que adopten en el campo de los derechos humanos, y

e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los

Estados miembros de la Organización en materia de derechos humanos, y asesorarlos en lo que éstos le soliciten<sup>77</sup>.

Está conformada por 7 Comisionados elegidos por los Estados miembros de la OEA en forma periódica y cuentan con una Secretaría Ejecutiva. La Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es el órgano técnico encargado de apoyar y asesorar a la CIDH en la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas.

<sup>75</sup> Sommer, Christian G. “Las reformas a los sistemas de protección de derechos humanos americano y europeo: avances y claroscuros”, en Pavón Piscitello, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Manifestaciones, violaciones y respuestas actuales*, EDUCC, Córdoba, 2014, p. 59-97.

<sup>76</sup> Cf. Reglamento reformado de la Corte IDH aprobado en LXXXII Período de Sesiones. 19 al 31 de enero de 2009. <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>

<sup>77</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/default.asp>

### **B.2.2. a) Funcionamiento**

Como lo señala la CADH (artículo 51 y 61.1) y su Reglamento (artículo 34,35 y 36) solo la Comisión IDH y los Estados Partes podrán presentar casos ante la Corte IDH.

En el caso de la Comisión IDH, se requiere que haya emitido el informe del artículo 50 de la CADH y transcurrido el plazo otorgado al Estado, considere oportuno elevar la demanda al Tribunal. La Comisión IDH es el órgano regional por el cual tanto Estados como particulares pueden presentar denuncias por violaciones de derechos humanos de los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en la región, principalmente respecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos<sup>78</sup>.

Toda persona que considere se ha cometido una violación sobre algunos de los 7 tratados de derechos humanos vigente o la Declaración Americana de derechos y deberes del Hombre, puede petitionar ante la Comisión IDH cumpliendo en general los requisitos de admisibilidad del artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Capítulo II del Reglamento de la Comisión. Puede este órgano también receptor medidas cautelares por parte de algún peticionario en razón de la urgencia de la situación.

La Comisión elabora informes anuales sobre casos que son admitidos o en alguna circunstancia también efectúa informes temáticos o por países según la gravedad o preocupación por algunos temas de violaciones reiteradas de derechos humanos.

También desde 1990, la Comisión ha creado diversas relatorías especiales<sup>79</sup> para abordar diversos aspectos de interés de la Comisión. De ellas cabe señalar a la denominada Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)<sup>80</sup>, ha venido abordando diversos aspectos sobre el ámbito laboral y sindical como así también el rol de las empresas en el respeto de derechos humanos.

### **B.2.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte IDH está integrada por 7 jueces elegidos por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Esto obedece a lo prescripto en el artículo 52 de la CADH. En el artículo 53 se detalla el procedimiento para la conformación: El Secretario General de la OEA solicita a los Estados partes en la Convención que presenten una lista con los nombres de sus candidatos para Jueces de la Corte IDH.

Cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organiza-

<sup>78</sup> [http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf)

<sup>79</sup> <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/default.asp>

<sup>80</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/jsform/?File=/es/CIDH/r/DESCA/default.asp>

ción.<sup>81</sup> Los Jueces son elegidos a título personal por los Estados Partes, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos (artículo 53), durante la Asamblea General de la OEA inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los Jueces salientes. Gozarán de las inmunidades reconocidas para los agentes diplomáticos mientras permanezcan en su cargo (artículo 70), a la par que no podrán realizar ninguna actividad que pueda llegar a comprometer su independencia o imparcialidad (artículo 71). Los magistrados no pueden conocer casos de su nacionalidad (artículo 55) sin embargo en casos interestatales sí es posible que los Estados nombren un Juez ad-hoc de la nacionalidad de éstos involucrados en el caso en cuestión. Por su parte, se precisarán 5 Jueces para que la Corte IDH entre en sesión (artículo 56).

La Corte IDH tiene dos funciones sustanciales; llamadas competencias consultiva (artículo 64 de la CADH, artículo 2 de su Estatuto, Título III de su Reglamento) y contenciosa (artículos 61-63 de la CADH, artículo 2 de su Estatuto y Título II de su Reglamento). También podrá dictar medidas provisionales, en conformidad con el artículo 63.2 de la CADH.

Como mecanismo para facilitar el acceso a la jurisprudencia de la Corte IDH, el tribunal cuenta con un digesto jurídico on line<sup>82</sup> en el que se puede acceder a fallos por cada artículo de la CADH, o por temas o países. También ha venido publicando en fechas recientes, diversos “Cuadernillos de Jurisprudencia”<sup>83</sup>, donde se encuentra sistematizada su jurisprudencia en temas diversos, como el caso del Cuadernillo 22 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde se incorporan casos de *índole laboral o sindical*.

### **B.2.3.a) Su competencia contenciosa**

En su tarea contenciosa, la Corte IDH puede conocer en casos contra Estados, y juzgar si éstos han violado alguna disposición de la CADH. La legitimidad activa ante la Corte IDH, recae tanto en los Estados como en la Comisión IDH, conforme al artículo 61.

Según Fix Zamudio, el procedimiento contencioso de la Corte IDH “(...) se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana”.

Para que un Estado sea demandado ante la Corte IDH, es necesario que

<sup>81</sup> Al respecto del proceso de selección de magistrados para el tribunal regional, el mismo no está exento de críticas. Véase Salmón, Elizabeth, “The permanent need for a transparent mechanism for the election of the members of the IACHR and the IACtHR”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, no 4, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 1235-1240.

<sup>82</sup> <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm>

<sup>83</sup> <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>



éste, además de haber ratificado la Convención ADH, haya hecho una declaración especial de aceptación de la competencia contenciosa.

De los 35 Estados miembros de la OEA; 25 han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica; y, hasta el momento, sólo 17 de los 25 Estados partes del Pacto, han hecho la declaración de reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte IDH.

Hasta la actualidad la CADH o las normas de funcionamiento de la Corte IDH no permiten que las presuntas víctimas (personas físicas o jurídicas) puedan presentar en forma directa una petición contra un Estado ante la Corte IDH.

Respecto a los casos que son elevados ante su conocimiento, su ingreso al Tribunal no implica que dichos casos sean automáticamente admitidos para su conocimiento. Particularmente en el caso de los casos presentados por la Comisión donde ésta en su procedimiento consideró que se habrían violados derechos enunciados en la CADH y en forma concordantes en otros Tratados de competencia interpretativa de la Corte IDH, el tribunal es independiente para decidir sobre su propia competencia. Como lo ha señalado desde sus primeros casos contenciosos, “(...) es competente para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derribadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los supuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer un caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en que esté envuelta la interpretación o aplicación de la Convención”.

### **B.2.3.b) Su competencia consultiva**

La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se encuentra establecida en los artículos 64 al 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y refiere a la instancia donde, tanto los Estados parte como la propia CIDH, pueden solicitar a la Corte IDH opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en la región americana. A continuación, explicaré dicha competencia citando los artículos pertinentes (Artículo 64). Para que una solicitud siquiera sea considerada, debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 65, que plantea un texto escrito, motivado y que detalle el objeto de la consulta.

Una vez recibida la solicitud, considerará su admisibilidad. Para ello, evaluará si la solicitud se refiere a cuestiones relacionadas con sus atribuciones y si ha sido presentada por una entidad competente. La Corte decidirá si admite o rechaza la solicitud, conforme al artículo 66. En caso que acepte, convocará a una audiencia pública en la que las partes interesadas podrán presentar sus

argumentos y pruebas. La Corte realizará un análisis exhaustivo de la cuestión planteada y emitirá su opinión consultiva (artículo 67), pudiendo incluso abrir el procedimiento para una mayor participación de todas la “voces” que pudieran verse afectadas en un caso o tener un interés colectivo en sus aportes a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, es que el Reglamento de la Corte IDH explicita en su artículo 44 cómo se habrá de proceder para el planteo de un *amicus curiae* ante la jurisdicción. Incorporando ya en el Reglamento de 2009 el uso de las nuevas tecnologías, habilita expresamente la presentación por medios electrónicos de esta participación de terceros no Partes.

Expresamente regula su presentación en casos contenciosos, así como en los procedimientos de supervisión de sentencias y de medidas provisionales.

Aunque el Reglamento se mantiene en silencio sobre la definición expresa de *amici curiae* en casos de Opiniones Consultivas; cabe señalar que las disposiciones del artículo 73.3 se permiten inferir tal práctica procesal, al indicar que la Presidencia de la Corte IDH (...) podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

En una Opinión Consultiva, el tribunal internacional no atribuye responsabilidades a partir de una probada violación de derecho, pero no por eso, carecen de fuerza legal. El artículo 68 de la Convención señala que las mismas son vinculantes para los Estados miembros de la OEA y para los órganos de la propia OEA.

# EXPLORANDO LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO LABORAL: UN ANÁLISIS BREVE

Por Carlos Alcazar<sup>84</sup>

## ABSTRACT

El presente artículo ofrece un análisis breve sobre la operatividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ámbito del derecho laboral. A través de un enfoque conciso, se examina la manera en que este sistema internacional de protección de los derechos humanos se aplica y tiene impacto en las cuestiones laborales. Se exploran las normas y mecanismos interamericanos relevantes, así como las decisiones y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los derechos laborales.

En este sentido, se realiza un breve análisis del caso “Fontevicchia”, el cual aborda la obligatoriedad en el plano interno de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este caso emblemático ha generado importantes debates en cuanto a la implementación y acatamiento de las resoluciones de la Corte por parte de los Estados miembros. Se examina el impacto de esta jurisprudencia en el ámbito laboral y se reflexiona sobre los desafíos y oportunidades que representa para la protección de los derechos de los trabajadores.

Este estudio proporciona una visión general de la importancia y el alcance del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la protección de los derechos laborales, brindando una base sólida para comprender su funcionamiento en este ámbito específico, incluyendo la relevancia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad en el plano interno.

**SUMARIO.** I. Introducción. II. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. El impacto del

<sup>84</sup> Abogado laboralista, egresado de la UNC. Docente de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Docente invitado de la Facultad de Derecho, UNC. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad Castilla La-Mancha-España y por la UNC. Diplomado en relaciones laborales, RR.HH. y R.S.E., UNC. Doctorando Facultad de Derecho, UNC. Contactos. <https://www.linkedin.com/in/carlos-a-78b88457/>; y [alcazarcarlos.e@gmail.com](mailto:alcazarcarlos.e@gmail.com)

precedente “Fontevicchia” en la obligatoriedad interna de las decisiones de la CorteIDH en América. IV. Conclusiones.

## I. Introducción<sup>85</sup>

Dentro de la Cátedra de Derechos Humanos de la U.N.C., se enseña que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante también “SIDH”) es el marco utilizado para la promoción y protección de los derechos humanos. Este sistema proporciona un recurso a los habitantes de América que han sufrido violaciones de sus derechos humanos por parte del Estado.

Sostienen Badilla y Bonilla que, en el escenario de la política internacional, la Segunda Guerra Mundial marcó un punto de inflexión trascendental que revitalizó el multilateralismo, una corriente que había sido iniciada con el Congreso de Viena en 1815 y que había alcanzado su apogeo y declive con la efímera Liga de las Naciones, surgida del histórico Tratado de Versalles en 1919. Fue en este contexto de renacimiento que surgieron las nuevas organizaciones internacionales, destacando entre ellas la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>86</sup>.

Aunque en términos históricos la ONU precedió a la OEA, en lo que respecta a su contribución específica en el ámbito de los derechos humanos, esta última sentó las sólidas bases y proporcionó los antecedentes necesarios para el reconocimiento jurídico del trabajo como un derecho humano fundamental. Sobre ello, merece la pena mencionar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también, “DADDH”), en su art. XIV reconoció que “Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.

Así las cosas, podemos decir que el SIDH se inició oficialmente con la aprobación de DADDH en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948. En esa misma conferencia también se adoptó la Carta de la OEA (en adelante, “la Carta”), que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en los que se basa la Organización<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Organización de los Estados Americanos. (s.f.). ¿Qué es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)? Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Fecha de consulta: 10/08/2023).

<sup>86</sup> BADILLA, Ana Elena; URQUILLA BONILLA, C. R. El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. IIDH. ps. 189/208. Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf> (Fecha de consulta: 01/03/2023).

<sup>87</sup> La Carta ha experimentado reformas significativas a lo largo de los años para adaptarse a los cambios

Actualmente, en el aula se enseña el tradicional esquema del SIDH, que cuenta con los siguientes órganos:



Establecido lo anterior, la presente entrega se centrará en los dos órganos centrales del SIDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión” o “CIDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “CorteIDH”), pero sin perder de vista los instrumentos regionales que abordan su competencia, pudiendo mencionar como centrales los siguientes:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>88</sup> resultó ser el primer instrumento internación de derechos humanos de carácter general (ocho meses después de su adopción, la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos), en donde se establece que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como

y desafíos en la región. Así en 1967 -durante la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Buenos Aires- y en 1985 –mediante el “Protocolo de Cartagena de Indias”- se produjeron importantes modificaciones; sin embargo, a criterio quien relata, el Protocolo de Washington (de 1992) incorporó modificaciones sustanciales en la Organización, adicionando como propósitos: promover, mediante la acción cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural de los Estados Miembros y ayudar a erradicar la pobreza extrema en el Hemisferio.

Estas reformas reflejan el compromiso de la OEA de adaptarse a las necesidades cambiantes de los Estados miembros y de abordar los desafíos socioeconómicos que enfrenta la región. Al promover el desarrollo y la lucha contra la pobreza, la Organización busca fortalecer la cooperación entre los países y garantizar un crecimiento sostenible e inclusivo en el hemisferio.

<sup>88</sup> Adoptada el 02/05/1948.

fundamento los atributos de la persona humana”. Tanto la Comisión como la Corte han determinado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, actualmente la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA<sup>89</sup>.

- La Carta de la OEA<sup>90</sup>, el tratado interamericano que crea a la OEA y establece a la CIDH como un órgano principal de dicha organización, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)<sup>91</sup>, que con su entrada en vigor incrementó la efectividad de la Comisión, estableciendo una CorteIDH y modificando la naturaleza jurídica de los instrumentos con los que estructura su institución. A la fecha de publicación del presente trabajo, 24 de los 35 Estados Miembros de la OEA han ratificado el Pacto San José de Costa Rica<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Véase CIDH, Resolución N° 3/87, Caso 9647, James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos de América), Informe Anual 1986-1987, 22 de septiembre de 1987, párr. 46-49; CIDH, Informe N° 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra (Estados Unidos de América), Informe Anual 2000, 4 de abril de 2001; Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10, párr. 35-45. Véase también el art. 20 del Estatuto de la CIDH.

<sup>90</sup> Adoptada en Bogotá el 30/04/1948, entrando en vigor el 13/12/1941. Ratificada por la Argentina por ley 12.838 de fecha 03/09/1945, aunque el 10/04/1956 depositó el instrumento de ratificación.

<sup>1a</sup> Carta fue reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

<sup>91</sup> Adoptada el 22/011/1959, entrando en vigor el 18/07/1978. Ratificada por Argentina a través de ley 23.054 (B.O. 27/03/1984). Tiene jerarquía constitucional otorgada por el artículo 75, inciso 22), que fuera incorporado por la reforma constitucional de 1994. Esta jerarquía fue ratificada por la CSJN en autos “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa N° 32/93” (Fallos: 318:514). Como consecuencia de ello, las cláusulas constitucionales y las de dicha convención tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (Fallos 319:3148 y 3241, votos de la mayoría y concurrentes).

<sup>92</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa, Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. No ratificaron: Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_)

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>93</sup>, que constituye el instrumento adicional a la Convención Americana en derechos económicos, sociales y culturales, puesto que el art. 77 de la Convención Americana permite la adopción de protocolos con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección otros derechos y libertades. Vale destacar que el principal avance que introdujo el Protocolo, por lo menos en materia laboral, fue introducido en el Art. 6.1 que reza: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)<sup>94</sup>, que define en detalle las formas de violencia contra la mujer, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica basada en su género, ya sea que ocurra en el ámbito público o privado, y establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, además de todos los derechos humanos consagrados por los instrumentos regionales e internacionales. Asimismo, en este instrumento los Estados partes acordaron condenar todas las formas de violencia contra la mujer e investigar, enjuiciar y sancionar tales actos de violencia, debiendo adoptar tanto políticas como medidas específicas orientadas a prevenirlos, sancionarlos y erradicarlos<sup>95</sup>.

## II. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el ámbito del derecho del trabajo en América, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos

---

convencion\_americana\_sobre\_derechos\_humanos\_firmas.htm (Fecha de consulta: 10/08/2023).

<sup>93</sup> Adoptada el 17/11/1988, entrando en vigor el 16/11/1999. Ratificado por Argentina a través de ley 24.658 (B.O. 17/07/1996), depositando el instrumento con fecha 23/10/2003. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> (Fecha de consulta: 10/08/2023). El Protocolo se diferencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es un tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (mediante la Resolución 2200A (XXI), del 16/12/1966, entrando en vigor con fecha 03/01/1976).

<sup>94</sup> Adoptada el 09/06/1994, entrando en vigor el 05/03/1995. Ratificada por Argentina a través de ley 24.632 (B.O. 09/04/1996).

<sup>95</sup> Como ejemplo de esto podemos mencionar la ley 27.499 (“ley Micaela”, B.O. 10/01/2019), que estableció la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/iaf/genero-y-diversidad/ley-micaela#> (Fecha de consulta: 10/08/2023).

Humanos (CorteIDH), que desempeñan un papel fundamental en la protección y promoción de los derechos laborales. Estas instituciones tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos en los Estados miembros.

De esta forma, la importancia de la CIDH y la CorteIDH en el derecho del trabajo radica en su capacidad para garantizar la protección de los derechos laborales y promover estándares internacionales en la región. A través de su labor de supervisión, investigación y resolución de casos, estas instituciones contribuyen a fortalecer la justicia y la igualdad en el ámbito laboral, así como a prevenir y sancionar violaciones de derechos humanos.

En las siguientes líneas abordaremos los dos órganos de protección del SIDH.

### **A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

A través de su labor de monitoreo, investigación y promoción, la CIDH examina las denuncias (llamadas peticiones) de violaciones de derechos humanos, incluyendo aquellas relacionadas con el ámbito laboral. En función de ello la Comisión emite informes, recomendaciones y medidas cautelares para garantizar la protección de los derechos laborales en los Estados miembros.

Como principal antecedente podemos mencionar a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, en la cual se adoptaron importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. La Declaración de Santiago determinó que “la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas” y declaró que “los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”<sup>96</sup>. Esta resolución consideró “indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Con tal propósito, en dicha resolución se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “proyecto de Convención sobre derechos humanos ... [y] el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos”.

---

<sup>96</sup> Véase la Declaración de Santiago de Chile adoptada con motivo de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Doc. OEA/Ser.C/II.5, ps. 4/6; disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCActas.asp>.



Conforme a ello, el Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión con fecha 25/05/1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de dicho año. Seguidamente, en el año 1961, la CIDH comenzó a realizar visitas a varios países para observar in situ la situación de derechos humanos. En dicha oportunidad los Ministros de Relaciones Exteriores recomendaron al Consejo de la OEA la reforma del Estatuto de la CIDH con el objetivo de ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades de manera que le permitiera llevar a cabo eficazmente la tarea de promoción del respeto a los derechos humanos en el Hemisferio<sup>97</sup>; sin embargo, en noviembre de 1965 la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, resolvió modificar el Estatuto original, ampliando las funciones y facultades de la Comisión<sup>98</sup>.

Posteriormente, en abril de 1966, la Comisión modificó su Estatuto, siendo la principal modificación la facultad de examinar peticiones individuales y, en tal marco, realizar recomendaciones concretas a los Estados miembros<sup>99</sup>.

Con la adopción del Protocolo de Buenos Aires de 1967, primera reforma de la Carta de la OEA, la CIDH se instituyó en uno de los principales órganos de la OEA. Con forme a tal reforma, la Carta de la OEA indica que mientras entrara en vigor la Convención Americana, se le asignaba a la CIDH la función de velar por la observancia de dichos derechos (conf. art. 145).

La reforma de la Carta entró en vigor en 1970, establece en su Artículo 106 que: “Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

El Estatuto que rige actualmente el funcionamiento de la Comisión fue aprobado en el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (La Paz, Bolivia, 1979). Allí se dispuso que la CIDH -y no las y los Comisionados/as- es la que representa a todos los Estados miembros de la OEA, está integrada por siete personas elegidas a título personal por la Asamblea General de la Organización y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

<sup>97</sup> Véase el texto completo del Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Punta del Este, Uruguay, 22 a 31 de enero de 1962, Doc. OEA/Ser.C/II.8, ps. 16/17; disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCactas.asp>

<sup>98</sup> Véase la Resolución XXII “Ampliación de las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, aprobada por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, Brasil, 1965, en CIDH, Informe Anual 1976, OEA/Ser.L/VII.40, doc. 5 corr.1, 10 marzo 1977, sección primera, disponible en Internet: [www.cidh.org](http://www.cidh.org). Ver texto completo en el Acta Final de la Segunda Conferencia, Documentos Oficiales OEA/Ser.C/I. 13, 1965, ps. 33/35.

<sup>99</sup> CIDH, Informe sobre la labor desarrollada durante el 13º Período de Sesiones del 18 al 28 de abril de 1966, OEA/Ser.L/V/II.14, doc. 35, 30 de junio de 1966, págs. 26 y 27.

Los comisionados duran en su mandato cuatro años, renovables por un solo periodo. La directiva de la Comisión está compuesta por un cargo de Presidente/a, Primer/a Vicepresidente/a y Segundo/a Vicepresidente/a, con un mandato de un año, pudiendo ser respectivamente reelegidos/as una sola vez en cada período de cuatro años.

La función principal de la CIDH es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas, incluyendo los derechos laborales. Su competencia se distingue en: a) Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana, en donde la competencia de la Comisión se basa en las disposiciones de la Carta de la OEA y la práctica de la CIDH; b) Estados partes en la Convención Americana, en donde la competencia de la Comisión emana de dicho instrumento<sup>100</sup>.

Sobre la base de sus competencias<sup>101</sup>, la CIDH ha emitido numerosos informes, resoluciones y recomendaciones sobre derechos sociales y laborales en el continente americano. Estos informes abordan temas como la protección de los derechos de los trabajadores, la igualdad de género en el ámbito laboral, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, entre otros. Además, la CIDH ha establecido mecanismos especiales para monitorear la situación de los derechos sociales y laborales en los Estados miembros de la OEA. Estos mecanismos incluyen las visitas in loco, las audiencias temáticas y las peticiones individuales<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Respecto de los Estados que han ratificado la Convención Americana, el procedimiento de peticiones y casos individuales se rige por lo establecido en los Artículos 44 a 51 de la Convención Americana, el Artículo 19 del Estatuto y los Artículos 26 a 49 del Reglamento. Respecto de los Estados que no son parte de la Convención Americana, la Comisión examina la responsabilidad internacional de los Estados de la OEA con base en la Declaración Americana, y se encuentra facultada para ello por la Carta de la OEA. Respecto de estos Estados, el procedimiento ante la Comisión se rige de conformidad con los Artículos 28 al 44, 47 al 49, 51 y 52 de su Reglamento y el Artículo 20 de su Estatuto.

<sup>101</sup> Dentro de las funciones que ejerce la Comisión encontramos: 1) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado; 2) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado miembro, cuando lo considera apropiado; 3) Realiza visitas in loco a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica; 4) Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Hemisferio; 5) solicita a los Estados Miembros que adopten “medidas cautelares”, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes; 6) presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos; 7) solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana (art. 64 de la Convención); 8) recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana (art. 45 de la Convención).

<sup>102</sup> La Comisión ha intervenido en varias ocasiones en Argentina para monitorear y analizar la situación de los derechos sociales y laborales en el país. Algunos ejemplos son: 1) Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina (2019), en donde la CIDH emitió un informe en el cual se abordaron

## **B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

CorteIDH es el órgano judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su función principal es conocer y resolver casos contenciosos presentados por individuos, organizaciones no gubernamentales y Estados. La Corte emite sentencias que son vinculantes para los Estados parte que han aceptado su competencia contenciosa, y sus decisiones contribuyen a establecer precedentes importantes en el ámbito del derecho del trabajo.

Sus antecedentes se remontan a la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948, se adoptó la Resolución XXXI, conocida como “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”. En esta resolución se reconoció la importancia de garantizar la protección de los derechos humanos a través de un órgano jurídico competente, ya que ningún derecho puede estar asegurado sin el respaldo de un tribunal adecuado.

Posteriormente, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959, que dio origen a la CIDH, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la tarea de elaborar un proyecto para la creación de una “Corte Interamericana de los Derechos Humanos” y otros órganos necesarios para proteger y hacer cumplir estos derechos. Este antecedente sirvió de ase para que la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1969; sin embargo, el tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que el tratado entró en vigor en 1978.

Durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA en mayo de 1979, los Estados partes en la Convención Americana eligieron a los primeros siete jueces de la Corte. La Corte fue oficialmente instalada en su sede en San José, Costa Rica el día 03/09/1979, y su Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, mediante la Resolución N° 448<sup>103</sup>.

La integración de la CorteIDH es de siete jueces, seleccionados individualmente entre juristas de alta autoridad moral y reconocida competencia en

---

diversos temas, incluyendo los derechos laborales. Se destacaron preocupaciones sobre la protección de los derechos de los trabajadores, la situación de los sindicatos y la falta de cumplimiento de las normas laborales. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/ia2019intro-es.pdf> (Fecha de consulta: 01/09/2023). 2) Visita in loco a Argentina: En 2017, la CIDH realizó una visita in loco al país para evaluar la situación de los derechos humanos en general, incluyendo los derechos laborales. Durante la visita, se llevaron a cabo reuniones con representantes del gobierno, organizaciones de la sociedad civil y trabajadores para recabar información y evaluar la situación. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/098.asp> (Fecha de consulta: 01/09/2023).

<sup>103</sup> Durante su Tercer Período de Sesiones, que tuvo lugar del 30 de julio al 9 de agosto de 1980, la Corte finalizó los trabajos sobre el Acuerdo Sede negociado con Costa Rica. Este acuerdo, ratificado por el Gobierno de Costa Rica, establece las inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces y su personal, así como de las personas que comparecen ante ella.

materia de derechos humanos, que cumplan con los requisitos necesarios para ejercer funciones judiciales de alto nivel, de acuerdo con las leyes del Estado del cual son nacionales o del Estado que los propone como candidatos. Los jueces de la Corte son elegidos para un mandato de seis años y solo pueden ser reelegidos una vez. La Corte elige a su Presidente y Vicepresidente por un período de dos años, y pueden ser reelegidos.

Según el Artículo 1 del Estatuto de la Corte, esta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para cumplir con este objetivo, la Corte tiene dos funciones:

1) La función jurisdiccional (arts. 61 a 63 de la Convención Americana) se refiere a que solo la Comisión y los Estados partes en la Convención Americana que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte pueden someter un caso relacionado con la interpretación o aplicación de la Convención, siempre y cuando se haya agotado el procedimiento ante la Comisión, según lo establecido en los Artículos 48 a 50 de dicho instrumento. Para que un caso contra un Estado parte pueda ser presentado ante la Corte, el Estado debe reconocer la competencia de la Corte. La declaración de reconocimiento de competencia puede ser incondicional para todos los casos, o condicionada por reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico. A la fecha de publicación de este artículo veinte de los países que han ratificaron la Convención Americana reconocieron la competencia contenciosa de la Corte<sup>104</sup>.

2) La función consultiva (conf. art. 64 de la Convención Americana) permite que cualquier Estado miembro de la Organización consulte a la Corte sobre la interpretación de la Convención u otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Este derecho de consulta también se extiende, en lo que les corresponde, a los órganos enumerados en el Artículo 53 de la Carta de la OEA. Además, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización, la Corte puede emitir opiniones sobre la compatibilidad entre las leyes internas de dicho Estado y los tratados relacionados con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, de acuerdo con el referido art. 64.

En cuanto a la función jurisdiccional de la CorteIDH en materia laboral, cabe destacar el relevante Caso Perrone y Preckel vs. Argentina del año 2019. En dicho caso, la CorteIDH emitió un pronunciamiento trascendental en relación al deber de motivar y al derecho a la protección judicial, así como a la

---

<sup>104</sup> Los países que reconocieron la competencia contenciosa de la CorteIDH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm) (Fecha de consulta: 14/08/2023).

garantía de plazo razonable en reclamos administrativos y judiciales de índole laboral. En su fallo, la Corte determinó que se había violado el artículo 8 de la Convención Americana en relación a esta última garantía<sup>105</sup>.

### **III. El impacto del precedente “Fontev ecchia” en la obligatoriedad interna de las decisiones de la Corte IDH en América**

Para abordar esta temática seguiremos el trabajo de Arletazz, quien realizó un análisis comparativo exhaustivo de la problemática. De esta manera, sugerimos al lector -que desee profundizar en la cuestión- la lectura del material citado<sup>106</sup>. En el ámbito interno, la obligatoriedad de las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se establece en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual reza: “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Aunque se puede debatir sobre los efectos más amplios que pueden tener las sentencias interamericanas, es innegable que al menos son obligatorias para el Estado condenado y en el caso específico.

Un ejemplo que ilustra esta obligatoriedad es el caso del ex presidente Carlos Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontev ecchia y Héctor D’Amico, el que nos proponemos a analizar. Con fecha 25/09/2011, la Corte Suprema de Justicia de Argentina confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la cual había fallado a favor de Menem en una demanda por daños y perjuicios<sup>107</sup>, con basamento en la difusión de notas periodísticas que alegaban la existencia de un hijo no reconocido por Menem, lo cual se consideró una violación a su derecho a la intimidad<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Corte IDH, Perrone y Preckel vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de octubre de 2019.

<sup>106</sup> ARLETTAZ, Fernando Emmanuel. La obligatoriedad en el plano interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lecciones y ensayos [en línea]. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Buenos Aires. 2017. ISSN: 0024-0079. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/73134> (Fecha de consulta: 20/03/2023).

<sup>107</sup> CSJN, Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S. A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario, Fallos 324:2895 (2001).

<sup>108</sup> Tras cumplir con la sentencia económica del fallo, Fontev ecchia, D’Amico y la Asociación de Periodistas llevaron el caso al sistema interamericano, argumentando que la sentencia de la CSJN había vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, tal como lo establece el art. 13 de la Convención Americana. El 29/11/2011, la Corte IDH emitió una sentencia condenando al Estado argentino por violación a la libertad de expresión, y ordenó “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontev ecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias”. Ante esta situación, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto envió un oficio a la Corte Suprema Argentina, informando sobre el pedido realizado por la Secretaría de Derechos Humanos para que se cumpla, en la medida correspondiente y de acuerdo con su competencia, la sentencia de la Corte Interamericana; sin embargo, en febrero de 2017, la CSJN rechazó la solicitud del Poder Ejecutivo de dejar sin efecto la sentencia que ella misma había dictado en 2001 (referida como Fontev ecchia), la cual ya había adquirido autoridad de cosa juzgada. Esto implica que la sentencia de 2001 mantiene sus efectos en el ámbito interno, conservando

La decisión mayoritaria de la Corte Suprema argumentó que las sentencias interamericanas solo son obligatorias si la Corte IDH actúa dentro de sus competencias, lo cual no ocurrió en este caso, y si esas sentencias no vulneran los principios de derecho público establecidos en la Constitución, lo cual -a criterio de los Supremos argentinos- sí sucedió.

Esta sentencia de 2017 en el caso *Fontevicchia* revela una tensión difícil de resolver entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. No es la primera vez que se enfrentan a esta situación, ya que en casos anteriores la Corte argentina también ha tenido que lidiar con solicitudes de modificación de sus sentencias anteriores debido a la existencia de una condena interamericana contra el Estado argentino.

En el caso “*Cantos*”<sup>109</sup>, la CSJN debía resolver una solicitud del Procurador del Tesoro para que se cumpliera con una sentencia interamericana que declaraba que el Estado argentino había violado los derechos del señor Cantos en relación con el acceso a la justicia. La Corte Interamericana había ordenado varias medidas, incluyendo la abstención del Estado de cobrar al señor Cantos la tasa de justicia devengada en un proceso previo, la fijación de honorarios razonables para los profesionales que debían asumir el señor Cantos en ese proceso, el pago de los honorarios de los peritos y abogados del Estado en ese proceso, y el levantamiento de los embargos y la inhibición general contra Cantos; no obstante ello, la Corte Suprema argentina rechazó el pedido para hacer efectiva esa condena en el ámbito interno. Según el voto mayoritario, la intervención judicial no era necesaria para cumplir con algunas de las medidas ordenadas, y el cumplimiento de otras medidas vulneraría los derechos de los profesionales que habían participado en el proceso previo y cuyos honorarios ya habían sido establecidos por una sentencia interna firme.

Si bien las razones de ambas decisiones son parcialmente diferentes, el resultado es el mismo en ambos casos: el Poder Ejecutivo solicita a la Corte Suprema que haga efectiva una sentencia interamericana y esta deniega la solicitud; sin embargo, entre los casos *Cantos* y *Fontevicchia*, hubo otros dos precedentes en los que la CSJN adoptó una decisión opuesta, dejando sin efecto sentencias internas, incluso de su propia autoridad, debido a una sentencia interamericana.

En el caso “*Espósito*”, la Corte Suprema de Justicia de Argentina aceptó un recurso extraordinario presentado por el Ministerio Fiscal para revocar la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la

---

su fuerza como precedente y evitando que el Estado argentino pueda repetir contra Menem los pagos de indemnización impuestos por la Corte Interamericana

<sup>109</sup> Corte IDH, *Cantos vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, nro. 97.

capital, que había declarado prescrita la acción penal contra Espósito. En este caso, mientras el proceso penal aún estaba en curso a nivel interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia contra Argentina en relación con los mismos hechos que dieron origen al proceso interno, y ordenó que Argentina no aplicara la prescripción en ese caso (caso Bulacio)<sup>110</sup>. Por lo tanto, a diferencia de los dos casos anteriores, no era el Poder Ejecutivo quien solicitaba que la Corte Suprema dejara sin efecto una sentencia firme, sino que era el Ministerio Fiscal quien pedía que la Corte Suprema tuviera en cuenta la sentencia interamericana y resolviera el recurso extraordinario de acuerdo con lo indicado por ella. La Corte Suprema argentina así lo hizo<sup>111</sup>.

Posteriormente la CSJN adoptó el mismo enfoque y, en el destacado precedente “Derecho”<sup>112</sup>, dictaminó la reapertura de un proceso penal que había sido cerrado debido a la prescripción. Esta trascendental decisión se fundamentó en el hecho irrefutable de que la Corte IDH había sentenciado que la prescripción no podía ser aplicada en ese caso en particular. Dicha conclusión había sido alcanzada por la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves”<sup>113</sup>, en el cual Argentina había sido condenada. A raíz de esta condena, el demandante en el caso Derecho presentó una solicitud de aclaratoria (que la Corte argentina consideró como una solicitud de revocatoria) con el objetivo de dejar sin efecto la sentencia previa de la propia Corte Suprema (a diferencia del caso Espósito, en este caso la sentencia ya era definitiva).

A diferencia de los casos “Cantos” y “Fontevicchia”, en los casos “Espósito” y “Derecho”, la Corte Suprema emitió una sentencia específica entendiendo que estaba obligada a ajustar sus decisiones a las sentencias interamericanas. Procedió de esta manera incluso cuando algunos de sus miembros aclararon que no estaban de acuerdo con el fondo de la decisión que estaban tomando, pero que lo hacían debido a la sentencia interamericana. Por el contrario, en los casos “Cantos” y “Fontevicchia”, la CSJN adoptó una posición dualista: no negó que la condena de la Corte Interamericana fuera plenamente obligatoria para el Estado argentino a nivel internacional, pero afirmó que solo traduciría la sentencia interamericana al ámbito interno argentino si, de acuerdo con su interpretación del derecho interamericano y argentino, era correcto hacerlo<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Corte IDH, Bulacio vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, nro. 100.

<sup>111</sup> CSJN, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa–Bulacio, Walter David, Fallos 327:5668 (2004).

<sup>112</sup> CSJN, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal – causa no. 24079, Fallos 334:1504 (2011).

<sup>113</sup> Corte IDH, Bueno Alves vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, nro. 164.

<sup>114</sup> Sobre ello, según Arletazz explicó que “La posición dualista que se deja traducir en Cantos y en Fontevicchia funciona de la siguiente manera. La Corte Interamericana, al dictar sentencia, se remite

Analizada los antecedentes mencionados, según Arletazz, si las soluciones a las que llegan la CorteIDH y la CSJN son materialmente similares, no hay conflicto, o solo hay un conflicto de justificaciones (ambos órganos llegan a la misma conclusión utilizando reglas diferentes); sin embargo, si las soluciones son materialmente diferentes, el conflicto se hace evidente. Esto, según el autor, fue lo que ocurrió en los precedentes “Cantos” y “Fontevicchia”: La Corte Interamericana afirmó que se debía dejar sin efecto una sentencia interna porque era contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, mientras que la Corte Suprema argentina respondió que dejar sin efecto la sentencia sería contrario a la Constitución argentina.

En “Fontevicchia” el voto mayoritario de la CSJN argumentó que la Corte Interamericana es una instancia subsidiaria y no una cuarta instancia que pueda dejar sin efecto las sentencias de los tribunales nacionales. Por otro lado, la Corte Nacional sostuvo que la Corte Interamericana no tiene, en virtud de la Convención Americana, competencia concreta para ordenar que se deje sin efecto una sentencia interna<sup>115</sup>.

Llegado a este punto, nos preguntamos en qué estado está el caso “Fontevicchia”, pues el 14/02/2017, la Corte Suprema emitió el fallo “Ministerio”<sup>116</sup> en respuesta a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”. En este fallo, la Corte adoptó la con respecto al valor de los pronunciamientos de los organismos jurisdiccionales internacionales cuando ordenan la anulación de decisiones adoptadas en la justicia nacional. Aclamando que estos tribunales no constituyen una cuarta instancia, la Corte Suprema argentina afirmó que revocar una sentencia propia anterior, que ya había adquirido autoridad de cosa juzgada, era jurídicamente improcedente.

---

al instrumento del que surge su competencia para dictar esa sentencia (la Convención Americana) y determina, a partir de ese instrumento, cuáles son las fuentes de derecho que debe aplicar y cuál es el orden de jerarquía de esas fuentes. A eso añade, luego, su particular interpretación de esas fuentes, considerando además que ella es el intérprete último de la Convención Americana. La Corte Suprema argentina, al dictar sentencia, hace lo mismo: se remite al instrumento del que se deriva su competencia (la Constitución) y determina, a partir de ese instrumento, cuáles son las fuentes de derecho que debe aplicar y cuál es el orden de jerarquía de esas fuentes. A eso añade, de la misma manera que el órgano internacional, su particular interpretación de esas fuentes, considerando además que ella es el intérprete último de la Constitución”. ARLETAZZ op. cit. ps. 5/6.

Comienzo del título y página. En Revistas: PEREZ, Juan, “La ideología final”, Revista de Filosofía, Legos, Córdoba, 2000, p. 2

<sup>115</sup> Así concluye Arletazz que la posición que acepta la obligatoriedad en principio de las sentencias interamericanas utiliza tres argumentos para justificar que, en algunos casos, el juez interno puede no cumplir con la sentencia interamericana (con mayor énfasis en uno u otro según la sentencia y el voto en cuestión): el argumento de la falta de competencia de la Corte Interamericana, el argumento de la incorrecta aplicación de la Convención Americana y el argumento de la contradicción de la sentencia con la Constitución. ARLETAZZ op. cit. p. 10.

<sup>116</sup> CSJN. Ministerio de relaciones Exteriores y culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de derechos Humanos. Sentencia del 17/02/2017. Id SAIJ: FA17000003.



Los representantes de la víctima denunciaron el incumplimiento por parte del Estado argentino, lo que llevó a la CorteIDH a convocar una audiencia con las autoridades estatales y la Comisión Interamericana. Durante esta audiencia, el Estado argumentó que, en virtud del principio de separación de poderes, era responsabilidad de la Corte Suprema argentina resolver este asunto, ya que implicaba la intervención en un expediente judicial.

Corte Interamericana se concluyó, 18 de octubre de 2017, que el Estado no había cumplido con las medidas de reparación ordenadas y se ordenó su cumplimiento. Además, la Corte aclaró que su fallo sería definitivo e inapelable, y tendría los efectos de “autoridad de cosa juzgada internacional”. También se enfatizó que “dejar sin efecto” no era sinónimo de “revocar”, y se sugirió que el Estado podría adoptar otro tipo de acto jurídico para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada.

En diciembre de 2017, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz consideraron que la interpretación formulada por la Corte Interamericana era coherente con su decisión de febrero del mismo año. Por lo tanto, ordenaron que se consignara junto a la decisión que la sentencia en cuestión “fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana”.

En el transcurso del año 2018, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto 595/18, que ordenó el pago en efectivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana. El monto a pagar ascendía a U\$S 21.770 en concepto de gastos y costas, además de \$209.599,66, más los intereses y actualizaciones correspondientes. Sin embargo, el 11/03/2020, la Corte Interamericana volvió a pronunciarse, señalando que el Estado argentino no había cumplido en su totalidad con las medidas ordenadas. Se argumentó que, si bien el Estado había dejado sin efecto la condena civil impuesta a las víctimas, no había reintegrado las sumas de dinero abonadas ni las costas del proceso establecidas en el ámbito internacional<sup>117</sup>.

#### **IV. Conclusiones**

Es importante reconocer que los derechos humanos laborales son fundamentales para garantizar la dignidad y el bienestar de los trabajadores. Sin

<sup>117</sup> La CorteIDH a través de Resolución de fecha 11/03/2020, sostuvo que la anotación hecha en la sentencia civil condenatoria de 25 de septiembre de 2001 es “suficiente para declarar el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D’Amico”; no obstante ello, expuso que quedó pendiente el reintegro de las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil, como también el pago de gastos y costas fijados por la Corte en la suma de u\$s 7.000 para cada una de las víctimas y u\$s 7.770 para sus representantes legales. Por tal motivo, la Corte Interamericana resolvió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento en relación a las medidas de reparación pecuniarias. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia\\_11\\_03\\_20.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_11_03_20.pdf) (Fecha de consulta: 13/08/2023).

embargo, en ocasiones, se producen conflictos entre las decisiones de los tribunales internacionales y las decisiones de los tribunales nacionales en relación con estos derechos. A continuación, se presentan algunas consideraciones relevantes al respecto:

1) Las sentencias de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen carácter vinculante y deben ser cumplidas por los Estados, incluyendo en materia de derechos humanos laborales. En el plano internacional, porque el art. 68 de la Convención Americana les otorga esa fuerza vinculante y la Argentina está obligada a cumplir ese tratado. En el plano interno, porque incluso si se adopta una postura radicalmente dualista que prescinde del art. 68 de la Convención Americana en sí mismo, resulta que tal artículo tiene jerarquía constitucional (art. 75.22 de la Constitución).

2) Es esencial que los tribunales nacionales asuman que las sentencias de los tribunales internacionales han sido emitidas dentro de sus competencias. Al igual que los particulares deben suponer que las sentencias de cualquier juez nacional han sido dictadas dentro de sus competencias, los tribunales nacionales deben asumir que las sentencias de los tribunales internacionales se han emitido dentro de las suyas. Ahora bien, en el caso “Fontevicchia” la Corte Interamericana no está actuando como una cuarta instancia en ejercicio de funciones judiciales argentinas, de la misma manera que no actúa en ejercicio de funciones legislativas argentinas cuando ordena al Estado argentino que modifique su legislación interna en algún determinado aspecto.

3) Debemos tener presente que las posibles consecuencias del incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH pueden incluir la pérdida de confianza en el SIDH, la erosión de la credibilidad de los Estados incumplidores a nivel internacional, y la imposición de sanciones o medidas punitivas por parte de la comunidad internacional. Además, el incumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana puede tener un impacto negativo en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, socavando el estado de derecho y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4) Para abordar estos incumplimientos, existen mecanismos de supervisión y seguimiento por parte de organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Estos mecanismos pueden emitir recomendaciones y brindar asistencia técnica a los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales.

5) Es fundamental que los Estados demuestren voluntad política para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos laborales. Esto implica adoptar medidas legislativas y políticas adecuadas, así como garantizar una efectiva implementación y supervisión de los derechos

laborales en el ámbito nacional.

6) Es importante destacar que la OEA y la CIDH tienen mecanismos para abordar estos incumplimientos, como la supervisión y el seguimiento de las decisiones, así como la posibilidad de presentar informes y recomendaciones a los Estados miembros. Sin embargo, la efectividad de estas medidas depende en gran medida de la voluntad política de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En resumen, los derechos humanos laborales deben ser respetados y protegidos tanto a nivel nacional como internacional. Los tribunales internacionales desempeñan un papel crucial en la defensa de estos derechos, y es responsabilidad de los Estados cumplir con las decisiones y recomendaciones emitidas por estos órganos para garantizar una adecuada protección de los trabajadores.

## LA TUTELA EFECTIVA, LO INSTRUMENTAL Y LO ESTRATÉGICO EN MATERIA DE DESCA

Por: Mirna Lozano Bosch <sup>118</sup>

### ABSTRACT

Este trabajo indaga sobre la necesidad en el contexto actual de un abogar y litigar estratégico, esto implica la importancia innegable de establecer peticiones, defensas y decisiones que resguarden la identificación clara y precisa de los derechos fundamentales afectados, el reconocimiento, contenido y obligaciones estatales involucradas, la distinción frente a la intensidad de la tutela efectiva de esos derechos, la necesidad de robustecer, adecuar y revisar los mecanismos instrumentales que hacen a la tutela efectiva presente en cada caso.

**¿Por qué enfatizar en lo estratégico<sup>119</sup>?** Esto importa un enfoque de impacto, es cuestionar la juridicidad en su faz sustancial e instrumental frente al restablecimiento y reparación del ejercicio y goce de esos derechos humanos vulnerados, entendiéndose la disputa como una visibilización de las deficiencias en los mecanismos actuales que hacen a su tutela efectiva, un menosprecio frente al núcleo obligacional de los estados y frente a su responsabilidad estatal por no adecuación del andamiaje instrumental a la tutela efectiva cuyas implicancias tienen consecuencias directas en la dignidad de la persona como dato ontológico y en la gestión de las instituciones que deben resguardar la juridicidad en torno a estos derechos.

El enfoque de este trabajo se centra en la necesidad de mayor tutela efectiva de los Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales -DESCA, como aquellos que el Estado, dentro de un marco clasificatorio de derechos humanos, debiera considerar en prioridad, esta interpretación conforme surge frente al valor de la desigualdad, justicia social, generaciones futuras y desarro-

<sup>118</sup> Abogada Docente de grado y posgrado Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas Pascal y Escuela de Abogadas y Abogados del Estado Procuración del Tesoro de la Nación. Directora del proyecto de investigación Futuro del trabajo en Argentina y en América Latina: desafíos desde la protección de los derechos fundamentales en sus aspectos sustanciales y procesales Universidad Siglo21.

<sup>119</sup> “En última instancia, las iniciativas de litigio estratégico están concebidas para reforzar las obligaciones de derechos humanos de un estado y fortalecer las instituciones encargadas de proteger esos derechos”, <https://www.ohchr.org/es/stories/2021/06/strategic-litigation-can-be-force-gender-justice>

llo de la persona humana en su faz individual como colectiva que entran en su contenido.

Cabe distinguir que tanto en el sistema universal como en cada uno de los regionales las obligaciones de los Estados surgen dispersas en los diferentes tratados de derechos humanos, reconociéndose la necesidad de afianzar regulaciones de estos derechos bajo una teoría general común, una base epistemológica común, una dogmática común en lo internacional como en lo interno.

La regulación es entendida en materia internacional como una ordenación más amplia que lo meramente normativo que involucrará políticas, programas, planes, incentivos, gestión y gobernanza a su vez esta regulación puede ser de origen estatal como privado o mixta, es vital el conocimiento acabado del contenido obligacional por parte del Estado – en sus tres poderes- y los particulares en materia de derechos humanos. Si bien se ha afirmado que en materia de derechos humanos las obligaciones de los Estados están detalladas de forma dispar en los distintos tratados, esto no puede desmerecer las obligaciones de respeto (abstenerse de interferir con el disfrute de un derecho), obligaciones de protección (evitar que otros interfieran con el disfrute de un derecho) y obligaciones de cumplimiento (adoptar las medidas adecuadas para hacer posible la plena realización del derecho). Respecto de que se “adopten medidas”, los DESCAs marcan una diferencia ya que se dispone su efectividad hasta el máximo de los recursos de que dispongan - los Estados firmantes-, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en cada texto.<sup>120</sup> Aseguran un margen de contenidos mínimos y que sobre ellos se resguarden cláusulas de realización progresiva y de no regresividad.

Por otra parte, existen ciertos derechos donde la obligación de adoptar medidas surge como obligación inmediata, cualesquiera sean los recursos de que dispongan, y se establecen cinco ámbitos delimitados en este sentido: eliminar la discriminación; cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales no sujetos a una realización progresiva; Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes: La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos en todo momento y la prohibición de esclavitud y trabajo forzado; la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado están prohibidos sin excepción y deben ser eliminados de inmediato; la protección de la familia y la niñez, no pueden postergar medidas para garantizar su bienestar y desarrollo. En materia de derechos cabe observar la obligación de “tomar medidas”; no adoptar medidas regresivas y cumplir con un mínimo de obligaciones básicas.

---

<sup>120</sup> *Conceptos fundamentales relativos a los DESCs, ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales?*, página oficial de Naciones Unidas, Alto comisionado de Naciones Unidas <https://www.ohchr.org/sp/issues/escr/pages/whataretheobligationsofstatesonescr.aspx>

Si bien el surgimiento de los derechos humanos se acentúa en el surgimiento de los derechos civiles y políticos en especial incluso para el sistema regional, el avance de los DESCAs no deja lugar a dudas en torno a su importancia y relevancia en cuanto la necesidad de tutela efectiva y contenido mínimo asegurable por parte de los estados, el delinear los bordes de su aseguramiento, detendrá el valor de justicia social, redistribución y dignidad frente a esta generación y las futuras que deben resguardar en lo colectivo la oportunidad de bienestar .

El núcleo obligacional es como se dijo lo primero que distingue los DESCAs de los derechos civiles y políticos en materia de derechos humanos. Los derechos civiles y políticos establecen la obligación de adoptar también medidas inmediatas, pero en relación con los DESCAs, la adopción de medidas está condicionada por su progresividad y por la disponibilidad de recursos que se disponga por parte del estado.<sup>121</sup> Incluso frente a ellos se determina que el grado de esfuerzo y compromiso que se espera de los Estados en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. “Hasta el máximo de los recursos disponibles” implica una dedicación máxima para mejorar estos derechos a pesar de las limitaciones, mientras que “en la medida de los recursos disponibles” podría permitir una implementación más limitada según las condiciones económicas.

Esto es lo paradójico en torno a su exigibilidad poniéndose el énfasis en el valor económico de estos derechos. Este trabajo destaca que todos los derechos en sí, son positivos en tanto necesitan acciones estatales que garanticen su cumplimiento, se coincide con los autores Stephen Holmes y Cass R. Sunstein en cuanto aluden que la distinción en torno a dicotomía entre derechos negativos y positivos es infructífera.<sup>122</sup>

Los compromisos internacionales, evidencian en materia de derechos sociales un avance en cuanto al contenido obligacional. Incluso hoy puede verse como se han sumado nuevos órganos de aplicación de DDHH en materia de DESCAs y como estos contenidos mínimos son reinterpretados por los órganos de aplicación en un derecho vivo, también la tutela surge de reconocer nuevos órganos en su favor, nuevos mecanismos de protección admitiéndose el mecanismo cautelar en el sistema regional, frente a situaciones graves de gravamen irreparable que busquen la protección de los derechos fundamenta-

<sup>121</sup> MEJÍA R., Joaquín A. “Avances y desafíos del derecho internacional 23 CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En Luis Fernando García (Coordinador), Estudios en homenaje al 60 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948–2008). México: Universidad Autónoma del Noreste/Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, FUNDAp. 2008.

<sup>122</sup> HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, p. 31.

les consagrados en las normas del sistema interamericano en primer termino para preservar una situación jurídica bajo el conocimiento de la CIDH en peticiones o casos; y una función “tutelar” en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos, con independencia de si existe una petición o caso subyacente, es menester advertir que siempre la exigibilidad ha estado en tensión, por eso la existencia de nuevos órganos es una señal de avance. Dentro de la Comisión Interamericana, la REDESCA<sup>123</sup> se establece como la primer relatoría en materia de derechos sociales desde 2014, puede afirmarse también que se ha intensificado la actuación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) en el sistema universal que contempla observaciones frecuentes en la materia de derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a una alimentación adecuada, a una vivienda adecuada, a la educación, a la salud, a la seguridad social, al agua y al saneamiento, y al trabajo.

La reinterpretación del artículo 26 de la Convención Interamericana como un avance en materia de DESCAs, importa un hito hacia la efectividad de los DESCAs en la agenda regional después del caso Lagos del Campo<sup>124</sup>. La agenda global en un contexto post pandémico identificó la necesidad de garantías reforzadas en torno a la exigibilidad. En este sentido autores como Víctor Abramovich, y Christian Courtis<sup>125</sup>, hace años se enfocan en el estudio de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, siendo invaluable su aporte a la teoría general de estos derechos. Su estudio abarca la mirada de la tutela efectiva de los DESCAs como un punto crítico desde lo judicial, como único punto débil a su desarrollo se encuentra un desmerecimiento de la tutela efectiva en la faz administrativa que es en definitiva una posibilidad de mayor tempestividad frente a su garantía de resguardo y respeto.

También cabe advertir que el derecho internacional intensifica las obligaciones buscando se adopten por parte del estado “medidas positivas” y “medidas no regresivas” que se imponen tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano evidenciándose como un pedido frecuente frente a la interpretación de los alcances obligacionales para disuadir la falta o incumplimiento de convencionalidad.

Cuanto más diverso es el andamiaje instrumental, cuanto más compleja es la ingeniería de procedimientos y procesos cuanto menos se trabaje bajo el eje de la necesidad de una debida tutela efectiva en materia de DESCAs, menor posibilidades de su efectividad se tendrán. En el caso de Argentina el sistema

<sup>123</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DESCA/Default.asp>

<sup>124</sup> Caso Lagos del Campo 2017, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)

<sup>125</sup> ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian (2002) Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 255 páginas.

federal , que reconoce diferentes estados, siendo el derecho procesal de competencia local, hace que la tutela efectiva en materia de DESCAs lejos de tener un panorama pacífico, encuentre en los estados nación de organización federal un talón de Aquiles frente a la interpretación conforme, la que se dividirá en cuantos estados se reconozca sin una sistematización uniforme. Si bien existen avances en torno a las modificaciones procesales en atención al reconocimiento de desigualdades estructurales y de grupos vulnerados, aún se está lejos de trabajar en el contenido mínimo de los DESCAs y su tutela efectiva traducida en mecanismos ágiles que encuentren satisfecha la obligación de remover los obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por una autoridad, o la de reconocer obstáculos económicos o financieros en el acceso, o la de remover los obstáculos que tengan origen en la posición económica de las personas. Es decir, hay pocos avances en torno a distinguir tutelas urgentes y tutelas diferenciadas en cuanto a las personas involucradas – grupos vulnerados – y respecto de cierto contenido de derechos como los DESCAs.

Identificar que acciones requieren de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento, dar inversión en los estamentos de defensores y asesorías públicas, reconocer los costos del proceso directos e indirectos, los devenidos de la duración de los tiempos, la depreciación de los créditos implicados, el tiempo es un factor crítico sea el ámbito judicial o administrativo, el tiempo es sin dudas un factor de incidencia prioritaria , estando la ejecución de sentencia incluida en esos tiempos que deben ser resguardados en un plazo razonable - no es la cantidad de los actos que se plasmen en el expediente, sino su eficacia es decir su para qué.

Otro factor es la localización de los tribunales, la escucha activa y sensible de las personas que operan en cada medio, como factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías de tutela efectiva, este último punto es crucial frente a la formación profesional de los operadores, es decir la formación en DESCAs, la formación en teoría general de los DESCAs y en la garantía de tutela efectiva.

Hoy la litigación estratégica, pone énfasis en materia de DESCAs demanda la remoción de obstáculos, la simplificación de los procedimientos y procesos para facilitar el debido proceso en su efectividad, el derecho ya no es conocido por todos, éste es un punto débil para la tutela efectiva, la complejidad de los hechos y del derecho, los grupos vulnerados naturalizan el no ejercicio de derechos , dados que los mecanismos de exigibilidad son un camino empedrado al infierno, nada asegura su garantía pronta, hay una fragante ceguera frente al principio de igualdad de armas en un procedimiento o proceso que involucra DESCAs. El abogar está alejado de lo que subyace en la violación de derechos



fundamentales en materia de DESCAs, y es la obligación de los Estados de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos en general pero en especial en DESCAs, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades administrativas y judiciales, con las garantías adecuadas ya que hay una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales.

Algo que es grave en materia de DESCAs es como se interpretan las etapas de un procedimiento o proceso. En este sentido se identifican mayores estándares de importancia en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias. Se ha expresado que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes.<sup>126</sup>

Por último para este trabajo cabe distinguir como en materia de DESCAs, “la dignidad es el sustento primario, no el único, de la idea de derechos fundamentales cuando se está bajo el manto de un modelo de Estado social, cuyo régimen es marcadamente interventor”<sup>127</sup>.

En materia de DESCAs cabe reconocer la incidencia de los convenios fundamentales de OIT,<sup>128</sup> y la especial labor de esta organización en materia de derechos sociales que es irrefutable. Sin embargo en el último tiempo su trabajo político no se ha destacado en materia a su tutela efectiva, su agenda actual habla de promocionar una “transición justa”, el reconocimiento de “policrisis” desde lo económico y social en los países, un enfoque centrado en la salud de entornos seguros y saludables de trabajo y la formación profesional pero también un reconocimiento solapado a la eficacia a las regulaciones mixtas y un enfoque debilitado de los tripartitos, el apoyo de la idea de una prestación básica universal como respuesta de subsistencia para excluidos del sistema social, sin evidenciar promoción alguna a mecanismos de redistribución real de la riqueza como es la negociación colectiva. Hoy debilitada, orientada al nivel empresarial y bajo la incidencia de una crisis de las entidades sindicales como

<sup>126</sup> <https://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm> Párrafo 38.-

<sup>127</sup> GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009. p. 341. Texto original: “A dignidade é o sustentáculo primário, não o único, da idéia de direitos fundamentais quando se está sob o manto de um modelo de Estado social, cujo regime é marcadamente interventor.” La traducción e interpretación corresponden a la autora.

<sup>128</sup> <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>

actores capaces y fuertes para imponerse en una correlación de fuerzas con el mercado para establecer condiciones.

Sin dudas el reparo de los DESCAs, hoy no reparan en mecanismos de tutelas redistributivas y de empoderamientos novedosos, los litigios estratégicos encuentran algunas acciones colectivas, el reconocimiento de algunos avances en tono al acceso de la jurisdicción, pero lejos de la adecuación instrumental, presentándose como su mayor desafío, la tutela efectiva de los DESCAs parece en sí una carrera de obstáculos que necesitan la decisión estatal de los tres poderes para encontrar efectividad, los recursos disponibles como el primer escollo, pero un activismo racional en torno a encontrar una comunicación Inter poderes.

La idea de una racionalidad frente a la tutela efectiva, importa como dice Taruffo distinguir la ley procesal como racional en sentido instrumental si regula un procedimiento que sirve adecuadamente a los fines de la administración de justicia. Naturalmente, el juicio – procedimiento o proceso - acerca de la racionalidad instrumental varía en función de los fines que a éste se le asignen. En el mismo sentido asegura que los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias, traducidos en períodos largos, y a veces absurdos, de la justicia representan en gran medida el principal factor de crisis del sistema procesal<sup>129</sup> y en consecuencia de la tutela efectiva.

La diferencia radical de la tutela efectiva en materia estratégica es el contenido de derechos en juego. Sin dudas el derecho como expresión liberal acentuó la protección patrimonial, en desmedro de los derechos humanos que ponen su énfasis en la persona y su dignidad. Los DESCAs encuentran en este sentido su punta de abismo crítica en este momento, una necesidad imperiosa de un abogar y litigar estratégico, un andamiaje instrumental que los potencie y medidas positivas por parte de los tres poderes del estado en todos sus órdenes territoriales para una regulación orientada a su efectividad, en donde el factor tiempo – plazos razonables, reconocimientos de grupos vulnerados y el reconocimiento de contenidos diferenciados de derechos para atender– serán la agenda en disputa en los próximos años.

---

<sup>129</sup> TARUFFO, Michele, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, trad. de Mercedes Fernández López. Edición digital a partir de, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 22 (1999), pp.311-320

## ¿ES LA HUELGA UN DERECHO HUMANO LABORAL?

Por: *María Estela Piña*<sup>130</sup> y *Héctor David Medina*<sup>131</sup>

### ABSTRACT

Completo examen de la institución de la huelga como fenómeno social y laboral, desde su naturaleza jurídica, normas y diversidad de facetas y bajo la visión de los derechos fundamentales.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Derecho natural, derecho positivo y derechos humanos laborales. III. Antecedentes históricos. A. El caso de Argentina; B. La normativa internacional. IV. Distinciones analíticas. ¿Huelga libertad o derecho?; V. El conflicto colectivo laboral. A. Clasificaciones; B. Etapas del conflicto colectivo. Medidas de acción. VI. Huelga. A. Concepto y elementos. B. Finalidad de la huelga. C. La cuestión de la ilegalidad de la huelga. D. La cuestión de la titularidad del derecho de huelga y casos que no se consideran huelgas. E. La huelga y su relación con otras formas de manifestaciones sociales. F. La huelga en los servicios esenciales. VII. Conclusiones.

### I. Introducción

La constitucionalización del Derecho del Trabajo, tal como luce en nuestra Carta Magna y desde antes en las constituciones democráticas de Europa continental, trajo aparejada grandes cambios sociales luego de la Segunda Guerra mundial; propone como valores jurídicos las cláusulas de una especie de compromiso entre clases sociales contrapuestas, en especial, por la distinta

<sup>130</sup> Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Titular de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesora encargada de la materia Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la “Especialidad Escuela de Negocios”, de la Facultad de Derecho de la UNC. Directora de la “Especialidad En Derecho Laboral”. Profesora en la Maestría Derecho de la Vejez y en la Maestría en Derecho Procesal Universidad Nacional de La Rioja. Ha participado en la publicación del “Tratado sobre el Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Internacional del Trabajo” y en “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigidos por Mario Ackerman, “Derecho Procesal del Trabajo de Córdoba”. Autora de “Régimen laboral en la Pequeña y Mediana Empresa”. Integra Tribunales y es Directora de Tesis doctorales. Ex Miembro del Consejo de la Magistratura de Córdoba. Abogada litigante.

<sup>131</sup> Abogado. Especialista en Derecho laboral, Doctorando y Adscrito a las Cátedras de Derechos Humanos Laborales y Derecho del Trabajo y La Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Co-autor

distribución del poder y del rédito que se da, según el ámbito de la producción económica en que se encuentren las partes. Estas reformas impactaron positivamente en los derechos de los trabajadores, pero el derecho de *Huelga* no sufrió grandes cambios, al menos en nuestro país desde su incorporación en la Constitución Nacional reformada en el año 1957.<sup>132</sup>

La idea de este estudio, es analizar la huelga desde la perspectiva de los Derechos Humanos Laborales, como medio de autodefensa o auto tutela colectiva.

En una primera precisión semántica se aclara, que se utilizarán ambas denominaciones indistintamente: Derechos Humanos, o Derechos Fundamentales del Trabajo. Siguiendo a Rodríguez Mancini, se advierte que la denominación Derechos Humanos “ha adquirido relevancia a través de la utilización en instrumentos internacionales y es preferida sobre todo por movimientos políticos e ideológicos de afirmación y respeto a las garantías universales<sup>133</sup>.

En relación a esta denominación, Canessa Montejo<sup>134</sup>, entiende que el término Derechos Humanos Laborales es el que mejor se condice con una metodología jurídica adecuada: “He seleccionado el término derechos humanos laborales como el más apropiado, en razón de que no se trata de una denominación nueva o reciente en el Derecho Internacional. Su uso es continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados. Se usan indistintamente en los idiomas como equivalentes (‘derechos humanos laborales’ en castellano; ‘labour human rights’ en inglés; ‘droits humains del travail’ en francés)’<sup>135</sup>.

Sea que se los designe como derechos fundamentales del trabajo o derechos humanos laborales, en el caso de la huelga, se está haciendo referencia a un derecho vinculado con una de las libertades protegidas desde el máximo nivel legisferante, la libertad sindical, que en Argentina está receptada en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella, junto a la legislación que se ha dictado en consecuencia.

## II. Derecho natural, derecho positivo y derechos humanos laborales

Desde la filosofía del derecho y las diferentes concepciones que sostienen los autores, se hacen aproximaciones a los derechos que las personas detentan.

<sup>132</sup> FRONDIZI, Román, “La transformación de la economía y la crisis en el Derecho del Trabajo”, en Derecho Laboral en la Integración Regional, De Palma, Buenos Aires, 2000, p.83

<sup>133</sup> RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Derechos Fundamentales y relaciones laborales, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1

<sup>134</sup> CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, La protección internacional de los derechos humanos laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ps. 20-21.

<sup>135</sup> En igual sentido y siguiendo al autor se expresa SARACHO CORNET, Teresita, Corte Interamericana, Corte Suprema Argentina y Derecho del Trabajo, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2022, ps. 68-69.

Así advierte, un autor contemporáneo Georges Kalinowski, que hay una ley natural que confiere derechos, impone deberes e indica la ruta que conduce al desarrollo de la persona. Tenemos dice, el deber supremo y el supremo derecho de reclamar y defender nuestros Derechos Naturales. (Que no los crea el Estado, sino que están en la persona humana, son principios innatos, nociones primarias, caracteres impresos). Así podemos citar, el derecho a la vida, a la salud, al trabajo, a la elección del domicilio, a la libertad corporal, libertad de pensamiento, de palabra, el respeto a la dignidad humana, el derecho de reunión etc. Sin ellos no podría lograr su plenitud la persona humana. Esta posición doctrinal corresponde claramente a la doctrina ius-naturalista, que reconoce que el hombre nace con estos derechos humanos fundamentales<sup>136</sup>.

Por su parte, la doctrina positivista, tiene como objeto las normas, el derecho en vigor, en cierto país, en un momento determinado. Hart al estudiar “El Concepto de Validez de las Normas”, de Alf Ross<sup>137</sup>, enseña que la expresión “positivismo jurídico” nunca tuvo una aceptación general, al igual que la expresión “derecho natural”, ambas se complementan.

Por nuestra parte podemos apuntar que tanto el derecho natural como el derecho positivo, comparten una cierta concepción ontológica del derecho. Es decir, el derecho, existe de modo objetivo, como una entidad verificable, por la intuición, la razón, la fe, la naturaleza de las cosas (derecho natural en sus diferentes versiones), o la determinación científica positivista en la norma estatal, los valores, los principios, y aún la moral positiva (positivismo jurídico en sus diversas versiones)<sup>138</sup>.

Dentro del Derecho Colectivo del Trabajo en general, y el derecho de Huelga en particular, existen normas positivas, junto a otras que las partes en muchos casos construyen a partir de acuerdos, para hacerlas en definitiva su marco de actuación, sea de modo conjunto en el caso de la conciliación, o de manera unilateral cuando al desencuentro de intereses se suma el espacio no regulado por la ley en el respeto más pleno del ejercicio de la libertad sindical, imponiendo su pretensión la una a la otra, y así, -esa imposición- termina siendo reconocida como un derecho.

A partir de los trazos generales efectuados de teoría general del derecho, se puede advertir también cómo esta discusión de índole jurídica formal

<sup>136</sup> KALINOWSKI, Georges, Concepto, fundamento y Concreción del Derecho, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 1982, p. 104.

<sup>137</sup> ROSS, Alf., El Concepto de validez y otros ensayos, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1969, p. 10.

<sup>138</sup> Una síntesis precisa de las ideas generales ensayadas, pueden verse desarrolladas en: NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2ª edición ampliada y revisada, 17º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 12-50

normativa, se ha trasladado al plano de los derechos humanos, con una mayor variedad y complejidad de normas, y entre ellas los “estándares”<sup>139</sup>.

En lo tocante al derecho de huelga, Saracho Cornet señala que está sólo “reconocido en el PIDESCA al establecer que los Estados partes se comprometen a garantizar `EL derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país` (art. 8º, ap. 1º inc. d.)”. En consecuencia la autora señala que, “se estima correspondiente aplicar lo expresado, para supuestos de carencia de regulación, esto es, el resto de las fuentes normativas con jerarquía infra constitucional”<sup>140</sup>. Es decir el Derecho de Huelga, conforme la redacción del instrumento internacional, deberá garantizarse por los Estados parte, y si existe regulación normativa, por ella se regirá.

### III. Antecedentes históricos

La palabra Huelga, deriva del francés “greve”. La plaza del Ayuntamiento de París se llamaba Plaza de Grève, o Plaza de Huelga. Allí se reunían los obreros sin trabajo y allí concurrían los empresarios a contratarlos<sup>141</sup>. Conforme la definición que nos trae la Real Academia Española, el significado de Huelga es la interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta.

La protección legal de la huelga recién fue aceptada en el derecho moderno a partir de la segunda mitad del siglo XX. Previo a ello, las primeras recepciones normativas en la historia, fueron en el orden de penarla, reprimirla como un delito del derecho penal, para luego tolerarla.

Desde la Revolución Francesa en el año 1789 y con la Ley Chapéllier, se disponía la ilicitud de la huelga, la cual era prohibida, y penada con prisión y multa. Las ideas revolucionarias tenían una particular aversión a cualquier sesgo de corporativismo propio de la edad media que intentaban dejar atrás.

Conforme lo señala José Tribuzio<sup>142</sup>, “la caracterización genealógica de la huelga como fenómeno socio laboral y paraestatal —nacida y desarrollada al margen de las instituciones jurídicas y los poderes establecidos—, al servicio de la autotutela y administración exclusiva de los trabajadores para la reivindicación de sus derechos y la protección de sus intereses, es el punto de referencia

<sup>139</sup> Una “significación de los estándares internacionales” puede verse en SARACHO CORNET, Teresita, Corte Interamericana, Corte Suprema Argentina y Derecho del Trabajo, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2022, ps. 39-48.

<sup>140</sup> Saracho Cornet, Teresita, Ob. Cit. p. 83

<sup>141</sup> ROMERO, Ramón R. Derecho de Huelga, Depalma, Bs. As., 1973, p.9.

<sup>142</sup> TRIBUZIO, José, “La huelga en los servicios esenciales”. Consultado el 22/07/2023 en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>

ineludible para comprender su evolución hacia el reconocimiento de su *status fundamental* entre los derechos sobre los cuales se asienta el moderno Estado Social de Derecho”.

En relación al señalamiento efectuado por Tribuzio, se debe hacer una importante contextualización. La huelga nace en un momento histórico determinado, donde lo económico y el mercado están dominados por la organización capitalista como forma de producción. El contexto político se condice con un Estado de Derecho, cuyo soporte, prácticamente excluyente, es la protección de la libertad individual.

El Estado Liberal Decimonónico, protegía a ultranza esa libertad individual y por derivación la económica, teniendo en vista las ideas de orden y progreso social, se debía garantizar ese “orden”, con el necesario control de las fuerzas naturales y como especificidad de ellas, las fuerzas sociales. La ciencia y el derecho eran los encargados de esa tarea en sus respectivos foros (naturales y sociales)<sup>143</sup>. Luego vendrían las reacciones a la protección sin contrapesos de la libertad económica, y “la cuestión social”, las luchas obreras y las concesiones por parte del Estado Liberal en relación a los derechos laborales, entre ellos el derecho a la huelga.

#### **A. El caso de Argentina**

En el caso de Argentina, se señala que la posibilidad de la protesta obrera tuvo distintos momentos. En un primer momento, un Estado que acorde a los principios del “laissez faire”, se abstenía de toda intromisión, hasta que, producto de las serias consecuencias que producía el conflicto obrero patronal, se terminó por criminalizar a quien se percibía como el enemigo del orden establecido, el sector laboral organizado, y que atentaba contra el progreso al que el estado liberal decimonónico estaba destinado<sup>144</sup>.

Como antecedentes normativos, pueden citarse aplicable a la cuestión de la huelga la Ley de Residencia N° 4144, potenciada en sus “efectos represivos” por la ley 7029 “llamada de Residencia de Extranjeros (o Ley de Defensa Social)”<sup>145</sup>. También hubo proyectos de ley desde el año 1904, por caso el de Joaquín V. González, que reglamentaba lo relativo a los conflictos colectivos del trabajo (Se trató de implementar una ley que rigiera la Huelga).

Pero en Argentina, el reconocimiento expreso, comenzó con el Derecho Colectivo del Trabajo, con la previsión desde la norma suprema en el art. 14 Bis

<sup>143</sup> Para un amplio desarrollo desde el punto de vista sociológico, puede verse BOABENTURA DE SOUSA, Santos, *Crítica de la razón indolente*, Volumen I, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 156 y sigts.

<sup>144</sup> HORA, Roy, *Trabajadores, Protesta Obrera y Orden Oligárquico*. Argentina, 1880-1900. Consultado el 22/07/2023 en: Repositorio Institucional CONICET Digital

<sup>145</sup> CORNAGLIA, Ricardo J., *Derecho Colectivo del Trabajo*. Derecho Sindical, 2ª Edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2010 ps. 124-130

C.N., artículo que fue incorporado en la reforma constitucional del año 1957, la cual se hizo eco de los llamados derechos humanos de segunda generación.

Etala, citando a Sampay<sup>146</sup>, sostiene que el constituyente de la derogada constitución del año 1949 no reconoció el derecho de huelga. El rechazo de los legisladores constituyentes a la inclusión constitucional de este derecho fue –como surge de los debates– deliberado, ya que “El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo como lo es el de resistencia a la opresión en el campo político; pero si bien existe un derecho natural a la huelga no puede haber un derecho positivo de huelga, porque –aunque esto haya sonado como un galimatías– es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización jurídica”<sup>147</sup>.

El derecho individual del trabajo reconocía el derecho a la huelga en la originaria redacción de la Ley de Contrato de Trabajo. En su Capítulo VI del Título X (arts. 243 a 245)<sup>148</sup>. Estos artículos fueron suprimidos por la reforma efectuada en el año 1976, por la ley 21.297. Con la sanción de la Ley Nacional de Empleo N° 24.013, en el año 1991, se introdujo nuevamente una prohibición, contenida en el art 70, el cual dispone: “se prohíbe la contratación de trabajadores eventuales para sustituir a aquellos que están ejerciendo medidas legítimas de acción sindical”.

<sup>146</sup> SAMPAY, Arturo, “La reforma constitucional” (Fue el miembro informante de la mayoría de la comisión reformadora, Convención Constituyente 1949, Diario de Sesiones p. 275).

<sup>147</sup> ETALA, Carlos Alberto, Derecho Colectivo del Trabajo, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea Buenos Aires, 2007, ps. 379-380.

<sup>148</sup> TÍTULO X - CAPÍTULO VI - Efectos de la huelga y otras medidas de acción directa Alcance - Reintegración del trabajador - Prohibición de trato discriminatorio Art. 243. — La huelga y las otras medidas de acción directa que interrumpen la prestación de los servicios sólo suspenderán los efectos de la relación laboral por todo el tiempo que duren.

La participación en ella del trabajador en ningún caso puede constituir causa de despido, ni aun mediando intimación del empleador de reintegro al trabajo, salvo que se diese la situación prevista en el artículo 263, según valoración que harán los jueces prudencialmente en cada caso en particular y en presencia de la calificación administrativa que pudiere haberse dictado.

Importará trato ilegal y discriminatorio, la no reincorporación de parte del personal involucrado en una huelga u otra medida de acción directa, luego de su cesación, invocándose como única razón la participación del trabajador en la misma, hubiese o no mediado intimación del empleador de reintegro al trabajo.

Sustitución del trabajador - Prohibición

Art. 244. — El empleador no podrá concertar durante el tiempo de duración de la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinentes nuevos contratos de trabajo que tiendan a sustituir o reemplazar en su cargo al trabajador, ni adoptar medidas disciplinarias en su contra, ni alterar la situación o condición en que se encontrara revistando en la empresa.

Huelga por culpa del empleador - Remuneraciones

Art. 245. — Cuando la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinente obedecieren a culpa del empleador, el trabajador que participe en las mismas tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al tiempo de su duración.



## **B. La normativa internacional**

De la normativa Internacional emanada de la Organización Internacional del Trabajo, se advierte que no se ha reconocido expresamente el derecho de huelga; pero sí se puede justificar su ejercicio a partir de los instrumentos específicos relativos a la protección de la actividad sindical.

Los convenios de la OIT Nro. 87 del año 1948 sobre Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicación, y Nro. 98 del año 1949 sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva son las bases a partir de los cuales puede afirmarse que las asociaciones sindicales gozan del derecho de Huelga. “Ya en 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical afirmó el derecho de huelga y formuló los elementos del principio básico sobre este derecho, del que en cierto modo derivan todos los demás, a tenor del cual el derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que gozan los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 1996, párrafos 473-475)”<sup>149</sup>.

Además de las normas dictadas por OIT, ésta cuenta con dos órganos instituidos para el control de la aplicación de su normativa, el Comité de Libertad Sindical (desde 1952) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (desde 1959). Han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga- es decir, una extensa “jurisprudencia” entendida en sentido amplio del término- que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas.

En razón de los límites a la extensión del trabajo, solamente diremos que existe una importante cantidad de normativa internacional por fuera de la órbita de OIT que regula la libertad sindical, las organizaciones sindicales, sus representantes, la negociación colectiva y el derecho de huelga.

En lo tocante a los instrumentos internacionales constitucionalizados por el Constituyente del año 1994, podemos referir sucintamente:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo XXII. – Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 23. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

<sup>149</sup>GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, Principios de la OIT sobre el derecho de huelga, Oficina Internacional del Trabajo. OIT, Suiza, 2000, p. 11

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 16. Libertad de Asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 8. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
  - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 21. Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho

sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

#### **IV. Distinciones analíticas. ¿Huelga libertad o derecho?**

Podemos distinguir según Pattaro<sup>150</sup>, dentro del Derecho, el derecho Objetivo, la norma, la regla de conducta, y el derecho Subjetivo la facultad, la posibilidad, el poder actuar de una determinada manera, poder realizar ciertos comportamientos. El derecho puede ser entendido desde estas dos perspectivas, así por Ej. La Huelga desde el punto de vista objetivo, es un derecho con reglas, normas, decretos que la regulan: la huelga en los servicios esenciales, un convenio de la OIT, los Tratados Internacionales que hemos mencionado anteriormente. Pero recordamos que el derecho de Huelga no tiene una ley especial en Argentina. Con lo cual está reconocido el derecho constitucionalmente, pero no existe una regulación directa y específica del instituto.

Desde el punto de vista subjetivo, diremos que son los deberes y derechos que tienen tanto el trabajador, como el empleador; conductas que deben ser cumplidas, porque son impuestas por normas, bajo apercibimiento de ser sancionada la parte que no las observe. El objeto de las prestaciones entre las partes son las obligaciones que ambas tienen entre sí. Vinculado a lo antedicho, se señala, y en base a distinciones que llegan desde la conceptualización de los derechos humanos<sup>151</sup>, la distinción entre huelga libertad y huelga derecho. Y parece asignarse un claro sesgo a la primera concepción, en lo que podría enmarcarse en el período político dominado por el Estado de Derecho Liberal: “Desde otro enfoque, se afirma que el Estado Social de Derecho, tal como se lo concibe en la actualidad, produce un cambio cualitativo en la valoración de la huelga. Mientras que en el sistema de huelga-libertad, propio del Estado Liberal, la consideración de la huelga como libertad individual, con consecuencias contractuales, responde a la visión de que la huelga se limita a ser una suma de abstenciones individuales de trabajo; en el sistema de huelga-derecho, propiciado, a su turno, por el Estado Social, la dimensión de lo colectivo asume una gravitación esencial, de forma tal que la huelga se convierte en derecho desde que deja de ser un incumplimiento individual de la prestación laborativa, y pasa a convertirse en un acto colectivo, que transforma la libertad de no trabajar en derecho de huelga”<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> PATTARO, Enrique, Elementos para una Teoría del Derecho, Colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid 1985, p 41.

<sup>151</sup> La distinción entre los conceptos de libertad y derechos.

<sup>152</sup> TRIBUZIO, Ob. Cit.

Para el autor, pareciera ser determinante la existencia de una regulación de huelga como un derecho, no siendo suficiente nombrarla por caso, como una libertad.

La interesante distinción de Tribuzio parte de la concepción o idea de la huelga como una acción tolerada. Propia del Estado Liberal en el momento que deja de reprimirla.

Sin negar ni desconocer las bases empíricas de la afirmación, no menos interesante es dejar aunque más no sea de modo general, algunas ideas sobre la idea de libertad, que la hacen totalmente compatible con el Estado Social de Derecho. La génesis del Estado Constitucional de Derecho se presentó como una técnica para limitar el poder y garantizar la libertad, “el derecho a la libertad”. Y el Estado Social de Derecho Democrático, como técnica evolucionada de aquél, puede ser pensado como el gobierno de la ley por sobre el poder de los hombres, protegiendo esa libertad respecto del Estado, pero también del hombre sobre los hombres en el ámbito de las relaciones privadas<sup>153</sup>. Es decir, democracia y libertad, Estado Social “de Derecho” y libertad, no se excluyen.

En definitiva, este Estado, que reconoce la dimensión económica de la vida en sociedad, y cómo se generan unos centros de poder no necesariamente políticos, que pueden terminar siendo el gobierno del mercado por sobre el hombre, rectius, de los hombres dueños del mercado por sobre los hombres que no tienen poder sobre él<sup>154</sup>. Con lo cual, la libertad connatural del hombre no se contradice con un derecho a la libertad, ni menos aún con un derecho a la huelga, como expresión de la libertad de los trabajadores, en defensa de sus derechos profesionales (libertad sindical).

Corte, en este sentido, señala que “la huelga... ha experimentado una significativa evolución en lo que refiere a su consideración jurídica en las sociedades industriales y democráticas de Occidente. Ello ha permitido señalar con certeza que después de haber sido reprimida durante los primeros siglos de nuestra era como delito penal, en los últimos cien años –o tal vez menos- ha

---

<sup>153</sup> Véanse en este sentido las ideas vertidas, desde la doctrina española, por BAYLOS Antonio en el Prólogo a ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Segunda Edición Ampliada y aumentada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2022, págs. 13-22. El autor expresa: “La Noción de derechos humanos laborales descansa, según creo, en la noción de dignidad de la persona, aplicada en esta ocasión a la persona que trabaja. ... En la cultura jurídica laboralista española, en la que me inserto, sin embargo, la noción de derechos humanos laborales no está tan arraigada. La forma de abordar este tema es diferente en la concepción teórica de la que me reclamo, puesto que este tipo de derechos –el llamado “bloque de laboralidad constitucional” que Arese rescata de la aportación de Palomeque –se positivizan principalmente a través de la Constitución Nacional mediante un proceso histórico depurado y se insertan en última instancia en la noción política de democracia.”

<sup>154</sup> CSJN in re “Vizzotti” considerando 11) “resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común.” SAIJ: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-vizzoti-carlos-amsa-sa-despido-fa04000195-2004-09-14/123456789-591-0004-0ots-eupmocsollaf> (consultado el 01/08/2022)

pasado de la fase de simple falta contractual a la de un derechos reconocido y tutelado, con el rango de libertad publica fundamental”.<sup>155</sup>

En síntesis, en nuestra legislación positiva, reconocido el derecho de huelga constitucionalmente, y reglamentado con la legislación dictada en su consecuencia, los sindicatos tienen el derecho de ejercerla dentro del marco de la ley, y el trabajador el derecho subjetivo y la libertad de adherirse absteniéndose de la prestación de tareas, bajo la modalidad decretada por la asociación sindical que lo representa.

Estas distinciones y las concepciones relativas a la forma de concebir la existencia y forma de los derechos, permitirán a los operadores jurídicos dar respuesta a algunos interrogantes que pueden suscitarse en la dinámica de la huelga.

En una dimensión podremos establecer qué ocurre cuando la huelga no es receptada por el ordenamiento jurídico de un Estado expresamente (como se dijo la propia OIT no ha acordado normas que expresamente la recepten), o bien cuando alguno de sus aspectos no está regulado, o no está regulada la secuencia de un determinado conflicto colectivo que no se compuso amigablemente.

Si bien esta discusión podría hoy presentarse bastante diluida ante el caudal de normativa que de modo indirecto toca a la huelga, con dice José Tribuzio en los vaivenes de la historia la huelga siempre se intenta restringir y por lo tanto desconocer de algún modo, de allí el carácter refractario a la influencia de la legislación heterónoma, que tiene la huelga. Las legislaciones que van “dirigidas, ante todo, a obtener o —lisa y llanamente— impedir su ejercicio”<sup>156</sup>. Y seguramente ello se desprenda de la tensión del carácter revolucionario que ha tenido la huelga y la necesidad del control del conflicto por parte del Estado<sup>157</sup>.

En consecuencia, cuando alguna situación no está regulada, por caso ante el fracaso de las instancias negociadoras o conciliadoras, la libertad de acción se presenta como instancia final y con supremo valor reconocido a las partes en conflicto.

## **V. El conflicto colectivo laboral**

### **A. Clasificaciones**

El derecho de huelga se manifiesta dentro de la problemática que plantean los conflictos que asumen una dimensión colectiva (Conflictos Colectivos del Trabajo). Arese afirma que “la expresión ‘conflicto’ designa la existencia de un problema, una cuestión o una materia de discusión... Si se le adiciona

<sup>155</sup> CORTE, Néstor T., Regulación de la huelga en los servicios esenciales. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 23

<sup>156</sup> Tribuzio, José, Ob. Cit.

<sup>157</sup> Tribuzio, José, Ob. Cit.

la expresión 'colectivo' en las relaciones laborales, se alude a todas esas posibilidades pero entre trabajadores como colectividad y un empresario, varios empresarios o una asociación que los agrupa”<sup>158</sup>.

Estos conflictos son analizados a partir de algunas clasificaciones y su entendimiento debe concretarse en la dinámica en que se desenvuelven. Una primer e importante distinción, es la que nos introduce directamente en el plano colectivo. Se da la distinción entre conflictos individuales o plurindividuales, y conflictos colectivos del trabajo.

La huelga generalmente encausa –aunque no exclusivamente<sup>159</sup>- los conflictos colectivos del trabajo, aquellos que compromete el interés profesional general, el de la categoría profesional: “Los concretos trabajadores –estos sí, personas físicas- *pertenecen a esa categoría profesional* pero no la constituyen; la categoría profesional los incluye... los supera y trasciende”<sup>160</sup>.

Como ejemplo se puede referir un reclamo de mejora salarial para la categoría profesional del sindicato. O aquellos que impliquen la protección misma del interés profesional, como puede ser la lucha contra alguna práctica antisindical de la empresa: no permitir el ejercicio de la actividad sindical del delegado en la sede de la empresa. Un reclamo particular de diferencias de haberes por parte de uno o algunos trabajadores no podría implicar un conflicto colectivo del trabajo; sino individual o plurindividual: el de la o las personas trabajadoras concretas afectadas.

Dentro del conflicto colectivo del trabajo podemos distinguir: los que son de interés, de aquellos cuya pretensión es la disputa por un derecho.

El conflicto de derecho supone una pretensión del grupo profesional trabajador, respecto del cumplimiento o incumplimiento de normas jurídico laborales, heterónomas o autónomas, y que están siendo incumplidas por el empleador; existiendo una desinteligencia en su interpretación. Así por ejemplo, la falta de cumplimiento de medidas que hacen a la seguridad e higiene en el establecimiento del trabajo conforme la reglamentación de la ley 24.557 y sus complementarias.

Por otra parte, el conflicto de interés supone una pretensión de mejora, de aumento, o avance respecto de los derechos ya consagrados en la legislación o norma convencional. El clásico conflicto de interés es el que se plantea respecto de las mejoras remuneratorias establecidas en la negociación colectiva (plasmadas en las llamadas escalas salariales) y producto de los desfases ge-

<sup>158</sup> ARESE, Mauricio César, Derecho de los conflictos colectivos de trabajo, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Primera Edición, 2021, p. 15

<sup>159</sup> Debe pensarse que conforme lo entiende OIT, están permitidas las huelgas por cuestiones políticas, si bien con ciertos límites.

<sup>160</sup> GOLDIN, Adrián O., Configuración teórica del Derecho del Trabajo, Heliasta, Buenos Aires, 2017, p. 87.

neralmente generados por el problema de la inflación en la economía. Pero no se limita a ello, podría corresponderse con algún reclamo como la concreción de un derecho, la entrega de uniformes por caso, cuando ellos no están previstos en la norma, o la implementación de una nueva condición que mejora la seguridad e higiene en el trabajo, previsto por el avance de la técnica y no reconocido aún en la legislación.

### **B. Etapas del conflicto colectivo. Medidas de acción**

En materia de conflictos colectivos la huelga se presenta como un instrumento de autoprotección o autotutela, y siempre que no se puede resolver con la conciliación, la mediación o el arbitraje. Es —o debería ser— la última de una serie de etapas, la “última ratio”. En materia de conflictos colectivos del trabajo es el Ministerio de Trabajo la autoridad de aplicación. Entonces, generalmente cuando se plantean los conflictos colectivos de trabajo entre las partes<sup>161</sup>, existe algún tipo de manifestación o cuestión previa de reclamo, o puesta en conocimiento, de una situación o pretensión, que cursa generalmente la Asociación Gremial respecto del empresario empleador, y titular del establecimiento donde la categoría profesional representada se desempeña<sup>162</sup>. En relación a esta controversia podría lograrse una solución, por medio de la conciliación, por ejemplo, y que supone que la partes, entre ellas, y a través del diálogo, encuentran una fórmula que las satisfaga, al menos parcialmente.

Cuando las partes en conflicto no logran un acercamiento de posiciones, se debe poner en conocimiento de la situación a La Autoridad de Aplicación (art. 2 Ley 14.786) previo a la realización de medidas de acción directa. A partir de esta intervención, puede llegarse a una composición a través de la Mediación. La autoridad de aplicación puede convocar a las partes —aun obligándolas— a negociar, y de este modo proponer una fórmula conciliatoria, la que podría ser aceptada por las partes, y así componerse el conflicto (art. 3 Ley 14.786).

Ante el fracaso de la conciliación, la Autoridad de Aplicación podría invitar a las partes a someterse a un arbitraje (art. 4 Ley 14.786). Este instituto supone que será un tercero imparcial el que define la controversia, con una solución que se denomina “Laudo” (arts. 5 a 7 Ley 14.786).

El laudo arbitral tendrá los mismos efectos que las convenciones colectivas de trabajo, siendo norma obligatoria para las partes involucradas en el diferendo. Vencidos los plazos que la normativa prevé, sin que se haya aceptado una fórmula de conciliación ni suscrito un compromiso arbitral, las partes pueden recurrir a las medidas de acción directa (art. 11 Ley N°14.786).

Una aclaración que es importante hacer, es que generalmente en los conflictos colectivos, aparecen como más visibles las medidas que llevan adelante

<sup>161</sup> En principio nos referimos a los conflictos colectivos de interés (art. 1 Ley 14.786).

<sup>162</sup> Fuera de ese ámbito comienza a aparecer la figura de la huelga solidaridad.

las organizaciones de trabajadores, pero pueden ser tomadas tanto por parte de los trabajadores a través del grupo organizado, como por los empleadores.

En lo atinente a las *medidas que pueden tomar los empleadores*, se relevan las medidas de presión psicológica, como campañas públicas, informativas o disuasorias, la contratación de piquetes rompehuelgas, fijar primas o premios anti huelgas, las denuncias penales contra dirigentes o activistas, el pedido de sanciones contra sindicatos por daños, o sanciones a los huelguistas, la circulación de listas negras. Siendo la contracara de la huelga *el lock out*, que es el cierre del establecimiento, sin permitir la prestación de tareas. La legislación en algunos casos va calificando cuáles pueden presentarse como legítimos o ilegítimos; o bajo qué modalidad.

En relación a las acciones que suelen desenvolver los trabajadores: se relevan medidas también de presión psicológica, como asambleas informativas con paralización de actividades por varias horas, fijación de comunicados en lugares de trabajo, paros simbólicos, hasta llegar a la huelga.

Desde un punto de vista de la buena fe negocial, sería importante que las partes atiendan a las causas por las que se producen y en su caso tratar de evitar “el paro”; desde que la huelga siempre importa un daño. A la empresa, al mercado, a los usuarios o consumidores y al mismo trabajador si el conflicto no logra reconducirse.

## VI. Huelga

### A. Concepto y elementos

Con estas ideas básicas que hemos plasmado sobre La Huelga podemos conceptualizarla siguiendo las enseñanzas del profesor uruguayo Ermida Uriarte como: “La Huelga es la suspensión colectiva y concertada de trabajo por un tiempo indeterminado, pacífica, con abandono de tareas, dispuesta por la organización gremial, para ejercer presión sobre el patrono o el estado, con la finalidad de obtener el reconocimiento de una prestación de carácter profesional o económico”<sup>163</sup>.

Tribuzio, con cita de autores españoles, entiende que “Quizás, la conceptualización que más se aproxima a la realidad de la huelga hoy, es —por todos— la que brindan Tomás Sala Franco y Albiol Montesinos, para quienes, aquella enlaza *todo tipo de perturbación concertada colectivamente en el proceso de producción*, en las que la cesación de tareas con abandono del centro de trabajo sería, probablemente, su modalidad paradigmática, pero no excluyente de otras.”<sup>164</sup>

<sup>163</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, “La reglamentación de la huelga en la ley Uruguaya N°15.530”. Derecho Laboral, T. XXVIII N°133, Montevideo, 1984, p.126.

<sup>164</sup> TRIBUZIO, Ob. Cit. quien cita a SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio,



En la doctrina francesa señala Supiot que “Con el aumento del asalariado, la coalición dejó lugar a la huelga, que consiste en un cese colectivo y concertado del trabajo. En 1946, la huelga se transformó en un derecho garantizado por el Preámbulo de la Constitución francesa, dentro del marco de las leyes que lo reglamentan”<sup>165</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha entendido que “La huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella -v. gr.: “paros intermitentes”, “trabajo a reglamento”, “trabajo a desgano”, etc. - implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas.”<sup>166</sup>

Por su parte la CIDDHH citando<sup>167</sup> al organismo especializado de la OIT, ha expresado que se entiende por huelga “por lo general, la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”.

Es prácticamente pacífica la consideración que cuando la actividad huelgística toma matices de violencia, agresión, sometimiento, etc., queda fuera del derecho, se torna antijurídica. En este sentido la misma OIT ha señalado a través del Comité de Libertad Sindical que “En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”, y que “la ocupación de fincas por trabajadores y otras personas, sobre todo cuando concurren actos de violencia, es contraria al artículo 8 del Convenio núm. 87 de la OIT. Por consiguiente, el Comité pidió al Gobierno involucrado que en el futuro dé cumplimiento a las órdenes de desalojo que pronuncie la autoridad judicial, cuando se produzcan actos delictivos en las fincas o centros de trabajo con motivo de conflictos laborales”<sup>168</sup>.

---

Derecho sindical, 5<sup>o</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 376.

<sup>165</sup> SUPIOT, Alain, Derecho del Trabajo, Heliasta, Buenos Aires, 2008, ps. 95-96

<sup>166</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”, Sentencia del siete de julio de 2016. Consultado el 03/08/2023 en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html>

<sup>167</sup> La Corte refiere: “Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, supra, párr. 783; Cfr. Comité de Libertad Sindical, 358<sup>o</sup> informe, Caso núm. 2716, párrafo 862”

<sup>168</sup> Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Consejo de Administración de la OIT, 5ta. edición (revisada). Ginebra, 2006, párrafos 545 y 546, p. 119

## **B. Finalidad de la huelga**

Entre las clasificaciones que se efectúan en torno al derecho de huelga, podemos identificar aquellas que atañen a su finalidad.

Cuando ella está direccionada a presionar para contrarrestar una actitud contraria a los intereses del grupo, se dice que detenta una finalidad objetiva o directa. Su finalidad es subjetiva o indirecta cuando es en defensa de un interés profesional, reconocida especialmente para los conflictos de intereses (por ej. aumento salarial, medidas de higiene). También se acepta la huelga como aplicable a los conflictos de derecho, por ejemplo, por falta de pago de un rubro derivado de un laudo.

La doctrina señala casos atípicos de huelga, y entre ellos enuncia: la huelga sin abandono del puesto de trabajo, la huelga política, el sabotaje, los paros parciales, trabajo a reglamento o celoso, trabajo a desgano, etc.

Vimos en citas anteriores que, en cuanto a las modalidades de la huelga, la OIT las admite en tanto ellas no asuman formas violentas de manifestación. Con lo cual y sumado a la dinámica que presentan las formas de producción capitalista, los trabajadores deben disponer de una gama amplia, adecuada y actualizable de posibilidades, para la efectividad de sus reclamos. La Organización Internacional del Trabajo respecto a la huelga política tiene una gran cantidad de interesantes matices.<sup>169</sup>

En la legislación positiva penal del país, existen regulaciones sobre lo que podría ser un delito de violencia específico, por su finalidad. La violencia ejercida con una motivación particular. Lograr la efectividad (de modo ilegal) de la huelga o de la medida de acción. En este sentido el Código Penal sanciona en el art 158: “Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

## **C. La cuestión de la ilegalidad de la huelga**

El tópico de la legalidad o ilegalidad de la huelga se conecta decididamente con la posibilidad de la reglamentación de los derechos y la actuación en infracción a dicha actuación. Para Tribuzio, “la huelga en su dimensión sociológica como herramienta flexible de autotutela colectiva, limita la actividad reguladora de las fuerzas jurídicas que operan sobre aquélla, desde que, su

<sup>169</sup> Puede verse GERNIGON, Bernard, Et. Al., Ob. Cit. p. 14-16; Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Consejo de Administración de la OIT, 5ta. edición (revisada). Ginebra, 2006, párr. 526 a 529, ps. 116-117.

casación por el derecho no puede ignorar aquella finalidad tuitiva, ingénita y esencial que habita en la actividad huelguística”<sup>170</sup>. Es decir el autor entiende que respecto de ella cualquier regulación o limitación no debería desvirtuar la finalidad auto tutelar ínsita.

Dentro de las clasificaciones que se realizan en torno a la huelga, se distingue a partir de su carácter legal o ilegal, y en virtud de ello se podrá clasificar como lícita o ilícita, en tanto se verá la juridicidad, justicia o injusticia de la misma, con las consecuencias que de ello se pueden derivar.

Estas diferenciaciones surgen a partir de que hay derechos fundamentales y valores en juego, que no se limitan solamente a los intereses de las partes. Objetivos de paz social, orden, justicia, el poder del soberano a quien el estado de derecho ha signado fines específicos, entre ellos propender a ciertos valores como los mencionados, y otros.

A su turno la jurisprudencia es la que toma las decisiones, desde el punto de vista de las derivaciones que puede tener la huelga en el plano del derecho individual del trabajo. Será en sede judicial donde se determine si ha correspondido un despido directo con justa causa en virtud de una huelga declarada ilegal.

La complejidad señalada de la huelga puede advertirse a partir de los intereses en juego, y los posibles daños que se pueden infligir. Lo que se pone en juego son los intereses de:

A) Los empresarios: hay tareas que no pueden detenerse; B) Los terceros: necesitan protección frente a una huelga; C) Los usuarios: necesitan prestación de bienes y servicios (Ley del Consumidor n° 24.240, se aplica ante el incumplimiento de proveedor al consumidor; el derecho de daños: se pueden sufrir multas, sanciones); D) Los trabajadores: pierden su salario; E) El Estado: se paraliza la actividad productiva.

Cuando de un intento de balance entre los derechos en juego se hable, será necesario traer al diálogo de fuentes o de “Cortes”, la Opinión Consultiva N° 27 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha afirmado: “los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, de forma que la efectividad del ejercicio de los derechos depende de la efectividad del ejercicio de otros derechos. De esta forma, los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales, culturales y ambientales deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes”<sup>171</sup>.

Y tal vez esa resulte ser la actividad de mayor complejidad en el actual sistema de fuentes jurídico laborales: la compatibilización de los derechos hu-

<sup>170</sup> TRIBUZIO, Ob. Cit.

<sup>171</sup> Párrafo 141. Puede consultarse en: [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm)

manos laborales y el resto de los derechos involucrados (usuarios, consumidores, empresarios, etc.) y a partir de allí el análisis de la legalidad de la huelga.

La actividad concreta de calificación de la huelga, la hace la autoridad administrativa del trabajo. A tales fines, será determinante ver el cumplimiento de los requisitos de la Ley de Conciliación N°14.786. Una vez declarada ilegal la huelga, ello se traducirá en que el empleador deberá intimar al trabajador para que se restituya a sus tareas, bajo apercibimiento de despido con justa causa, ante su negativa.

Finalmente y como se anticipó, corresponderá decidir al Poder Judicial (art 1º, Ley 7987) en los casos individuales a fin de valorar si se ocasionó injuria en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo. Es decir, si fue justa o injusta esta cesación concertada y colectiva de trabajo y de tal modo convalidar el despido o no, que se derivó de la intimación a retomar tareas no acatada por el trabajador.

En Este sentido El Estado y Tribunales argentinos, deberán tener en cuenta la Opinión Consultiva de la CIDHH N° 27 ya citada, y en cuanto dispone: “100. ... Para tales efectos, los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal”.

#### **D. La cuestión de la titularidad del derecho de huelga y casos que no se consideran huelga**

Efectuadas las consideraciones generales en torno a la huelga, es preciso que nos aboquemos al análisis de la titularidad del derecho de huelga. Tema que ha sido en la doctrina y jurisprudencia de un importante debate.

En este punto los principios de libertad sindical, orden, y paz social parecen entrar en tensión. Debiendo tenerse en cuenta también que los derechos no son absolutos, pudiendo y debiendo ser reglamentados. Ahora bien, esa reglamentación no debe alterar su ejercicio (Art. 28 CN)<sup>172</sup> <sup>173</sup>.

El derecho de Huelga en cabeza de cada trabajador, más allá de un ejercicio canalizado a través de la organización sindical, pareciera presentarse como colisionante con los valores de debido orden jurídico, previsibilidad y paz social.

<sup>172</sup> SAPPJA, Jorge J., Sindicatos. Convenios colectivos de trabajo. Huelga. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 333

<sup>173</sup> V. la opinión consultiva N° 27 de la CIDHH, “114. La Corte destaca que el ejercicio del derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias en una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Sin embargo, las restricciones que se establezcan al ejercicio de estos derechos se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio pro persona, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico.

La pregunta es si ¿conforme las reglas de reconocimiento del derecho nacional es un derecho individual del trabajador o del grupo? Fue un gran planteo en la Convención constituyente del año 1956. Y finalmente quedó como “autorizada a los gremios”, conforme el ART 14 BIS C.N. Es importante remarcar, que sobre esta previsión constitucional y su interpretación restrictiva, las opiniones doctrinarias no han sido compartidas de modo pacífico<sup>174</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, se puede decir que el texto de la Norma Constitucional evidencia que presupone la existencia del derecho. La norma no “crea” el derecho de Huelga, se lo garantiza a los gremios. Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT la titularidad del derecho de huelga “es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones sindicales, únicamente en la medida en que constituya un medio para la defensa de sus intereses económicos”<sup>175</sup>. “Reconociendo siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales” al tiempo que entiende que “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales”<sup>176</sup>. Ahora bien, también ha establecido que “No parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87.”<sup>177</sup>

En cuanto a la titularidad del derecho de huelga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Causa “Orellano” fue terminante al establecer que la titularidad del derecho de huelga corresponde a los Sindicatos, con personería gremial, no descartando a los simplemente inscriptos, pero rechazando de plano que ella pueda corresponder a grupos informales de trabajadores (coaliciones, activistas, por ej.). Con lo cual, de la jurisprudencia de la Corte, claramente se deriva que la titularidad corresponde a la organización sindical con un mínimo de formalización y reconocimiento por parte del orden jurídico (al menos simplemente inscriptas).

Luego, recién, el trabajador adquiere un derecho desde el plano individual para suspender su prestación de tareas: “Celebrado el acuerdo sobre la

<sup>174</sup> Arese refiere que sobre quien detenta la facultad de ejercer la huelga se pueden establecer tres posiciones conforme se le reconozca: 1) al sindicato; 2) al gremio; 3) y aún a los trabajadores en forma individual organizados colectivamente. Para un desarrollo completa de las ideas brevemente esbozadas puede verse: ARESE, César, Derecho de los conflictos colectivos del trabajo, La huelga, sus modalidades, efectos y procesos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1 ra. Ed. 2011, ps. 66-81.

<sup>175</sup> Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, del Consejo de Administración de la OIT, 5ta. edición (revisada). Ginebra, 2006, párrafos 545 y 546, p. 119

<sup>176</sup> OIT, ob. cit. párrafos 520 a 522, p.115.

<sup>177</sup> OIT, ob. cit. párrafos 524, p.116.

huelga, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo (cfr. Santoro Passarelli, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, págs. 49/50)<sup>178</sup>. En los considerandos 10 y 11 de “Orellano”, la CS dijo: “En suma, no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto en discusión en esta causa. Lo que refuerza la pertinencia del criterio interpretativo expuesto en el considerando 8° de este pronunciamiento que se apoya en una lectura integral del texto del arto 14 bis -tal como en definitiva quedó redactado- y relaciona su segundo párrafo con lo dispuesto al final del primero. 11) Que la normativa proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se menciona en el fallo apelado tampoco permite sustentar la conclusión a la que arribó la cámara acerca de la titularidad del derecho a declarar una medida de fuerza.” En este sentido vimos las consideraciones de la Organización Internacional del Trabajo a partir de su Órgano especializado.

También es importante relevar que en el considerando 15, La CSJN sentencia: “Por lo tanto, dado que -como ha sido expresado en el considerando 8) de la presente- el único requisito al que el art 14 bis de la Constitución Nacional supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su simple inscripción en un registro especial, cabe concluir que el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con tal recaudo de inscripción”.

Ahora bien, bastante diverso parece ser el criterio de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, quien sostendría una posición diametralmente distinta conforme se desprende de la opinión consultiva N° 27 de fecha 5 de mayo de 2021<sup>179</sup>. Para la Corte Interamericana, del cual Argentina es parte, y ha incorporado instrumentos con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN), “El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones. Así lo precisan los citados artículos 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga “por parte de los trabajadores”), 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (“[l]os trabajadores tienen derecho a la huelga”), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los artículos 8.b del Pro-

<sup>178</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Orellano”, considerando n° 7, consultado en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html>

<sup>179</sup> Puede consultarse en [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm)

toocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC<sup>180</sup> (*supra*, párr. 47 y 48, y 56 a 60). De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general”.

Con lo cual parece ser clara su posición diametralmente contraria al criterio de nuestro Máximo Tribunal. Es más, existiría un claro conflicto entre la norma del art. 14 bis de la CN y las normas internacionales y con rango constitucional, alguna de ellas, según criterio de la Corte Interamericana.

¿Podría pensarse entonces que el artículo relativo a la huelga de nuestra Constitución Nacional es inconvencional? O bien, no es ajustada a los estándares internacionales, la interpretación que de él hace La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo contraria o no armónica con la normativa internacional (art. 75 inc. 22 C.N. “... *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*”). Este, como otros temas en materia de derecho sindical, tiene una cantidad tal de matices y tensiones que seguramente continuarán bajo debate.

### **E. La huelga y su relación con otras formas de manifestaciones sociales**

Junto a la huelga, existe un sin número de formas de manifestación, protesta o reclamos sociales. En Argentina es típica la reconocida manifestación social llamada o nominada como “Piquetes”. El piquetero, no realiza una huelga. Como tampoco las protestas de grupos “auto convocados”, desde que no llenan los recaudos de una huelga.

Es necesario tener presente que si bien no son huelgas, el derecho internacional de los derechos humanos, incorporado a nuestra constitución protege diversas formas de manifestación pacífica que impliquen protestas, reclamos, etc. sin que necesariamente lleguen a ser huelgas.

### **F. La huelga en los servicios esenciales**

Como una de los temas centrales dentro del Derecho de Huelga, su vinculación con los servicios esenciales se presenta con unos relieves que la tornan de suma complejidad.

Señala Corte que “No obstante el reconocimiento de la autonomía colectiva... prevalecen en el panorama normativo actual – muy especialmente en

<sup>180</sup> Con nota n° 126 la Corte señala: La ubicación de una norma puede ser un factor de gran importancia para su interpretación. Cfr. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 25, y La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 47. Mismo argumento Utiliza la CSJN en la causa “Orellano” en relación al art, 14 bis de la CN

el de los países latinoamericanos- las fuentes de regulación estatal”<sup>181</sup>. Sappia refiere que en nuestro Derecho se ha impuesto dicha regulación en torno a los servicios esenciales. Y citando a Etala afirma que la reglamentación de la huelga es incompleta, la que “se ha limitado a establecer procedimientos de solución de conflictos...”<sup>182</sup>.

En Argentina tenemos la regulación sobre los servicios esenciales que hace la ley 25.877 y solo un decreto sobre servicios esenciales, esto es el Dto. 272/2006. Esta normativa cobrará operatividad una vez que las instancias negociadoras se hayan agotado.

La Ley de Conciliación Obligatoria N° 14.786 en su art. 11, 2do párr., establece que las partes que no llegaron a una fórmula conciliatoria, ni han suscrito un compromiso arbitral, podrán recurrir a las medidas de acción directa. Y como se dijo, siendo la más importante la Huelga, por provocar los mayores impactos sociales y económicos.

La huelga es un derecho reconocido por la C.N. en su Art. 14 BIS, y como ya se expresó, sujeto a posible reglamentación. Y si bien se acepta este tipo de suspensión del contrato de trabajo, no es un derecho absoluto. Está limitado por los Arts. 14 C.N. (trabajar y ejercer industria lícita), 14 Bis C.N. (Queda garantizado a los gremios...), Art. 17 C.N. (la propiedad es inviolable), art. 18 C.N. (el domicilio es inviolable, como la correspondencia epistolar y los papeles privados), Art. 19 C.N. (ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda), Art. 23 C.N. (en caso de declaración del estado de sitio, quedan en suspenso las garantías constitucionales). También en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. El PIDESCA art. 8 inc. d) (de acuerdo a las leyes del país) y el PIDCYP.

En Argentina, ante la necesidad de reglamentar los aspectos relativos a la huelga en los servicios esenciales se dicta el Decreto N° 2184 (B.O 19/10/1990). Esta norma, por los excesos que contenía, es objeto de señalamiento por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Con posterioridad se dicta el Decreto N° 843/2000, el cual, a su vez, fue derogado por la Ley 22.250. Por su parte, la Ley 25.877 (B.O. 16/03/2004) en su art. 24 establece cuáles serán reconocidos como servicios esenciales, aclarando que deberá garantizarse la prestación de los servicios mínimos para evitar su interrupción. En nuestra legislación positiva *se consideran esenciales “los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, y el control del tráfico aéreo”*.

La Ley 25.877, en el artículo referido aclara que “una actividad no comprendida puede ser calificada excepcionalmente como servicio esencial por una

<sup>181</sup> CORTE, Ob. Cit. p. 151

<sup>182</sup> SAPPYA, Jorge J., Sindicatos... cit. p. 333-334.



comisión independiente según la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación, en los siguientes supuestos: A) Cuando por la duración y extensión territorial la ejecución de la medida, pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población. B) Cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo

Como se anticipó, La Ley 25.877, en lo que a servicios esenciales se refiere, ha sido reglamentada por el Decreto 272/06, relativo a los conflictos colectivos del trabajo que dieran lugar a la interrupción total o parcial de los de servicios esenciales.

Un aspecto relevante del Decreto 272/06, es que establece el funcionamiento de una comisión de garantía, órgano arbitral, no estatal, formado por cinco miembros representativos de trabajadores, empleadores y el estado. Esta Comisión ha sido dotada de ciertas facultades, que surgen del art. 2 de la norma reglamentaria: a) Calificar excepcionalmente como esencial una actividad no enumerada, art 24 ley 25.877; b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos cuando las partes no lo acuerden o fueran insuficientes; c) Pronunciarse sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa; d) Expedirse cuando las partes se lo requieran; e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados

La comisión estará integrada por cinco miembros, personas de reconocida solvencia técnica. Estas personas trabajarán ad honorem y deberán cumplir con el requisito de la independencia. Los integrantes de la comisión serán designados por el poder ejecutivo nacional, a propuesta de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas y de otras instituciones reconocidas. La Comisión elige su presidente de entre los integrantes, y funciona con el reglamento que Dictará El Ministerio de Trabajo.

La parte que esté por realizar una medida de acción directa, ya agotadas las obligaciones de la Ley 14.786 (art. 2), deberá preavisar a la otra parte y a la autoridad de aplicación (art. 7). Al día siguiente se fijarán los servicios mínimos, y la empresa involucrada deberá garantizar la ejecución de los mismos. Si la medida de acción directa consiste en un paro nacional, se seguirán en los servicios esenciales las disposiciones de la reglamentación. La inobservancia por alguna de las partes, de los requisitos establecidos traerá aparejadas sanciones según Ley 14.786, y Leyes 23.551, 25.212, siendo el Ministerio de Trabajo y Empleo la Autoridad de aplicación.

## VII. Conclusiones

Se destaca la Reunión Tripartita de la OIT del año 2012, celebrada el 27 de febrero de 2015, en la que se resolvió sobre el Convenio de Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, (N°87 Año 1948) como así también sobre el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la huelga.

Los colectivos del mundo tomaron rápidamente participación. Steve Cotton, Secretario General de la ITF, comentó: “Sin lugar a dudas, sin la enorme movilización de las federaciones y colectivos sindicales de todo el mundo, podrían haberse eliminado el derecho humano fundamental de abandonar el puesto de trabajo. Es gracias a este esfuerzo que se ha frustrado este intento, y su protección seguirá dependiendo de nosotros”.

En el Derecho Positivo Argentino, la Huelga está basada: en los derechos de libertad sindical, de asociación, de libertad de expresión y de reunión (art 14 C.N. y Tratados de Derechos Humanos Fundamentales), con una clara finalidad permitida por el ordenamiento jurídico: ejercer presión sobre los empleadores para lograr objetivos que persiguen los trabajadores en conflicto.

Por su importancia jurídica y efectos prácticos, tiene implicancias políticas, económicas y sociales. En especial cuando se ejerce cierta violencia moral, se impide el ingreso al trabajo, se somete a los trabajadores, de allí que sea imperativo la utilización de la persuasión, haciendo conocer a todo el colectivo como una obligación de solidaridad moral, de disciplina sindical, la información veraz sobre las directivas sindicales, evitando innovaciones inconsultas y advirtiendo sobre los inconvenientes de acciones extremas, que perjudican la acción sindical y el logro del reclamo laboral.

## ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA RESPECTO A LA SALUD DEL TRABAJADOR?

Por Carlos A. Toselli<sup>183</sup> y Luciana Chanampa Blanco<sup>184</sup>

### ABSTRACT

A partir del fallo “Pranzoni Mirian M. C/ Roberto Carasa y Cia. S.R.L. y ot.” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, los autores desarrollan conceptos medulares y las consecuencias resarcitorias en materia de mobbing o acoso laboral.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Base fáctica del fallo analizado. III. Reconocimiento de enfermedades psíquicas en la legislación argentina. IV. Mobbing o acoso laboral ¿en qué consiste? V. Distinción entre daño moral y la indemnización por daño psiquiátrico VI. ¿Quién resulta responsable de los daños consecuencia del mobbing? VII. Conclusión

### I. Introducción

Mucho se habla acerca de que el derecho laboral es una de las ramas más dinámicas, ello se debe a que sus normas deben seguir los cambios de la sociedad contemporánea. Así, en las últimas décadas tanto organismos internacionales, como los legisladores locales y en sí, la sociedad toda, han comenzado a dar gran relevancia no sólo a la salud física, sino por sobre todo a la salud mental.

Ello se debe básicamente a un cambio de paradigma en todo el derecho, donde por medio de una transformación en el enfoque de la prioridad del mismo, se han modificado distintos conceptos y normas. Por ende, principalmente organismos internacionales han modificado su definición de salud, ya no aplicando una definición restringida, sino que se tiene en consideración la salud mental como parte integrante del bienestar general.

La OMS en el Preámbulo de su Constitución ha definido a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia

<sup>183</sup> Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>184</sup> Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba; adscripta de la cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Nacional de Córdoba; Diplomada en Derecho Procesal del Trabajo

de afecciones o enfermedades”. De ello, surge que el término salud debe ser abarcativo e integral y lógicamente ello también comprende al derecho del trabajo.

En el presente artículo se analizarán las cuestiones derivadas del reconocimiento de una enfermedad psiquiátrica como enfermedad profesional, tomando como base el fallo “Pranzoni Mirian M. C/ Roberto Carasa y Cia. S.R.L. y ot.”<sup>185</sup>

## **II. Base fáctica del fallo analizado**

En dichos autos, la actora demanda en un primer lugar a su empleador, Roberto Carasa y Cía. S.R.L, y también, en su calidad de Aseguradora de Riesgos de Trabajo, a “La Segunda A.R.T S. A” conforme las previsiones de la Ley de Riesgos del Trabajo. En este hilo de actuaciones, la actora denuncia haber sido víctima de acoso laboral, lo cual quedó fehacientemente corroborado por la pericia psiquiátrica practicada y mediante la prueba testimonial.

Asimismo, quedó acreditado que los daños psicológicos sufridos por la víctima no se debieron a sus tareas profesionales, sino a los tratos recibidos por su superior. En consecuencia, la perita psiquiátrica determina que la Sra. Panzona se encuentra afectada al momento del acto pericial por un 30% de incapacidad de la total obrera.

Así las cosas, la Cámara del Trabajo decide condenar al empleador de la trabajadora, en virtud de tratarse de conducta ilícita -cuasidelito- del Sr. Roberto Carasa (socio gerente de la razón social accionada) a quien reputó como único autor del daño, excluyendo a la aseguradora de riesgos del trabajo. Sin embargo, distinto fue el criterio del Tribunal Superior de Justicia, que decidió condenar igualmente a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, por los fundamentos que se desarrollarán a continuación.

## **III. Reconocimiento de enfermedades psíquicas en la legislación argentina**

Analizando el fallo “Pranzoni”, el Tribunal Superior de Justicia menciona que el Tribunal a quo sostuvo que los daños ocasionados en la salud de la actora como consecuencia del acoso laboral sufrido no constituyen un accidente de trabajo ni una enfermedad profesional conforme la previsión de la legislación especial.

Así continua: “resulta claro que las disposiciones normativas de la Ley de Riesgos de Trabajo no contemplan el daño sufrido por la víctima del acoso psicológico, conforme surge del listado de enfermedades profesionales y la tabla de evaluación de incapacidades.”

<sup>185</sup> Tribunal Superior de Justicia Córdoba, Sentencia 48 del 16/5/2017, Expte 726395

Ello se debe a que en un principio, las enfermedades psicopatológicas no eran motivo de resarcimiento económico, ya que en casi la totalidad de estas enfermedades pueden tener una base estructural y por ende serían preexistentes. Entonces, se entendía que las afecciones psíquicas denunciadas por los trabajadores podían tener un origen concausal, por ejemplo, por sus experiencias vividas en la niñez.

Por su parte, el decreto 659/96 establece dos tipos de afecciones psiquiátricas: a) por un lado las *reacciones o desórdenes por estrés post traumático* y b) por otro lado la *reacción vivencial anormal neurótica*.

En ambos casos, las patologías se dan cuando exista un evento crítico y repentino, como sufrir un accidente de trabajo o presenciar uno. Sin embargo, el decreto citado menciona que en el primer caso, el trabajador suele recuperarse en un lapso de 6 meses, y que caso contrario, deberá tratarse como una reacción vivencial anormal neurótica.

En lo que concierne a la Reacción Vivencial Anormal Neurótica, la normativa entiende que son factores a tener en consideración la personalidad básica del trabajador, su biografía, los episodios de duelo, las respuestas afectivas, las expectativas laborales frustradas y las relaciones personales en el medio.

Dicha patología se manifiesta a través de síntomas tales como: humor depresivo, ansiedad, constante preocupación y un sentimiento de incapacidad para enfrentar los problemas o planificar el futuro, todos estos factores generan un deterioro en la vida cotidiana del trabajador afectado, cuya duración debe ser mayor a 6 meses para ser calificado dentro de esta patología.

En consecuencia, en la legislación argentina sólo se reconocía como afección psíquica resarcible por generar un porcentaje de incapacidad al trabajador a la que se genera como consecuencia de un accidente de trabajo como hecho súbito o bien como testigo presencial de un hecho traumático (por ejemplo: la muerte de un compañero de trabajo que genera en el trabajador una situación de Reacción Vivencial Anormal Neurótica RVAN)

Sin embargo, en el año 2010 las reglas del juego cambiaron cuando la OIT actualizó su listado de enfermedades profesionales, ampliando así su espectro y calificando a los trastornos mentales del comportamiento en: “2.4.1. Trastorno de estrés postraumático; 2.4.2. Otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador”

Entonces, la concepción de enfermedades psicológicas como enfermedades profesionales comenzó a tomar otro rumbo en la legislación y jurisprudencia

dencia argentina, ya que sólo resulta necesario probar el vínculo directo entre la afección psíquica del trabajador y las actividades laborales, lo cual no es para nada una tarea fácil.

No podemos dejar de mencionar que esta concepción de la OIT donde se adopta una posición mucho más laxa respecto a las enfermedades profesionales, siempre que se pruebe el vínculo directo con las actividades diarias del trabajador, fue adoptada por la jurisprudencia argentina en distintos fallos como por ejemplo en el fallo “Silva”, donde se estableció “no aparecen quedar dudas que la LRT, de 1995, es incompatible con el orden constitucional y suprallegal enunciado, puesto que ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad con el trabajo, por el sólo hecho de que aquella no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma”<sup>186</sup> mismo criterio que fuera adoptado en el antecedente “Rivadero c/ Liberty”<sup>187</sup>.

Consecuentemente, podemos mencionar como algunas afecciones psíquicas: A) Trastorno de Stress Postraumático; B) Otros trastornos mentales (psicosis, neurosis de angustia, neurosis ambiental) derivado de situaciones vinculadas al modo de prestación laboral; C) Stress: en funciones de las condiciones y medio ambiente laboral; D) Mobbing; E) Síndrome de burn out (quemazón profesional).

Dichas patologías fueron poco a poco reconocidas por la jurisprudencia argentina, ya que, aunque la legislación local no fuera modificada, no podemos ignorar el hecho de que el listado de enfermedades profesionales del organismo internacional anteriormente citado, se posiciona en un lugar supra legal. Asimismo, el reconocimiento de estas patologías encuentra su fundamento nada más ni nada menos que en el fundamental derecho constitucional a la dignidad.

En consecuencia, el fallo analizado en el presente artículo continúa diciendo: “Sin embargo, una correcta hermenéutica del art. 6 de la LRT a la luz de la jurisprudencia del Máximo Tribunal a partir del caso ‘Silva’, dirigida a subsanar la inconstitucionalidad que se le achacaba al texto originario, conduce a establecer que, comprobada la existencia de un nexo de causalidad adecuado entre el perjuicio y la actividad laboral desempeñada a favor del empleador, la incapacidad debe ser resarcida.”

Ahora bien, en el presente artículo, nos enfocaremos en desarrollar las consecuencias psíquicas del mobbing o acoso laboral y cuándo y cómo procede su indemnización.

<sup>186</sup> Autos: Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A, CSJN, 18/12/2007

<sup>187</sup> Autos: Rivadero, Nicolás Cayetano c/ Liberty A.R.T. y otra, CSJN, 14/08/2013

#### IV. Mobbing o acoso laboral ¿en qué consiste?

En el fallo en análisis, el TSJ determina que los daños ocasionados en la salud de la trabajadora resultan consecuencia del acoso laboral o mobbing sufrido en su lugar de trabajo, pero ¿qué es el *mobbing* o acoso laboral? ¿En qué consiste? El mobbing puede ser definido como “un tipo de situación comunicativa que amenaza con infligir al empleado graves perjuicios psíquicos y físicos somáticos hasta obtener el dominio de su voluntad y ánimo en orden a cuestiones de índole estrictamente laborales, ya sea con un fin de lucro o puramente perverso, pero despojado de deseo sexual”<sup>188</sup>

Analizando detenidamente la definición citada, debemos destacar algunos puntos, como ser:

- Se trata de una situación comunicativa, ello ya que el mobbing puede manifestarse mediante el hostigamiento o la falta de comunicación. A los fines de graficar esta situación, podemos realizar una remisión al fallo “Enriquez, Giacomina c/ Ergom Materiae Platiche s.p.a” del Tribunal de Turín, Italia, donde el Tribunal decidió indemnizar al actor por los daños psicológicos consecuencia del mobbing que recibió por parte de su superior ya que él mismo utilizaba “*lenguaje incivilizado*” y tenía para con los trabajadores “actitudes arrogantes e irritantes” pero también por “su aislamiento en el ámbito laboral, que por su ubicación le impedía cualquier contacto con sus compañeros durante el horario de trabajo”
- Esta situación amenaza con generar en la víctima problemas psicosomáticos, agravar patologías existentes o generar consecuencias físicas como ser: adelgazamientos o subas de peso extremos, “problemas digestivos, problemas endocrinos, subidas de hipertensión arterial, malestares, vértigos, enfermedades en la piel, etc.”<sup>189</sup>. No se debe omitir, que, a su vez, estos malestares generarán un perjuicio en la vida cotidiana de la víctima, así como en sus relaciones personales.
- El objetivo de esta práctica es dominar la voluntad de la víctima, así como su ánimo en el trabajo. Así, en el fallo “Dufey, Rosario Beatriz c/ Entretenimiento Patagonia S. A.”, Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, se entendió que: “este fenómeno mencionado se compone de una serie de actos aislados realizados por los hostigadores que tienen por objetivo que la víctima se sienta atemorizada, se sienta inútil y culpable de los actos que le compete debido

<sup>188</sup> TOSELLI, Carlos A.; GRASSIS, Pablo Martín; FERRER, Juan Ignacio, Violencia en las relaciones laborales, Córdoba, 2007, Ed. Alveroni, p. 309

<sup>189</sup> HIRIGOYEN, Marie France, El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso, traducción de Núria Pujol i Valls, Paidós Contextos, Buenos Aires, 2001, p. 140.

a la inseguridad que crece dado el hostigamiento que padece (...)”. Resulta claro que las actitudes adoptadas por el *mobber* quiebran la personalidad de la persona, generando una baja autoestima y pérdida de confianza, atentando así contra su dignidad como persona mediante la humillación y maltrato.

- El móvil de este hostigamiento, como elemento subjetivo, puede generalizarse en tres hipótesis. Primeramente, a los fines de imponer una imagen de poder y capacidad frente a los demás trabajadores, utilizando como ejemplo a la víctima del mobbing, o haciéndolo de manera generalizada. En segundo lugar, puede estar motivado a los fines de instalar la corrupción y fraude laboral, o bien, deshaciéndose de aquellos trabajadores que se encuentren en contra de dichas prácticas. Y por último, puede tener como fin deshacerse de un empleado mediante una salida laboral menos onerosa, tal es el caso de un trabajador que es cambiado de puesto de trabajo, a los fines de obtener la jubilación del trabajador o el caso del fallo de la Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala IX en autos; “Bustos, Adrián Oscar c/ Aguas Cordobesas S.A.”<sup>190</sup> donde “se comenzó a ejercer una política de presiones que se vio exteriorizada en el reemplazo de su clave informática y telefónica y en el no otorgamiento de tareas, a fin de lograr que aceptase la propuesta de retiro que ofrecía la demandada que era notablemente inferior al monto que le correspondía legalmente”. Sin embargo, puede darse la hipótesis de que el mobbing se genere simplemente con fines perversos, y ya no con un fin en particular, sino con el sólo objetivo de humillar.

Ahora bien, el mobbing puede generar daños irreversibles en la salud del trabajador, o incluso, en los casos más severos, la muerte a causa de depresión. En este punto, debemos considerar que no sólo se debe tener en cuenta la gravedad e intensidad del hostigamiento o aislamiento del trabajador, sino que también se debe guardar reparo en la personalidad de este último, ya que resulta un factor sumamente determinante a la hora de verificar el daño psiquiátrico que pudiera generar las acciones (u omisiones) del *mobber*.

Estos daños a la salud mental del trabajador resultan a todas luces cuantificables en porcentajes de incapacidad de la totalidad obrera. A tales fines, resulta esencial contar con un perito especialista en psicología o psiquiatría que evalúe el daño que se ha generado en el trabajador. Asimismo, de la juris-

<sup>190</sup> En idéntico sentido: “Llambir María Elsa c/ Aguas Cordobesas S.A.” Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2.004, de la Sala X de Córdoba, Voto Unipersonal del Dr. Carlos A. Toselli. Debe tenerse presente que a esa fecha existía la duplicación de las indemnizaciones derivadas del despido incausado y que esa era la razón central por la cual la Empresa intentaba arribar a un retiro voluntario, que no admitido por la actora, terminó concluyendo en el despido indirecto de la accionante



prudencia podemos extraer que también resultan esenciales los testimonios de compañeros de trabajo, a los fines de que acrediten las situaciones vividas en el lugar de trabajo.

Por lo tanto, resulta dable regresar al punto donde se describieron los factores que tiene en consideración el legislador a los fines de otorgar incapacidad laboral como consecuencia de la reacción vivencial anormal neurótica, ya que una circunstancia a tener en cuenta es el de expectativas laborales frustradas. En tal sentido, la consecuencia más clara y directa del mobbing es, como ya se mencionó, la pérdida de confianza y baja autoestima, especialmente en el ámbito del trabajo, que generalmente conduce a la renuncia del empleo, quiebre de lazos comunicantes con su entorno cercano, deterioro familiar grave y aislamiento, ya en su etapa final de enfermedad.

Entonces, resulta innegable que el trabajador se verá frustrado a la hora de trabajar, ya que deberá recuperar la confianza en sí mismo para llevar a cabo sus tareas con normalidad, y “regresar las cosas a su estado anterior” resultará casi imposible, y requerirá de un tratamiento psicológico y psiquiátrico permanente.

A todo ello, debemos sumar los padecimientos físicos que puede acarrear el ser víctima de mobbing, las cuales fueron enunciadas anteriormente, y que podrían llegar a generar consecuencias permanentes en la vida cotidiana del trabajador.

En este sentido, en el precedente analizado, podemos identificar que de la pericia psicológica surge que la situación de maltrato vivido en el trabajo de la actora provocó sentimientos de inseguridad, desprotección e indefensión, desestabilizando su personalidad.

Cabe resaltar que la perito tuvo en consideración la situación económica del país, ya que la actora se veía indefensa en un lugar de trabajo del cual no tenía escapatoria, en consecuencia, de la dificultad para conseguir un nuevo puesto de trabajo.

Por otro lado, la pericia psiquiátrica concluyó que la sintomatología comenzó a manifestarse en un principio a nivel físico, indicando somatización de la angustia al “estrés laboral”. Sin embargo, menciona dicho informe que la afección no resultó consecuencia de las tareas realizadas, sino de la conducta de su empleador, lo cual parece claro al tratarse de mobbing.

También, si bien en el fallo en análisis no se determinó el grado de relación entre la incapacidad que afecta a la trabajadora y las situaciones vivenciadas, la misma se puede ver calificada cómo:

Grado 1: cuando no existe otra hipótesis a la cual atribuirle el hallazgo psiquiátrico existente.

Grado 2: en este caso se da una relación presumida, ya que si bien pueden existir factores externos o preexistentes que afectan la psique de la persona, los daños psiquiátricos son presumiblemente consecuencia de situaciones vivenciadas en su lugar de trabajo.

Grado 3: aquí existe una relación probable entre el daño psiquiátrico y el mobbing sufrido, el nexo de causalidad ya no resulta tan certero en razón de existir otras hipótesis a las cuales atribuir el daño hallado.

Grado 4: si bien existe una relación compatible entre el mobbing y el daño, se encontraron otras hipótesis de igual valor a las cuales se les pueda atribuir.

Grado 5: cuando existe una hipótesis de mayor valor a la cual atribuir el daño, se da una relación improbable, donde el nexo de causalidad resulta casi inexistente.

Grado 6: por último, existe una relación imposible entre hecho y el hallazgo del daño cuando hay una relación negativa entre ellos, con lo cual el nexo de causalidad es inexistente.

El Convenio 190 de la OIT considera dentro de la violencia laboral a la conducta tipificada como “mobbing” al señalar en la definición del art. 1 inc. a) que 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 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.

Debe destacarse que dicho Convenio ha entrado en vigencia el 23-2-2022, al haber sido ratificado por la ley 27.580 y haberse remitido para su depósito en Ginebra el instrumento respectivo.

También es importante señalar que en la Conferencia Internacional del año 2022 se incluyó dentro de la categoría de Derechos Fundamentales de la OIT, el derecho a un medio ambiente sano y saludable, lo que denota por otra parte la obligación patronal de preservar la salud de sus operarios y no como en el caso en análisis de ser el principal impulsor para su daño psíquico<sup>191</sup>.

En conclusión, resulta evidente que el mobbing puede ser indemnizado, en razón de las consecuencias irreversibles que generan estas prácticas en la salud de todo trabajador que resulte ser la víctima en esta situación.

---

<sup>191</sup> Vidal Verónica, “Incorporación del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable en la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. Erreius, Temas de Derecho Laboral, Diciembre 2022.

## V. Distinción entre daño moral y la indemnización por daño psiquiátrico

En primer lugar, corresponde realizar una breve distinción entre lo que se entiende por afección psíquica y el daño moral. Así, podemos decir que “el daño psíquico tiene una entidad propia y autónoma, que no debe confundirse con los padecimientos morales, y se manifiesta con síntomas psicopatológicos evidenciables y objetivables (...)”<sup>192</sup>

Por lo tanto, surge claro del precedente analizando en el este artículo que la actora se ve afectada en su capacidad laboral, a tal punto que dicho daño resulta cuantificable en un porcentaje, y por lo tanto traducido en una suma monetaria. En consecuencia, de la pericia psiquiátrica y psicológica surge que el perjuicio en la faz productiva de la trabajadora, ya que, como bien lo indica el informe pericial, el nexo de causalidad entre el trabajo y el daño resulta claro, sumado a que la actora se ve afectada por un padecimiento físico, en efecto del maltrato explicitado, “y se acentuó por la permanencia en el tiempo, provocando la incapacidad”

Por otro lado, el daño moral puede ser definido como aquel que “se desprende de los padecimientos sufridos por la accionante a causa del menoscabo infringido en su intimidad y dignidad y la discriminación de que fuera asimismo víctima”.<sup>193</sup>

En conclusión, resulta claro que corresponde hacer una distinción entre el daño psíquico, el cual apareja un porcentaje de incapacidad de la total obrera, diferente del daño moral que la víctima pudiera reclamar como consecuencia de su afectación a la dignidad y honor como consecuencia de las prácticas de mobbing.

I. ¿Quién resulta responsable de los daños consecuencia del mobbing?

En virtud de todo lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que el mobbing resulta una práctica que puede generar daños en la salud del trabajador, acreditando su nexo de causalidad adecuado, ya sea con las tareas que desempeña el trabajador o trabajadora, o con las conductas asumidas por el empleador, tomando en consideración lo informado por el perito psiquiatra en el fallo bajo análisis.

Asimismo, resulta claro que la incapacidad fijada por los peritos expertos en la materia es indemnizable y diferente del daño moral. Pero ¿quién debe responder por estos daños?

La Ley de Contrato de Trabajo fija como obligación del empleador, el deber de seguridad, previsto en el art. 75. Allí, la normativa menciona que se

<sup>192</sup> CNAT, Sala V, “Basualdo, Carlos Alejandro c/ Provincia ART S.A.” 23/03/2006.

<sup>193</sup> CNCiv., Sala M, “P, M c/ Cía. de Servicios Hoteleros S.A. s/ daños y perjuicios”.

deben adoptar las medidas necesarias a los fines de garantizar la integridad psicofísica del trabajador, así como también su dignidad. Esta obligación es una obligación de resultado, con lo cual no basta con que el empleador otorgue los medios necesarios para garantizar la seguridad del trabajador, sino que debe adoptar todas las acciones que se encuentren a su alcance a los fines de dar cumplimiento y preservar la indemnidad del trabajador.

De allí, que la Cámara del Trabajo de Bell Ville, entendió que el empleador de la trabajadora era el único responsable del daño sufrido por la actora, ya que no considera posible encuadrar a la patología como producida por el trabajo, sino por una conducta ilícita del Sr. Roberto Carasa, entendiendo a la conducta de este como dolosa. En consecuencia, rechaza la responsabilidad de la ART.

Sin perjuicio de ello, el TSJ revierte dicha responsabilidad, condenando a la ART en razón de que: “se acreditó que la patología por cuya incapacidad demanda indemnización Pranzoni, tuvo su génesis en la conducta del empleador, consistente en un hostigamiento psicológico dentro del medio laboral, el cual resultó propicio debido a la posición de superioridad frente a la trabajadora. En tales condiciones, la situación debe encuadrarse en las previsiones sobre riesgos de trabajo”

Entonces, indica el TSJ que la contingencia objeto del litigio se encuentra prevista por la Ley de Riesgos de Trabajo según el alcance del decreto N° 1278/00.

En conclusión, y teniendo en cuenta todo lo tratado precedentemente, resulta acertada la decisión del TSJ, otorgando a la actora una indemnización basada en el art. 14, apartado 2, inc. a) de la LRT, a cargo de la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, debido a que, como bien se dijo, la incapacidad demandada se ocasionó como consecuencia del trabajo, debiendo entonces calificarse al daño psíquico como enfermedad profesional, con las consecuencias que ello importa.

## **VI. Conclusión**

Regresando al título del presente artículo, no se puede negar que el derecho del trabajo se encuentra en una transición en lo que respecta a su paradigma y el sujeto de protección, incluyendo así la protección de la salud mental del trabajador, y haciendo su protección una realidad en el plano fáctico.

El fallo analizado resulta contundente y fundamental a los fines de garantizar el acceso a la justicia y la dignidad de los trabajadores, en base al principio protectorio que particularmente rige la materia.

El hecho de que el Tribunal Superior de Justicia entienda como enfermedad profesional los daños psíquicos sufridos por la actora, y consecuentemente dispone condenar a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo contratada por la empleadora, aplicando el régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo, resulta un hito remarcable para el Derecho del Trabajo, ampliando el espectro de los derechos de los trabajadores, y así también su protección en el ámbito del trabajo, otorgando la entidad e importancia que le corresponde a la salud mental en los tiempos que corren.

Conforme señala el Dr. Luis Raffaghelli<sup>194</sup> y se comparte: “Los parámetros legales de salud y seguridad, contemplado en la normativa nacional (Ley 19587 y reglamentarias) e internacional como el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 22 de junio de 1981 y el Protocolo de 2002 sobre seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 20 de junio de 2002, en Ginebra, Confederación Suiza, aprobado por la Ley 26693 (promulgada de hecho 24.8.2011) y el Convenio OIT 187 del mismo tema, aprobado por Ley 26694 y promulgado en la misma fecha, deben cumplirse inexorablemente en los lugares de trabajo si aspiramos a un trabajo decente, digno y seguro”. Está claro que la incorporación del derecho de los trabajadores a un ambiente laboral seguro y saludable dentro de los Derechos Fundamentales del Trabajo por parte de la Conferencia Internacional de la OIT del año 2022, conforma un camino certero y sin retorno en esa línea y evita cualquier tipo de debate o discusión sobre el particular.

---

<sup>194</sup> RAFFAGHELLI, Luis: “Acción Sindical en los Riesgos Psicosociales”, Erreius, Temas de Derecho Laboral, diciembre, 2020

# EXCLUSIÓN E INCUMPLIMIENTO: LOS DESAFÍOS DE LA PRÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ARGENTINA

Por Carla Saad<sup>195</sup>

## ABSTRACT

El sistema normativo de las relaciones del trabajo dependiente parece haberse construido bajo una mirada que, a propósito o no, excluye diversos grupos de la sociedad o por lo menos no los incluye. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) impone a los Estados la obligación de armonizar la legislación interna de sus países con sus preceptos, el Estado argentino todavía no ha cumplido con esa obligación asumida, cuestión que se profundiza a la hora de analizar las relaciones del trabajo dependiente de las personas con discapacidad. Entonces ¿Cuáles son las posibilidades que enfrenta un trabajador con discapacidad al momento de reclamar sus derechos? Nos acercaremos al tema desde la normativa internacional y sus proyecciones hacia la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y derecho interno, aportando algunos interrogantes como disparadores de futuros análisis ante la práctica del derecho.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Contexto normativo internacional. III. La CDPD y el derecho al trabajo. IV. Proyecciones sobre el cumplimiento en Argentina. V. LCT y su armonización con la CDPD. VI. Algunas propuestas de reforma. VII. Reflexiones finales.

## I. Introducción

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), marcó un importante cambio de la política internacional en materia

<sup>195</sup> Investigadora (Categorizada II) en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Docente de la materia “Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de Conflictos” y Docente responsable de la materia opcional “Aspectos de los Derechos de las PCD. Perspectiva del empleo” de la Facultad de Derecho-UNC. Directora de proyectos de investigación acreditados en la línea derecho del trabajo y discapacidad, y de proyectos de extensión en trabajos con organizaciones intermedias. Miembro de comités académicos de revistas acreditadas nacionales y extranjeras, miembro de comisiones de evaluación en investigación (SECYT) y extensión (SEU). Representante de la Universidad Nacional de Córdoba en el Comité Académico de Accesibilidad y Discapacidad CAAyD-AUGM, Asociación Universidades Grupo Montevideo.

de discapacidad hacia un enfoque basado en los derechos humanos a pesar de ello, reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su publicación *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo sostenible*<sup>196</sup> que a pesar de cierto avance el cambio todavía no se ha visto reflejado en el mercado laboral, donde la igualdad de oportunidades de empleo para hombres y mujeres con discapacidad sigue siendo, en general, una mera aspiración. En este marco el empleo de las personas en situación de discapacidad enfrenta tasas más bajas, y el desempleo tasas más altas y una mayor probabilidad de ser económicamente inactivas que las personas sin discapacidad. Sigue sosteniendo el informe que aún aquellas personas en situación de discapacidad que están trabajando, *tienen más probabilidades de tener empleos mal remunerados, con pocas perspectivas profesionales y malas condiciones de trabajo*. Destaca el informe, desde un análisis interseccional, el impacto de la falta de igualdad de oportunidades en el trabajo, y agregamos sin dudas del trabajo decente, como una de las causas subyacentes de la pobreza y la exclusión de las personas con discapacidad, por lo que existe en el mundo, un vínculo innegable entre discapacidad, pobreza y exclusión. Lamentablemente a pesar que la publicación tiene varios años, la situación que plantea OIT como diagnóstico global no ha cambiado y comprende -sin lugar a dudas- a nuestro país<sup>197</sup>. En especial, respecto de las normas que regulan trabajo dependiente, la falta de armonización de la legislación laboral con la CDPD coadyuva a que las personas con discapacidad sean uno de los grupos más severamente afectados en la inclusión al mercado laboral formal, quedando mucho por hacer en torno a la regulación del empleo privado en materia de acciones sobre el reconocimiento del derecho humano al trabajo en igualdad de oportunidades y respecto al derecho de acceso, mantenimiento y finalización de la relación laboral con personas en situación de discapacidad.

---

<sup>196</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo sostenible, 2015, [https://www.ilo.org/skills/pubs/WCMS\\_430938/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/skills/pubs/WCMS_430938/lang-es/index.htm), recuperado el 15 de julio de 2023.

<sup>197</sup> En Argentina, los datos estadísticos disponibles son los obtenidos del Censo Nacional 2010 y del Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad, elaborado por el INDEC en el año 2018. Cabe aclarar que se ha realizado el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022 sin haberse publicado -hasta la fecha- nuevos datos sobre discapacidad. Surge de los datos vigentes, que en el país hay 3.571.983 personas que tienen algún tipo de limitación física o intelectual, lo que implica que más del 25% de los hogares tiene, al menos, a un integrante con esta condición. Representan un 10% de la población total de 6 años en adelante. El derecho a un trabajo es uno de los más vulnerados, tanto que, del casi 17% que está en edad de trabajar, la tasa de inactividad entre estas personas es del 64,1%, en tanto la tasa de actividad alcanza un 35,9%, es decir que, del total de las personas con discapacidad de 14 años y más, aproximadamente un tercio son económicamente activas. Solo un 32,2% de las personas del colectivo en edad laboral logra acceder a un empleo y el 10,3% de la población con discapacidad económicamente activa se encuentra desocupada. Fuente: <https://www.indec.gob.ar/>

## II. Contexto normativo internacional

Desde la incorporación del artículo 75, inc.22 de la Constitución Nacional los análisis de los operadores jurídicos tuvieron que ampliar su visión hacia un derecho que trasciende la normativa local. Desde la aprobación de la reforma en 1994, el enfoque empleado por los jueces al ejercer el control de constitucionalidad ha evolucionado hacia el confronto con las normas que integran el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. En estos términos, se torna imperioso y más aún es una obligación asumida por el Estado, armonizar la legislación interna con los preceptos convencionales.

En materia de regulación de derechos humanos de las personas con discapacidad, además de las normas generales de derechos, se requirió abordar de manera más específica su situación. Esto se debió a que estas personas se encontraron con desafíos y obstáculos particulares que no fueron abordados de manera suficiente en los tratados de derechos humanos de alcance más amplio.

Respecto de este continente, en el seno de la Organización de Estados Americanos- OEA se aprueba la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD)*, aprobada por Argentina en el año 2000 por ley 25250. La CIPCD tiene como eje central el compromiso de los Estados signatarios de implementar medidas progresivas para erradicar la discriminación y promover la inclusión en diferentes aspectos de la vida de las personas con discapacidad, siendo un precedente valioso en la región.

Años más tarde, con la activa participación de asociaciones de personas en situación de discapacidad que proponían el “modelo social de discapacidad<sup>198</sup>” impulsor del cambio de paradigma del concepto, en el marco de las Naciones Unidas (ONU) entra en vigor el 3 de mayo de 2008 tras la ratificación del veinteaavo Estado parte, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)* y representa un hito importante en el reconocimiento y la protección de los derechos de este grupo de población. Aprobada por el Estado argentino en el año 2008 por ley 26378, goza de jerarquía constitucional desde el año 2014 a partir de la ley 27044.

<sup>198</sup> Dijimos que el Modelo Social adoptado por la CDPD nos permitió pensar que la discapacidad deja de ser un atributo de un individuo para pasar a ser una construcción social. Éste modelo no pierde a la persona (en su dimensión individual) pero incorpora a la sociedad, de la que conforma un verdadero sistema. Sociedad y derechos humanos son las nuevas dimensiones que permiten reconocer en las personas con discapacidad su dignidad, su derecho a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, a la autonomía, a la libertad personal. SAAD, Carla-MINI, Emma. “Personas con discapacidad y derechos. Reforma de la Ley 22.431, una propuesta sobre el Eje Temático Trabajo”, Anuario XXI CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, pp. 257-266. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/issue/view/2682>, recuperado el 18 de mayo de 2023.



Sticca<sup>199</sup> sostiene que es posible distinguir entre los casos resueltos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) antes de la entrada en vigencia de la CIPCD y los casos resueltos luego de la vigencia de CDPD, permitiéndole afirmar que la entrada en vigor de la Convención Internacional implicó un cambio en el abordaje de la temática a nivel regional.

Es de destacar que anteriormente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya manifestaba su preocupación en el tema, cuestión que se evidencia a través del análisis del *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)* y *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)*, lo que demuestra el reconocimiento por parte de esta entidad estatal de su mandato como garante de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Convenios a los que la CDPD otorga nuevas interpretaciones<sup>200</sup>.

### III. La CDPD y el derecho al trabajo

Previo a adentrarnos en el análisis del art. 27 CDPD sobre el derecho al trabajo, se hace necesario aclarar el concepto de persona con discapacidad. Al respecto, el art. 1 CDPD dispone que: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Es decir que discapacidad es un concepto relacional que se construye desde las “barreras” que la sociedad le impone a una persona con diversidad funcional<sup>201</sup> impidiéndole, entre otras cosas, ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. Sin dudas, la CDPD amplía y fortalece la protección de derechos de las personas con discapacidad para la construcción de su propio proyecto de vida y en este sentido, el efectivo ejercicio del derecho al trabajo es uno de los pilares fundamentales para lograr su desarrollo personal y autónomo.

Entonces si la interacción con las “barreras sociales” son las que determinan la discapacidad de una persona ¿qué herramientas nos brinda la CDPD para que sean superadas? El principio de *accesibilidad* es una de las claves. Este principio planteado en el artículo 3 que encuentra su desarrollo tam-

<sup>199</sup> STICCA, Alejandra. “Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un tema prioritario en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Revista de la Facultad, Vol. XI. Nro.1, Nueva Serie II (2020), p. 137.

<sup>200</sup> Es interesante al respecto la consulta de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/@ifp\\_skills/documents/publication/wcms\\_106328.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@ifp_skills/documents/publication/wcms_106328.pdf)

<sup>201</sup> La CDPD utiliza el término “deficiencia” que recibió algunas críticas ya que además de tener una connotación negativa, se asocia al modelo médico que la misma Convención intenta superar.

bién como derecho declarado en el artículo 9 CDPD, impone a los Estados miembros la responsabilidad de implementar acciones adecuadas para garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso equitativo, en igualdad de condiciones con los demás, a entornos físicos, transporte, información y comunicaciones, lo cual abarca sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, así como otros servicios e instalaciones de acceso público, ya sean urbanas o rurales. Estas medidas, englobando la detección y eliminación de obstáculos y limitaciones de acceso, cumplen un aspecto esencial para el acceso, mantenimiento y efectivo ejercicio de derechos de las personas con discapacidad. Cabe destacar que también es responsabilidad de los privados el cumplir con los preceptos de la Convención y esto cobra especial relevancia a la hora de nuestro análisis posterior.

La *accesibilidad* se puede proyectar en dos dimensiones dadas en el artículo 2 CDPC: *diseño universal* y *ajustes razonables*. Según dicho artículo, por *diseño universal* “se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” y 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”. Tan importante es este principio de accesibilidad que el artículo 2, categoriza a la figura de discriminación por discapacidad no solamente por “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”, sino y en razón de su especificidad, “la denegación de ajustes razonables”.

La dimensión trabajo está abordada en especial en el artículo 27 CDPD. Esta es una dimensión que tiene ejes en el derecho al trabajo, el trabajo autónomo y el trabajo dependiente (empleo público o privado). Las directivas del artículo 27 se refieren al reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar (derecho al trabajo). Tomando los presupuestos del modelo social, refuerza la idea de autonomía cuando prescribe que el trabajo debe ser “libremente elegido o aceptado”, reconociendo su derecho a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, en entornos accesibles, superando las barreras sociales y con ajustes razonables. Respecto del empleo privado, enfatiza la necesidad de garantizar oportunidades de empleo inclusivas en el sector privado, promoviendo así la

participación activa y efectiva de las personas con discapacidad en la economía y la sociedad. También insta a los Estados a adoptar medidas efectivas para prevenir la discriminación y garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales en igualdad de condiciones.

Respecto de la armonización de las legislaciones laborales de los Estados partes, el artículo 27 alude a directivas particulares como la prohibición de discriminación en todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, asegurar el ejercicio de derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones y oportunidad respecto de los demás trabajadores, asegurar condiciones de higiene y seguridad, asegurar el acceso efectivo a programas generales de apoyo, promover condiciones para el empleo privado, público y por cuenta propia. También es importante destacar que se alienta no solamente el acceso sino también el mantenimiento, la promoción profesional y las medidas de retorno al trabajo.

El vínculo entre el artículo 2, que promueve el diseño universal y la implementación de ajustes razonables, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es esencial para garantizar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. El artículo 27 reconoce su derecho al trabajo y empleo en igualdad de condiciones, y el artículo 2 establece las bases para eliminar las barreras que obstaculizan ese derecho. El *diseño universal*, mencionado en el mismo contexto, resalta la importancia de crear entornos y productos que sean utilizables por todas las personas, eliminando así las barreras que podrían limitar la participación laboral y el pleno desarrollo de las personas en su diversidad. Los ajustes razonables, contemplados en el artículo 2, permiten modificar aspectos específicos del entorno laboral o las condiciones de trabajo para acomodar las necesidades individuales de las personas con discapacidad, sin imponer cargas desproporcionadas. Al aplicar estos principios, el artículo 27 cobra vida asegurando que las personas con discapacidad tengan igualdad de oportunidades en la adquisición y el ejercicio del empleo.

Del análisis general de la CDPD hemos considerado un núcleo de principios básicos<sup>202</sup> de respeto: dignidad - igualdad -no discriminación- autonomía -autodeterminación- género- accesibilidad- ajustes razonables – participación directa – transversalidad que deben considerarse a la hora del análisis sobre la armonización legal hacia el derecho interno.

---

<sup>202</sup> Para ampliar el análisis se puede consultar nuestra publicación SAAD, Carla-MINI, Emma. “Personas con discapacidad y derechos. Reforma de la Ley 22431, una propuesta sobre el Eje Temático Trabajo”, Anuario XXI CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, pp. 257-266. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/issue/view/2682>, búsqueda del 18 de mayo de 2023.

#### IV. Proyecciones sobre el cumplimiento en Argentina

El *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* es el organismo dado por la CDPD para acompañar el cumplimiento de los Estados respecto de la armonización de los derechos de la convención en sus legislaciones internas. Cada país, en un período dado, presenta sus informes oficiales y al mismo tiempo, organizaciones de la sociedad civil acompañan el suyo, para que luego el Comité realice observaciones y emita las recomendaciones de rigor.

De las *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina*<sup>203</sup>, el Comité observa, entre otras cuestiones, la persistencia del modelo médico en la legislación y las políticas de discapacidad; armonizar su legislación y políticas públicas de discapacidad a nivel federal, provincial y local con la Convención, incluyendo la aprobación de una nueva ley sobre los derechos de las personas con discapacidad alineada con el modelo de derechos humanos.

Respecto del cumplimiento del artículo 27 CDPD sobre “trabajo y empleo”, hemos rescatado aquellos puntos referidos a la legislación sobre empleo privado. En este sentido al Comité le preocupa lo siguiente: “a) Las Leyes 23592 y 20744 (Ley de Contrato de Trabajo) no han incorporado claramente la discapacidad como criterio para prohibir la discriminación; (...)

c) La Ley 27555 de Teletrabajo solo menciona a las personas con discapacidad como personas al cuidado de otras; (...)

d) La escasa inclusión laboral de las personas con discapacidad, especialmente de mujeres con discapacidad, reflejada en el cumplimiento del 0,87% del cupo laboral de 4% para personas con discapacidad en el sector público y en entidades privadas concesionarias de servicios públicos (Ley 22431); (...)

f) La falta de accesibilidad física y comunicacional, de ajustes razonables y apoyos para personas con discapacidad en ambientes laborales del sector público y privado...”.

De estas observaciones surgen las siguientes recomendaciones, previo recordar la “observación general núm. 8 (2022), el Comité recomienda al Estado parte, de conformidad con la meta 8.5 de los Objetivos del Desarrollo Sostenible:

a) Incorporar la discapacidad como criterio para prohibir la discriminación en la Ley de Contrato de Trabajo;

b) Derogar la Ley 26816 y acelerar la transición de las personas con discapacidad en los talleres protegidos al mercado laboral abierto en los sectores

<sup>203</sup> NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones”, CRPD/C/ARG/CO/1, (17 a 28 de septiembre de 2012), <https://www.ohchr.org> búsqueda del 29 de julio de 2022.

privado y público, con igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, en un entorno laboral inclusivo;

c) Incorporar la perspectiva de discapacidad en la Ley de Teletrabajo, estableciendo apoyos y ajustes razonables para las personas con discapacidad;

d) Reforzar las medidas afirmativas y los incentivos para alentar el empleo de las personas con discapacidad, en los sectores público y privado, y cumplir al menos con el cupo laboral del 4% para personas con discapacidad en el sector público y en entidades privadas concesionarias de servicios públicos; (...)

f) Asegurar que los lugares de trabajo del sector público y privado sean accesibles y estén adaptados para las personas con discapacidad, e impartir capacitación a los empleadores acerca de la facilitación de apoyos y ajustes razonables”.

Con anterioridad a este informe particular sobre Argentina, el Comité interpretó los alcances del artículo 27 del CDPD en su Observación General No. 6<sup>204</sup>, la cual se refiere a la igualdad y no discriminación. Señaló en esa oportunidad que, para lograr la igualdad de hecho de conformidad con la CDPD, los Estados Partes deben velar porque no exista discriminación en el ámbito del empleo y garantizar los ajustes razonables, como también “lograr o acelerar la igualdad de hecho en el entorno de trabajo”. En relación a los ajustes razonables, brinda los criterios generales de interpretación de la figura que guiaran el análisis posterior.

Lo cierto es que a la luz de lo observado, es imperioso lograr la armonización plena de nuestra legislación interna para con los preceptos de la Convención. Un camino que todavía el derecho del trabajo no ha comenzado, entonces todos los esfuerzos de los operadores del derecho tendrán que dirigirse a armonizar en la interpretación normativa la práctica del derecho vigente. En este marco y con el objetivo de aportar algunos interrogantes como disparadores de futuros análisis, nos preguntamos ¿Cuáles son algunos institutos de la Ley de Contrato de Trabajo LCT que pueden repensarse bajo la armonización de la CDPD?

## V. LCT y su armonización con la CDPD

Como dijimos anteriormente la *accesibilidad*, como principio y como derecho, es una de las claves que nos brinda la CDPD para garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso equitativo, en igualdad de condiciones con los demás al ejercicio de sus derechos, entre los que se encuentra el empleo.

<sup>204</sup> NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación”, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018, <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-6-article-5-equality-and-non>, recuperado el 20 de noviembre de 2022.

A la hora del análisis de este precepto sería posible repensar algunos institutos de la Ley de Contrato de Trabajo LCT cuando se trata de un trabajador con discapacidad, así podemos comenzar a ensayar algunos interrogantes: ¿Cuál es el alcance de la rescisión del contrato en el caso de enfermedades inculpables, arts. 208 a 212 LCT? ¿Cómo se configura la discriminación en razón de discapacidad y sus efectos? ¿Existe un “cupo de ingreso” para el empleo privado?

Vamos a proponer algunas respuestas. El alcance de la rescisión del contrato en caso de accidentes o enfermedades inculpables (LCT, Título X, Capítulo I, art. 211) y bajo el supuesto del vencimiento del plazo de la licencia legal paga del art. 208 LCT, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su puesto de trabajo anterior al suceso, el empleador deberá realizar los “ajustes razonables” que permitan la reincorporación del trabajador con discapacidad adquirida conservando su empleo. En el caso de imposibilidad manifiesta (del empleador o trabajador) comenzará a contarse el plazo de reserva de puesto previsto en el art. 211 (un año). Recordemos que según el art. 2 CDPD, la denegación de “ajustes razonables” configura un acto de discriminación por discapacidad, entonces, ante un requerimiento fehaciente bajo apercibimiento de considerar la falta de adecuación un acto discriminatorio configurado según el art.2 CDPD, pondría al trabajador conforme la ley 23592 de actos discriminatorios, estar en posición de solicitar dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

¿Cómo interpretar el alcance de la obligación de realizar “ajustes razonables<sup>205</sup>”? La *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*<sup>206</sup> sostiene que de conformidad con los artículos 2 y 5 de la Convención, su enfoque se divide en dos aspectos: el primero impone una responsabilidad legal positiva de implementar ajustes razonables, que engloban modificaciones o adaptaciones necesarias y adecuadas en situaciones particulares para garantizar que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos plenamente. El segundo aspecto asegura que estos ajustes requeridos no generen una carga excesiva o indebida para aquellos encargados de garantizar los derechos. Entonces resulta que:

a) El término “ajustes razonables” representa una entidad única y “razonables” no debe malinterpretarse como una cláusula de excepción. El concepto de “razonabilidad” no debe considerarse como un elemento que modifica la obligación. Su función no radica en evaluar los costos del ajuste ni la dispo-

<sup>205</sup> Recordemos la definición del art. 2 CDPD: “... “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...”.

<sup>206</sup> NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación”, *ibídem*.

nibilidad de recursos, aspectos que se consideran posteriormente al evaluar la “carga desproporcionada o indebida”. Más bien, la razonabilidad de un ajuste se relaciona con su pertinencia, eficacia y adecuación a las necesidades de la persona con discapacidad. En este sentido, un ajuste es razonable si cumple con su objetivo o metas y si está diseñado para satisfacer los requisitos específicos de la persona con discapacidad.

b) El término “carga desproporcionada o indebida” debe interpretarse como un concepto unificado que establece los límites de la obligación de proporcionar ajustes razonables. Estos términos son sinónimos y se refieren a la misma noción: que la solicitud de ajustes razonables tendrá como tope una carga que resulte excesiva o injustificada para la parte responsable de implementarlos.

Ante el requerimiento del trabajador, tendrá el empleador la obligación jurídica positiva de proporcionar el “ajuste” del puesto de trabajo que deberá ser “razonable”, en términos de la modificación o adaptación para el caso particular del trabajador con discapacidad adquirida, teniendo como límite de esta obligación demostrar que la misma representa una carga excesiva o injustificada.

A nuestro entender, los “ajustes razonables” son una obligación del empleador y en este sentido propusimos como reforma<sup>207</sup> la incorporación en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), ley 20744 y mod. (Título II, Capítulo VII) de una obligación específica del empleador de otorgar dichos ajustes al puesto de trabajo, como así también incorporar en la ley discriminación general -ley 23592, especificando el tipo “motivos de discapacidad” reafirmando la posibilidad del trabajador con discapacidad de optar por la reparación civil del daño sufrido (armonización con art. 27 CDPD). Hasta que la reforma suceda, la interpretación sistémica nos permite repensar el instituto conforme la vigencia que le otorga la CDPD.

Es cierto que la percepción generalizada, cuando hablamos de “ajustes razonables” particularizados a las necesidades de un trabajador con discapacidad, es que estamos solicitando adecuaciones o adaptaciones costosas, difíciles de realizar<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> SAAD, Carla-MINI, Emma. Ob.cit.

<sup>208</sup> Santiago Libertella vocero de Inclúyeme, un portal de empleo y capacitación que nació en Argentina, en nota dada al portal de “El Litoral 105”, contestando sobre los mitos sobre contratar a personas con discapacidad sostuvo “los mitos y prejuicios respecto a la discapacidad, lamentablemente, están aún a la orden del día. Sin embargo, pueden ser fácilmente derribados y comprobarse que, incluso, existen beneficios en convertirse en una organización más inclusiva. Precisa sobre “Accesibilidad: Muchas veces nos dicen ‘yo no puedo contratar porque mis edificios no son accesibles’. No es necesario que un edificio lo sea al cien por ciento. Si hoy esperaríamos a que todos estén adaptados para recién empezar a incorporar personal no habría ninguna persona trabajando. De todas maneras, es algo importante a tener en cuenta y se pueden realizar evaluaciones para realizar pequeños cambios sin inversión o con una muy baja”. Viernes 10.3.2023. [https://www.ellitoral.com/informacion-general/inclusion-empleo-solo-el-5-por-ciento-de-las-personas-con-discapacidad-tiene-un-trabajo-formal-argentina\\_0\\_H0nNTy4maF.html](https://www.ellitoral.com/informacion-general/inclusion-empleo-solo-el-5-por-ciento-de-las-personas-con-discapacidad-tiene-un-trabajo-formal-argentina_0_H0nNTy4maF.html).

La OIT en su guía práctica<sup>209</sup> sobre el tema resalta que en general entraña un costo mínimo o nulo para el empleador y aporta beneficios concretos tanto para el empleador como para el trabajador. Se enfatiza en el texto que en el ámbito laboral, un ajuste razonable engloba la implementación de cambios o adaptaciones específicas, adecuadas y esenciales para que un trabajador con discapacidad pueda gozar de los mismos derechos que los demás trabajadores y que su implementación no tiene por objetivo imponer una carga indebida a un empleador, ni tampoco conceder a un empleado un beneficio o ventaja injusto sobre otro.

Por último, contestando a la pregunta si existe un “cupo” de ingreso al empleo privado, respondemos afirmativamente aunque debemos aclarar que su alcance es limitado a las empresas privadas prestatarias de servicios públicos. Esta afirmación se sustenta en el artículo 8 de la ley 22431 que, vigente hasta el momento, les extiende el alcance del cupo del 4% dado para el ingreso al empleo público. A este instituto le hemos dado un carácter diferencial denominándolo “cupo derivado o indirecto” en atención que la figura proviene de una regulación especial dirigida al empleo público. No pretendemos agotar el razonamiento respecto del cumplimiento de la medida y la discusión de su operatividad<sup>210</sup>, pero si repensar la cuestión a la hora de la práctica. De allí, entendemos que una persona con discapacidad puede invocar el “cupo derivado o indirecto” ante el llamado a cubrir cargos en una empresa prestataria de servicios públicos nacionales y, ante su negativa, invocar todos los derechos amparados por la CDPD, entre ellos, el de “discriminación por razones de discapacidad” como también, para el caso de ser sometido a una selección la solicitud de “ajustes razonables” que le posibiliten realizar el acto en igualdad de condiciones que los demás participantes.

---

<sup>209</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo. Una Guía Práctica, Ginebra, 2017. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_560782.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_560782.pdf), recuperado el 2 de agosto de 2023.

<sup>210</sup> Casi no existen precedentes en nuestra jurisprudencia nacional al respecto. La Provincia de Córdoba por ley 5624, modificada por la ley 8834 se establece un cupo de ingreso al empleo público del 5% excluyendo la ley provincial a las empresas privadas prestatarias de servicios públicos. Fue motivo de otros análisis el “D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA – EPEC - AMPARO -RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. 2488520) del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), con fecha 12 de abril 2019, respecto de la invocación del cupo ante una empresa provincial autárquica. Para profundizar puede consultarse, entre otros: SAAD, Carla. “Una cuestión de derechos humanos: acceso al trabajo de personas con discapacidad” (comentario a fallo), Revista de la Facultad, Vol. IX, Nro.1, Córdoba, junio 2018, <https://derecho.unc.edu.ar/revista-de-la-facultad/#1594870710504-e36ca330-2a91>; GASTALDI, Paula. “Cupo laboral de personas con discapacidad. Un análisis de la interpretación realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, Anuario XX (2022), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho (UNC), Córdoba, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/37564>.



## VI. Algunas propuestas de reforma

La persistencia de los estereotipos sobre las personas con discapacidad a la hora de legislar parece no haber cambiado. Se ha dicho<sup>211</sup> certeramente que el cambio de paradigmas sobre el concepto de discapacidad, como imposibilidad de hacer cosas, cuya causa está en el entorno, nos muestra otro error de diseño o de planificación que tenemos que aprender a combatir: la tendencia de las personas, y en especial de los diseñadores de políticas y de los responsables de tomar decisiones, de segregar a las personas con discapacidad y de buscar soluciones especiales segregadas. El problema de los prejuicios —al igual que la discriminación que producen— es que se traducen en la negación de muchos de los derechos humanos básicos de las personas con discapacidad.

Quizás la oportunidad para avanzar respecto del cambio de paradigma del concepto dado por la CDPD sobre la legislación laboral hubiera sido la reciente Ley 27555, Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo<sup>212</sup> que incorpora a la prestación como una nueva modalidad del contrato de trabajo. Aunque es innegable que el artículo 6 de la ley regula las denominadas “tareas de cuidado” al establecer el derecho a horarios compatibles o interrupción de la jornada laboral para aquellos trabajadores a cargo de personas con discapacidad, y lo considera un acto discriminatorio con la consecuente aplicación de la ley 23592, dicha regulación atribuida más a una perspectiva de género, es insuficiente ya que así redactada parece perpetuar un estereotipo de la discapacidad y deja sin regular el incentivo del teletrabajo como acceso y mantenimiento del empleo privado de personas con discapacidad, en los términos de la CDPD. Recordemos aquí que vigente la ley, las últimas observaciones realizadas a Argentina por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* insta en sus recomendaciones, entre otras, sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de discapacidad en la Ley de Teletrabajo, estableciendo apoyos y ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Como aporte, desde nuestros trabajos de investigación, propusimos como reforma incorporar un derecho de opción del trabajador con discapacidad para pasar de trabajo presencial a modalidad de teletrabajo y para el caso de dicho ejercicio, establecer una obligación de una “Agencia pública de ajustes en el trabajo” para que tomen a cargo la provisión de tecnología y ajustes razo-

<sup>211</sup> DEL AGUILA, Luis M. “Estereotipos y prejuicios que afectan a las personas con discapacidad. Las consecuencias que esto genera para el desarrollo de políticas públicas inclusivas en cualquier lugar del mundo” en ROSALES, Pablo (Director). *Discapacidad, justicia y Estado: discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 47.

<sup>212</sup> Según el art. 1º de la Resolución N° 54/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social B.O. 5/2/2021 se establece que el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, previsto por la presente Ley, entrará en vigencia el 1º de abril del 2021.

nables del puesto de trabajo remoto para el caso de empresas MiPyme (categorización según parámetros de la ley 25300). Para el caso de la incorporación de una persona con discapacidad como teletrabajador originario y siempre que se trate de empresas MiPyme (categorización según parámetros de la ley 25300), hemos propuesto que la provisión de tecnología y ajustes razonables del nuevo puesto de trabajo sea a cargo de la misma agencia pública.

Parece que a la hora de construir legislativamente se sigue el estereotipo de la tragedia, es decir, aquella que trae una enfermedad, mirada de modelos de la discapacidad que pretenden ser superados. Shapiro<sup>213</sup> enfatiza “no hay tragedia en la discapacidad. La verdadera y única tragedia es que la sociedad y el Estado fallen y sean incapaces de proveer una y otra vez las cosas más elementales que necesitamos para llevar vidas en igualdad de oportunidades, lo cual no es un asunto de caridad, sino un asunto de derechos”.

## VII. Reflexiones finales

Coincidimos con Victoria Maldonado<sup>214</sup> cuando sostiene que la inclusión social y económica, junto con la completa participación de las personas con discapacidad, depende de la estructuración y ampliación de un nuevo marco fundamentado en el significado real de la discapacidad dentro del contexto social moderno. Este nuevo marco conceptual será aquel que genere acciones sociales incluyentes que permitan a las personas con discapacidad vivir satisfactoriamente, ser útiles y económicamente independientes. Dicho marco deberá satisfacer las normas nacionales e internacionales del bienestar, los Derechos Humanos, la democracia y los principios de ciudadanía. A este marco conceptual planteado por Victoria Maldonado, agregamos aquellas acciones que les permitan a las personas con discapacidad construir un propio y protagónico proyecto de vida, de manera autónoma con activa participación social.

Ante el incumplimiento de armonizar la legislación del trabajo dependiente a los preceptos de la Convención Internacional es un gran desafío que debemos enfrentar los operadores del derecho frente a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad persiguiendo como perspectiva el ejercicio de los derechos humanos que, en la moderna concepción, deben estar dirigidos a concretar el acceso pleno de sus derechos y oportunidades. Pero si hablamos de trabajo, sumamos como meta –como la de cualquier trabajador- el ejercicio de un “trabajo decente”, noción que toma transversalmente a las relaciones del

<sup>213</sup> SHAPIRO, Joseph P. No pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement, Nueva York, Times Books. A Division of Random House, 1993, en DEL AGUILA, Luis M. Ob.cit, p.58.

<sup>214</sup> VICTORIA MALDONADO, Jorge. “Modelo Social de Discapacidad. Una cuestión de Derechos Humanos”, Revista de Derecho UNED, núm. 12, 2013, pág. 828.

trabajo y a los trabajadores, en razón de posicionarse como un estándar a alcanzar por los diferentes sistemas normativos de los países miembros de la OIT. En palabras de Levaggi<sup>215</sup> “no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo”.

Mientras se reclama y aguarda la armonización normativa comprometida, recae sobre los profesionales del derecho la responsabilidad de llevar a cabo una interpretación holística y reexaminar las regulaciones laborales bajo el prisma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que integra el bloque constitucional a partir de la ley 27044. Quizás así podremos dejar de ser otra *barrera* en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

---

<sup>215</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Discurso del Director Virgilio Levaggi con motivo de “Latin HR Summit 2015”, [https://www.ilo.org/sanjose/quienes-somos/direcci%C3%B3n/presentaciones/WCMS\\_382559/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/sanjose/quienes-somos/direcci%C3%B3n/presentaciones/WCMS_382559/lang-es/index.htm), recuperado el 3 de agosto de 2023.

## VIOLENCIA LABORAL VS. TOLERANCIA LABORAL Y TRABAJO DECENTE<sup>216</sup>

*Por Valeria E. Mimessi.<sup>217</sup>*

### ABSTRACT

Análisis conceptual y normativa de violencia, tolerancia y trabajo decente desde la óptica teórica de los derechos humanos en el trabajo. Se llama especialmente la atención de que el respeto de los derechos sociales y de valores como equidad, igualdad y dignidad, se reinstalan con igual o mayor fuerza ante la irracional voluntad de mostrar como irremediable la existencia de violencia en el trabajo

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Igualdad y no discriminación. III. Marco Legislativo. IV. Violencia Laboral. V. Tipos de violencia laboral. VI. Tolerancia laboral y trabajo decente. VII. Conclusión.

### I. Introducción.

En la actualidad se produjo un repensar y resignificar la importancia de los derechos humanos, la necesidad de su protección y aplicación a circunstancias que se viven diariamente. En una aproximación sencilla resulta necesario recordar que estas facultades son las que gozamos básicamente por existir como seres humanos y son **inherentes** a todas las personas, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales —el derecho a la vida— hasta los que dan valor a nuestra existencia, como el de la alimentación, educación, trabajo, salud, libertad y específicamente el que se relaciona con el tema que nos proponemos desarrollar en esta presentación: a la igualdad.

Como lo hicimos en otras oportunidades, para acercarnos al significado más concreto de los derechos humanos seguiremos la definición que nos

<sup>216</sup> En base a los contenidos tratados en la clase del 26/4/2022 de la materia Derechos Humanos Laborales de la Facultad de Derecho de la UNC.

<sup>217</sup> Abogada, vocal de la Sala 7 de la Cámara del Trabajo de Córdoba, profesora de Historia, especialista en Derecho Laboral, profesora de la cátedra del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNC, profesora de pos grado, disertante, ponente y autora de artículos referidos a la materia derecho laboral.

brinda Ferrajoli y en ese sentido decimos que forma parte de aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar.

En junio de 1998, la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra adoptó la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo mediante la cual se declaraba que todos los Miembros de la organización, aun cuando no hayan ratificado todos los convenios de la misma, tienen el compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En efecto el conjunto de normas, conocidas como “fundamentales”, proporcionan el marco necesario para mejorar las condiciones de trabajo individuales y colectivas, respondiendo a principios que están en la base del continuo esfuerzo de la humanidad para lograr un progreso económico, político y social sostenido. Por ello resulta de suma importancia aprender el significado y alcance de los derechos que se encuentran reconocidos tanto dentro del ámbito de la legislación nacional como internacional.

Dentro de los que consideramos los derechos humanos fundamentales cobra una especial relevancia para el derecho del trabajo el derecho a la igualdad con sus correlatos de trato no discriminatorio y tolerancia laboral. En efecto, hoy resulta imprescindible tanto el reconocer a que hacemos referencia cuando hablamos de ellos, como los instrumentos legales vigentes que promueven su justificación y reconocimiento y obviamente conocer aquellas acciones que los violentan para pensar acciones que los protejan y garanticen.

## **II. Igualdad y No discriminación.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha brindado parámetros que fueron analizados por Puccinelli<sup>218</sup> y sintetizados por Kiper<sup>219</sup> para definir lo que se entiende por igualdad ante la ley:

- a. Debe tratarse de la misma manera a quienes se encuentran en idénticas circunstancias.
- b. El legislador puede contemplar situaciones que considera diferentes y fijar tratamientos dispares.
- c. Tal facultad esta librada a la discreción legislativa, y por ello se prohíbe

<sup>218</sup> PUCCINELLI, Oscar, “El principio de igualdad en occidente. Alcances y perspectivas”, E.D. (t.142) 903.

<sup>219</sup> Op cit

a los jueces enjuiciarlas, salvo que el legislador haya incurrido en arbitrariedad.

d. Dicha arbitrariedad debe consistir en una irrazonable forma de géneros y especies legales (de los que debiera haber resultado que a iguales antecedentes se imputaran iguales consecuentes, sin que a ninguna de las situaciones fácticamente iguales se las excluyera del antecedente) o en un arbitrario distinggo basado en propósitos de hostilidad.

e. Se puede contemplar en forma distinta situaciones que se consideren diferentes, siempre que la discriminación no responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo.<sup>220</sup>

Por otro costado, discriminación, discriminazione, discrimination, son algunos de los vocablos acuñados por los diferentes países para referirse a éste fenómeno y condenarlo de modo global. En su génesis, el mismo aparece sin la carga negativa que porta en la actualidad. En efecto, su raíz latina contiene la noción de “distinguir una cosa de otra”, sin que de ello resulte un contenido avieso. Inclusive, es conocido por todo, la apotema que dice que todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, son iguales, pero la naturaleza misma se encarga de demostrar que existen diferencias funcionales entre ellos, tales como la edad, el sexo, las habilidades, la educación. Al respecto Vázquez Vialard expresa que estas diferencias “... hacen que forzosamente tengan que admitirse aparentes desigualdades en el trato (discriminación positiva) que sólo tiende a igualar, a compensar mediante la consideración debida, la distinta situación que, aunque accidental, no deja de tener importancia en el trato entre las partes.- En definitiva, paradójicamente, estas diferencias tienden a mantener la igualdad de trato”<sup>221</sup>.-

En definitiva, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española de la lengua, discriminar, es separar una cosa de otra basándose en determinados criterios rectores para esa elección. Con lo cual se puede deducir que en sí mismo el término no contiene elementos negativos, a pesar de que generalmente ese es el matiz con el que se lo considera tiene también otro que se puede denominar como positivo.

A la discriminación “negativa” se la puede entender como la separación o no adjudicación de derechos a una persona teniendo en cuenta bases o criterios que inaceptables para una sociedad democrática, tales como su raza, religión, sexo, etc. Este tipo de conductas constituyen la manifestación de un “prejuicio”<sup>222</sup> y repugnan a toda sociedad civilizada ya que menoscaba la dignidad del

<sup>220</sup> SARDEGNA. Miguel, Ley de Contrato de Trabajo- Comentada- Anotada – Concordada, Editorial Universidad, Bs. As. 1995, pg. 196

<sup>221</sup> VAZQUEZ VIALARD Antonio (dir.), Ojeda Raúl Horacio (coord.), Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, pag.238.-

<sup>222</sup> “...El prejuicio puede considerarse, pues, como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación... El prejuicio es...un juicio de valor fundado objetivamente y de origen cultural”.

hombre. Por estas razones es que se establece la prohibición de no discriminar que implica la existencia de un trato igualitario, en atención a que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley, es decir iguales en dignidad. En consecuencia, resulta ilícito privar a cualquier persona de derechos en razón del sexo, raza, religión u otra condición que posean. El concepto tradicional de no discriminación o no segregación, se ha enlazado generalmente con el respeto al derecho a la igualdad.

### III. Marco legislativo.

El principio de igualdad y su necesaria consecuencia “la no-discriminación”, tienen fuerte recepción legal tanto a nivel internacional como en nuestro país. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que los derechos humanos fundamentales pertenecen *ab initio* al dominio de las normas de *ius cogens* y que la salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por los principios de la moral universal. Tratándose de normas fundamentales existe el deber de respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar o incluso, para vulnerar su cumplimiento. Ni siquiera tratándose del orden público es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho fundamental y mucho menos invocando objetivos de política interna, contrarios al bien común. Los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes lato sensu* no se despliegan sólo entre las partes contratantes, sino que se producen a la manera de derecho a favor de terceros. El carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación implica que por su carácter perentorio estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones por cuanto no dependen ni de la voluntad, ni del acuerdo, ni del consentimiento de los sujetos.

En cuanto a la tarea desarrollada por las organizaciones internacionales cabe destacar en particular los Convenios de la O.I.T. Uno de los textos normativos más importantes, que establece los criterios de la no-discriminación es el Convenio N° 111 de la O.I.T., en lo que concierne a la discriminación en el empleo y en el ejercicio de la profesión. De acuerdo a su art. 1° la discriminación en el empleo significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad, que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades a trato igualitario con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión.

La discriminación también incluye cualquier otra diferenciación, exclu-

---

KIPER Claudio Marcelo, Derechos de las minorías frente a la discriminación, Editorial Hammurabi, octubre 1998, Bs. As., Editor José Luis Depalma. pg. 33.

sión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades a trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión. No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico, de ello se desprende que la discriminación sería una diferenciación arbitraria sin justificación alguna, basada en la pertenencia a un grupo social o categoría específica.

Este Convenio define también a la discriminación en el empleo como una consecuencia de los privilegios. La falta de privilegios discrimina a quienes, en consecuencia, se ven desprovistos de iguales oportunidades o de igual trato en el empleo o en el ejercicio de la profesión.

La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR (2015), indica en su art. 4 que “Los Estados Partes se comprometen a garantizar, conforme a la legislación vigente y las prácticas nacionales, la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y la ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de sexo, etnia, raza, color, ascendencia nacional, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, edad, credo, opinión y actividad política y sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social, familiar o personal ».

Nuestra Constitución Nacional si bien no alude directamente a la igualdad y no discriminación laboral, salvo en lo que hace específicamente a la paridad y justicia remuneratoria (art. 16 y 14 CN), se encarga de abordar la temática cuando regula específicamente la protección del trabajo en sus diversas formas y las garantías de condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis). También se introduce la cuestión al legislar el principio de “igual remuneración por igual tarea” que intenta evitar distinciones injustas, pero no aquellas basadas en elementos objetivos.

Posteriormente, la Reforma Constitucional de 1994, incorporó tratados y declaraciones sobre derechos humanos a través del art. 75 inc. 22 con un régimen especial: el de gozar de jerarquía constitucional, siendo de trascendental importancia al adquirir éstos la misma supremacía que la norma madre. Con esta disposición la protección de los derechos humanos y entre ellos el de la dignidad del hombre ha sido vigorizada.<sup>223</sup>

Además de éste canon internacional, la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 17 sienta el principio general de “no-discriminación en el empleo”. Como señala Sardegna<sup>224</sup> “... Este artículo... pretende excluir la arbitrariedad. No hay

<sup>223</sup>Se incluyeron: A) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2. B) La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 2º, párrafo 1º y art. 7º. C) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su art. 2º y 7º. D) La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 1º y 4º. E) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 1º.

<sup>224</sup> SARDEGNA. Miguel, Ley de Contrato de Trabajo- Comentada- Anotada – Concordada, Editorial



derecho a la arbitrariedad y al tratamiento desigual de iguales, en circunstancias iguales, que se traduce en un perjuicio, no tiene razón, es arbitrario”. El artículo prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, haciendo una enumeración que de ningún modo se puede considerar taxativa.

Posteriormente, en su artículo 81, la LCT sienta el principio de igualdad de trato, estableciendo que 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 razón 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.

Sin embargo, la herramienta jurídica fundamental que completa y operativiza este anhelo internacional de condena a la “discriminación negativa” es la ley Nro. 23.592. Así, expresa la norma enunciada que quien arbitrariamente impida, obstruya o restrinja de algún modo, menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias fundamentales reconocidos en la C.N., 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. 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. Es decir, que se puede pedir la cesación del acto discriminatorio y reclamar el daño material y moral, o en su caso pedir sólo la reparación del daño material y moral. Este remedio puede efectuarse por vía de la acción de amparo, por la víctima, el defensor del pueblo o asociación legitimada o con alguna formalidad asociativa. La acción tendiente a la cesación o supresión del acto discriminatorio debe incluir la posibilidad de reclamar la nulidad del acto (por ejemplo, un despido) y la reposición al estado anterior.

La Ley antidiscriminatoria implicó un giro jurídico con vastos alcances en todo el mundo del derecho en atención a que la proscripción de discriminar derivada del “*ius gentium*” informa todas las ramas del derecho “transversalmente”. Vale decir que la prohibición de efectuar actos “discriminatorios” “perfora” las competencias establecidas por cada rama del derecho y posibilita su aplicación en cada una de las disciplinas jurídicas que toca, entre ellas el derecho laboral. Por esta razón se considera que la ley general antidiscriminatoria es incuestionable y le proporciona operatividad a lo establecido por la misma LCT en su art.17. En este sentido se coincide con el Dr. Valentín Rubio quien

expresara “...*al existir un derecho fundamental a no ser discriminado, al ser el acto discriminatorio un acto prohibido por las leyes, aquí habrá ilicitud, y el afectado además de requerir la cesación de los actos de tal naturaleza, en el caso de haber sufrido un daño se encuentra habilitado para demandar su reparación*”<sup>225</sup>. Pero se debe poner énfasis en el hecho de que se habla de lo que supra definimos como “discriminación negativa”, es decir el que es consecuencia de un prejuicio o con un fundamento disvalioso o considerado socialmente reprochable. De este modo no cualquier separación de un trabajador de sus tareas o incluso el despido mismo será pasible de esta reparación.

La ley 23592 es complementada, suplementada, aclarada y precisada con otras leyes especiales:

- 1.- Nro. 22.431, sobre discapacidad;
- 2.- Nro. 23.798 en cuanto a la declaración de interés nacional de la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA);
- 3.- Nro. 26.162, Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- 4.- Nro. 26.657 de Salud Mental, art.7;
- 5.- Nro. 26.529, de Derechos del Paciente, art. 2;
- 6.- Nro. 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, art. 1;
- 7.- Nro. 25.280 que aprueba la discriminación por razones de discapacidad;
- 8.- Nro. 26.281 protege a los trabajadores que padecen epilepsia de manera similar a quienes padecen de diabetes;
- 9.- Nro. 23.753 y su modificatoria la Ley 25.788, impide que la diabetes sea causa de impedimento para el ingreso laboral;
- 10.- Nro. 26281, protege a los trabajadores que padecen Mal de Chagas, de manera similar a quienes padecen diabetes y epilepsia;
- 11.- Nro. 26.485 de Protección Integral a las Mujeres y su decreto reglamentario 1011/2010
- 12.- Ley 25.871 sobre migración, art. 6 sobre trato igualitario de inmigrantes y sus familias.

#### **IV. Violencia Laboral.**

Se entiende por violencia el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona, un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. Este

<sup>225</sup> RUBIO Valentín “Discriminación en el Trabajo. Despido discriminatorio”, Revista de Derecho Laboral 2000-1, Ed. Rubinzal Culzoni pag.226/227

fenómeno mundial ha aumentado significativamente en los últimos decenios, afectando a toda la población; sin respetar edad, raza, condición socioeconómica, educación, religión, género y lugar, lo que da cuenta de lo extendido del problema. El fenómeno de la violencia es complejo, por lo que resulta una tarea complicada desglosar las diferentes formas de violencia y caracterizarlas, así como establecer sus causas y consecuencias. Existen varias formas o tipos de violencia según los aspectos que se consideren: individuos afectados; agentes de violencia; motivos; relación existente entre agresor y agredido, naturaleza de la agresión, entre otros.

En el lugar de trabajo, la violencia –sea física o psicológica– ha adquirido gran relevancia y alcanza diversos contextos laborales y grupos profesionales afectando la dignidad de las personas. La violencia es una fuente de desigualdad, estigmatización y conflicto en el trabajo por lo que requiere su identificación rápida a los fines de evitar las consecuencias nefastas que produce en un empleo. Por ello, resulta relevante que nos aproximemos a su conceptualización como 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.

## **V. Tipos de violencia laboral.**

La violencia laboral puede presentar distintos tipos:

a. Acoso descendente: se presenta cuando un jefe ejerce acoso laboral en contra de sus subordinados abusando de su posición de superioridad o mando dentro de la jerarquía de la empresa. Esto se manifiesta por ejemplo cuando se somete al trabajador a una sobre carga laboral, o se rechaza sistemáticamente las iniciativas que presenta el dependiente o cuando existe una amenaza constante de despido.

b. Acoso horizontal: el mismo se produce cuando el trabajador es acosado por compañeros de labor de su mismo nivel de decisión en el organigrama de la empresa.

c. Acoso vertical ascendente: cuando el jefe es hostigado por el personal a su cargo. Se puede vislumbrar por ejemplo cuando el personal se niega a acatar las órdenes u objetivos que se presentan o no aceptan la autoridad.

d. Acoso estratégico: este se da cuando lo que se busca es reducir costos dentro de la empresa para lo cual se decide por ejemplo la sobrecarga de tareas para que el personal se vea obligado a renunciar.

e. Acoso por dirección se ejerce cuando se toman medidas por no cum-

plir con expectativas de la gerencia. Por ejemplo, se establecen determinados objetivos que deben alcanzarse en un tiempo bajo la amenaza constante o actos humillantes de que si no se consiguen serán despedidos o sancionados lo que implica una fuerte presión.

f. Acoso disciplinario se ejerce con el objetivo de obtener un determinado comportamiento mostrando infundiendo miedo en los otros trabajadores adoptando medidas que implican humillaciones públicas o agravios.

g. Acoso perverso: no tiene un objetivo determinado, sino que su motivación es el ejercicio autoritario de un cargo directivo o la antipatía hacia un compañero de trabajo sin un origen cierto salvo el carácter abusivo de quien lo ejecuta.

h. Acoso por género: las mujeres no son consideradas para determinados cargos directivos esto porque incluso inconscientemente se cree que los hombres son más capaces para ocupar puestos directivos. En ocasiones las víctimas no son escuchadas o prefieren no denunciar por vergüenza.

Frente a actos de esta naturaleza históricamente se sancionó al infractor con multas administrativas y agravamientos indemnizatorios, en la actualidad lo que se tiende es a lograr una reparación integral, lo que puede implicar la calificación de una conducta de esa naturaleza como contraria a la constitución y las leyes fundamentales y además la determinación de su nulidad.

## **VI. Tolerancia Laboral y trabajo decente.**

La palabra tolerancia tiene su origen en la expresión latina *tolerare*, que significa soportar. Por supuesto, no es esa la acepción que nos interesa promover. La Real Academia Española dice que es la “acción y efecto de tolerar, es decir, sufrir, llevar con paciencia”; sin duda este concepto se basa en su derivación etimológica. Luego añade: “Respeto o consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean diferentes a las nuestras”. Esta última acepción es, sin temor a equívocos, la base del sentido de la tolerancia laboral que debe imperar dentro de una empresa.

Se promueve la existencia de la tolerancia como parte del trabajo en equipo, lo que trae aparejado el respeto por la dignidad inherente de todos los trabajadores. Actualmente se presenta de manera evidente que en las empresas convergen personas diferentes, poseedoras de rasgos y actitudes que las distinguen, pero que al interior de la organización requieren establecer vínculos armoniosos y laborar en equipo. Mucho más cuando las exigencias laborales implican que el lugar de trabajo se ha constituido el espacio adonde se desarrolla gran parte del tiempo y adonde donde interactuar con colegas, jefes y compañeros de labor es una tarea diaria y obligatoria. Para hacerlo posible, resulta

fundamental aceptar las diferencias, evitar que las convicciones personales o los propios modos de expresión generen conflictos innecesarios.

La acción de promover la opinión y la participación de los integrantes de una determinada empresa no solo contribuye a encontrar soluciones más rápido y eficazmente, sino que además genera un alto nivel de compromiso hacia las tareas y hacia los objetivos que se propusieron alcanzar laboralmente.

En definitiva, impulsamos como un elemento fundamental dentro del ámbito de trabajo el establecimiento de la tolerancia laboral, tal como lo dispuso la Asamblea General de las Naciones Unidas, como un valor en permanente ejecución que debe aplicarse en todo momento. Y es que los seres humanos somos naturalmente diversos, pero eso no significa que seamos incapaces de escuchar y comunicarnos, con el claro objetivo de entablar acuerdos sin dejar de ser quienes somos para logra llevar a cabo nuestras labores en un ámbito de cordialidad y desarrollo, lo que haría efectiva la posibilidad de existencia del trabajo decente.

Ahora bien, podemos afirmar que el de trabajo decente es un concepto en construcción, de carácter integrativo y de profundo contenido ético, al que en el seno de la OIT se le han atribuido los siguientes caracteres:

- trabajo productivo y seguro
- con respeto a los derechos laborales
- con ingresos adecuados
- con protección social
- con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.

El trabajo decente fue consagrado normativamente en nuestro país en el art. 7 de la LOL<sup>226</sup> cuando impuso al MTESS el deber de promover la inclusión del concepto de trabajo decente en las políticas públicas nacionales, provinciales y municipales.

A modo de síntesis podemos decir que el trabajo decente es más que un propósito. Su existencia es cuantificable y caracteriza el desempeño de muchos mercados laborales en donde se respetan no sólo los derechos fundamentales del trabajo, sino también el derecho de las personas a ejercer efectivamente su condición de ciudadanos.

## **VII. Conclusión.**

El fenómeno de la “violencia laboral” es un problema que afecta el desempeño de las empresas y que debe ser identificado prematuramente y prevenido. Todas las situaciones que constituyen “violencia” en el ámbito laboral

<sup>226</sup> Ley 25877, sancionada el 2/3/2004 y promulgada el 18/3/2004.

implican una práctica palmariamente discriminatoria y violatoria de la “dignidad humana”. Por lo tanto, resulta imperioso que se adopten las medidas apropiadas para garantizar el pleno goce y ejercicio de las libertades y garantías fundamentales en condiciones de igualdad. Este problema y su solución es un desafío que tienen que asumir las distintas esferas gubernamentales como garantes del ejercicio efectivo de los Derechos Humanos. Así, tienen la obligación de cumplir con los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que fueron reconocidos con raigambre constitucional, lo que incluye el “*Ius Cogens*”. Asimismo, resulta necesario e imprescindible que se adopten políticas preventivas que involucren a todos los sujetos que se desempeñan en el ámbito laboral para que multisectorialmente se pueda combatir y/o erradicar la violencia laboral en el empleo haciendo efectivo el derecho a la Igualdad.

La seguridad de la población y la recuperación del sentido social del trabajo, no son términos excluyentes en un proceso como el actual donde la mundialización de los mercados condiciona las relaciones entre países, siempre y cuando ese contexto no se extienda sobre la base de la consagración de ganadores y perdedores. En ese sentido el trabajo decente, consecuencia del respeto a la igualdad y de la existencia de tolerancia laboral en el ámbito del trabajo, tiene réditos tanto para trabajadores como para empleadores, beneficios que apuntan a mejorar a la sociedad en su conjunto.

En la actualidad, el respeto de los derechos sociales y de valores como equidad, igualdad y dignidad, se reinstalan con igual o mayor fuerza ante la irracional voluntad de mostrar como irremediable la existencia de violencia en el trabajo. De allí que consideramos que el trabajo decente es la expresión necesaria para desactivar la iniquidad, la pérdida de bienestar y de hacer efectivo el respeto por los derechos humanos fundamentales.

# MOBBING EN EL ÁMBITO LABORAL. PLANTEO DE UN CASO CONCRETO (PRAXIS ACTUAL) Y LA CONSECUENTE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

Por: *María Victoria Palacios*<sup>227</sup>

## ABSTRACT

El fenómeno del mobbing laboral y su cotejo con el concepto de violencia laboral a través de un exhaustivo recorrido de análisis movilizado por un caso concreto.

**SUMARIO.** I. Introducción. A. Antecedentes y los distintos Instrumentos Jurídicos aplicables en caso de Violencia Laboral. B. Su articulación con algunos aspectos ya regulados. C. ¿Cuáles son los derechos humanos que se violentan con el moobing o acoso psicológico y por qué? II. Consideraciones preliminares. Violencia en el lugar de trabajo. A. Moobing o acoso psicológico. B. Prevención: Violencia en el Lugar de Trabajo. III. Conceptualización de mobbing. IV. el caso concreto de análisis. V. Caracteres propios del mobbing. Su aplicabilidad en el caso concreto analizado. VI. actitudes y comportamientos en el mobbing. A) Comportamientos propios del mobbing (aplicable al caso en estudio). B) Conductas concretas de mobbing clasificadas por factores. VII. Prueba trascendental del mobbing. VIII. Conclusión. Bibliografía

## I. Introducción

Las transformaciones ocurridas en la sociedad en los últimos años también han tenido su reflejo en el mundo del trabajo. Estos cambios no afectan solamente al ámbito del empleo, crisis por la que atraviesan la totalidad de las sociedades, sino también al ámbito de la cultura del trabajo y por lo tanto a la valoración que los trabajadores hacen de su propio desempeño laboral y del

<sup>227</sup> Abogada Litigante. Abogada en Ministerio de Trabajo de Córdoba por Concurso Publico año 2015. Egresada de la UNC. Diplomada en Ley de Riesgos del Trabajo y en derecho del trabajo y relaciones laborales. Adscripta en la materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Derechos Humanos Laborales-Derechos Internacional del Trabajo, Facultad de Derecho, UNC. Disertante en congresos nacionales de Derecho del Trabajo.

ambiente en que éste se realiza. Es precisamente la valoración negativa, que gran parte de los trabajadores hacen de su trabajo, lo que debe preocuparnos en tanto en cuanto supone un indicador real de la situación, ya que ésta tiene mucho que ver con el progresivo pero imparable enrarecimiento y deterioro del clima laboral en las empresas. Las condiciones de empleo, con formas atípicas e ilegales de contratación, la creciente flexibilidad de las condiciones de trabajo, tanto en lo que respecta a horarios como en lo relativo a la organización del trabajo, han supuesto la aparición de unos riesgos ocultos que coexisten con los riesgos más tradicionales y conocidos. La competencia mundial, el mayor uso de la tecnología de la información, el aumento de la productividad y el reajuste de los valores humanos y sociales son sólo algunos de los factores que propician los cambios trascendentales del mundo del trabajo actual. En esta nueva concepción del trabajo prevalecen los resultados económicos, sin importar la satisfacción de los trabajadores, por lo que trabajar en muchas ocasiones ha dejado de estar asociado a la autorrealización y al desarrollo profesional, para pasar a ser sufrido como un castigo, algo desagradable, sin lo que no se puede vivir, necesario para la supervivencia. Esta nueva y cada vez más asimilada concepción del trabajo se debe fundamentalmente a aspectos relacionados con su organización. No debemos olvidar que el trabajo está estrechamente ligado al crecimiento personal o, por el contrario, a la aparición de frustraciones en los trabajadores, ya que el trabajo no es sólo un medio que permite la supervivencia de las personas, sino que es el vehículo que permite el desarrollo de sus potencialidades psicosociales como la autoestima, la satisfacción personal y la propia identidad. Los profundos cambios registrados en la organización del trabajo vienen por lo general asociados a una intensificación del mismo, con el objetivo de conseguir una mayor productividad mediante un aumento de las exigencias impuestas a los trabajadores. Estos cambios les están afectando negativamente, ya que han supuesto la aparición de nuevos riesgos que no por intangibles son menos peligrosos. Una mala organización del trabajo influye tanto en la salud como en la conducta del trabajador, dando lugar a los denominados riesgos psicosociales, entre los que se encuentran los relacionados con la violencia en el lugar de trabajo y, más concretamente, con el acoso psicológico en el trabajo. Todo ello se produce en un marco de desempleo y precariedad que obliga a los trabajadores a la aceptación de sueldos bajos, únicamente justificables por la imposibilidad de conseguir otros trabajos mejor remunerados. Se trata de un verdadero salario del miedo, que en ciertos casos nos recuerdan épocas de esclavitud. Por eso, frente al enfoque dominante en los medios de comunicación sobre el acoso psicológico, que lo señalan como un problema exclusivamente de personalidad de la víctima y/o del acosador, nuestra aproximación al problema sitúa su origen en los defectos derivados de



la organización del trabajo. Por ello, junto a las soluciones individuales hay que afrontar el problema proponiendo e impulsando cambios profundos en las estrategias empresariales de la gestión de la fuerza de trabajo.

### **A. Antecedentes y los distintos Instrumentos Jurídicos aplicables en caso de Violencia Laboral**

El 23 de febrero del año 2021, Argentina depositó el instrumento de ratificación -mediante Ley 27.580- al Convenio de la OIT sobre “Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo” (N° 190 del año 2019), y a su Recomendación N°206. Un año después entró en vigor en nuestro país, a nivel de responsabilidad internacional por su incumplimiento. El gobierno, junto a las organizaciones de empleadores y trabajadores, se avanza en los desafíos a corto plazo para asegurar su implementación. Obliga a revisar el estado actual de la normativa interna y su aplicación en el ámbito del empleo público y privado, así como la perspectiva de la jurisprudencia laboral en todos sus contenidos. El abordaje de los instrumentos jurídicos principales y las medidas de mayor impacto tendientes a la erradicación de la discriminación negativa y el fomento de la inclusiva; la prevención del acoso laboral propiamente dicho (mobbing), y de su variante con fines puramente sexuales, como agentes de riesgos sico-sociales cuyo tiempo de exposición es relativo (lo caracteriza el asedio, persecución, hostigamiento psicológico). Del maltrato como agresión verbal y/o física en único hecho súbito y violento. Cuyo punto en común anida en el factor de responsabilidad subjetivo (hay víctimas, cómplices y victimarios). El agotamiento profesional (burnout), como un estrés típicamente laboral, calificable de enfermedad del trabajo cuyo agente reside objetivamente en el ambiente hostil, sobrecargado y competitivo de ciertas actividades, o en tareas antigénicas y de alta responsabilidad. Si bien la legislación laboral argentina no contiene una tipificación puntual de este tipo de acoso, existen, sin embargo, diversas disposiciones legales (arts. 17, 66, 68, 81 y cincs., LCT; arts. 14 bis y 16 C.N; art. 1, ley 23.592) creadas con el propósito de dar protección no sólo los derechos básicos de los trabajadores sino también a su dignidad.

### **B. Su articulación con algunos aspectos ya regulados**

El Convenio sobre la discriminación de OIT (N°111 de 1958, ratificado por Ley 17.677), y la ley general 23.592 que castiga transversalmente la discriminación en todos los ámbitos, sin excluir el laboral. Complementado con leyes que se enfocan en la protección integral de la mujer (ley 26.485); el reconocimiento a la identidad de género (ley 26.743); la inclusión laboral TRANS y NO Binaria empezando por el empleo público (ley 27.636). Y un sinnúmero de dispositivos insertos en leyes generales y leyes laborales, como ser, la remisión a la ley antidiscriminación regulada en la ley 27.555, de Teletrabajo, por responsabilidades familiares. En la Recomendación 206 de OIT,

se pone énfasis en que debe verificarse constantemente cómo repercuten estos flagelos sobre la mujer trabajadora y toda persona especialmente vulnerable por una determinada condición de habitual segregación o postergación en el mundo del trabajo, o por un cúmulo de condiciones, que agrava su situación de base. Contemplar la readmisión cuando su renuncia al empleo fue causada por alguna forma de violencia laboral; ampliando la protección de la legislación nacional que ampara la nulidad del despido discriminatorio.

El análisis de dichos aspectos son los ejes centrales sobre los que trataré en este trabajo, en especial atención, en la mujer trabajadora que luego de determinarse Incapacidad (derivada de las tareas laborales habituales que realiza se la despide, aun en el caso de Gravidéz de la misma, y dentro de la protección legal por embarazo, posterior al nacimiento de su hija), sin importar ni priorizar su trabajo como fuente de mantención y de sostén de su núcleo familiar, dejándola sin trabajo por motivo de dicha Incapacidad.

### **C. ¿Cuáles son los derechos humanos que se violentan con el moobing o acoso psicológico y por qué?**

Los derechos Humanos que se violentan son los siguientes:

1. El derecho a la vida.
2. El derecho a la integridad física, psicológica y moral
3. El libre desarrollo de la personalidad
4. El acceso a una vida libre de violencia
5. La prohibición de la discriminación.
6. El trato digno
7. El derecho a la honra
8. El derecho al trabajo.
9. El medio ambiente laboral sano
10. Las condiciones justas de trabajo
11. La igualdad ante la ley
12. El nivel de vida adecuado

## **II. Consideraciones preliminares: Violencia en el lugar de trabajo**

### **A. Moobing o acoso psicológico**

El mobbing o acoso psicológico en el trabajo es uno de los elementos de un fenómeno más amplio: la violencia en el lugar de trabajo. El concepto de violencia va más allá de la mera agresión física e incluye otras conductas susceptibles de violentar e intimidar al que las sufre. Así, la violencia en el lugar de trabajo incluiría además de las agresiones físicas las conductas verbales o físicas amenazantes, intimidatorias, abusivas o acosantes<sup>228</sup>. Mientras que la **violencia**

<sup>228</sup> Nota Técnica de Prevención”, INSHT n° 489, sobre violencia en lugar de trabajo

**física** en el trabajo resulta relativamente fácil de detectar en la mayor parte de los casos, al llevar asociados signos externos evidentes, no ocurre lo mismo con la violencia psicológica, cuyas consecuencias pueden en muchos casos negarse o deformarse. Por lo tanto, en el mundo del trabajo la violencia se manifiesta como un abuso de poder para doblegar la voluntad del otro mediante el empleo de la fuerza física, psicológica, económica y política. El creciente aumento del sector servicios, junto con las nuevas formas fórmulas organizativas supone que los trabajadores estén sometidos a continuas y cada vez más complejas relaciones interpersonales. Esta interacción entre individuos como consecuencia del trabajo no sólo se produce entre el personal de la organización a la que pertenecen, sino que además deben relacionarse con los usuarios de los servicios que prestan a sus empresas. Puesto que la violencia puede proceder de distintas fuentes, la nota técnica de prevención 489 sobre violencia en el lugar de trabajo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo hace referencia a una de las clasificaciones más difundidas sobre los tipos de violencia en el trabajo. Esta clasificación es la elaborada por la California División of Occupational Health and Safety (OSHA) y divide los eventos violentos en tres grupos en función de quiénes son las personas implicadas y del tipo de relación existente entre ellos.

### **B. Prevención: Violencia en el Lugar de Trabajo**

Aunque el objeto de este estudio, no es profundizar en la violencia en el lugar de trabajo en todas sus vertientes, sí conviene una vez enmarcado el fenómeno acoso psicológico en el trabajo dentro de lo que entendemos desde un punto de vista más general como violencia en el lugar de trabajo, al menos dar unas pautas genéricas de actuación frente a los fenómenos violentos, independientemente de la naturaleza de los mismos.

En cuanto a la prevención de la violencia en el lugar de trabajo –tanto física como psíquica–, hay que resaltar que, con carácter general, cualquier fenómeno violento debe ser abordado desde dos niveles, independientemente de su naturaleza. En el primer nivel el objetivo consiste básicamente en evitar que se produzcan actos de violencia, o al menos reducirlos. En el segundo nivel, si ya se ha producido un acto de violencia, hay que prestar apoyo a la persona que lo ha sufrido.

En el primer nivel, es decir antes del acto violento, el objetivo es prevenir la violencia detectando los peligros, evaluando los riesgos y adoptando medidas preventivas cuando sea necesario. Habrá que tener en cuenta cómo está organizado el trabajo y el entorno en el que se desarrolla. Otro aspecto de la prevención es la formación e información del personal. Dependiendo de la actividad las medidas adoptadas se adecuarán a cada circunstancia.

En el segundo nivel, es decir cuando se ha producido el acto violento, hay que contar con procedimientos que se puedan seguir en caso de que se produzca algún incidente violento. El objetivo básico es evitar nuevos daños y limitar los perjuicios sufridos. Para ello es necesario:

- No dejar sólo al trabajador que haya sido víctima de la violencia o que haya presenciado algún acto de violencia en las horas posteriores a los acontecimientos.
- Que los jefes se involucren, se muestren comprensivos y apoyen a la víctima.
- Prestar a la víctima apoyo psicológico inmediatamente después de los hechos.
- Prestar ayuda a la víctima para gestiones administrativas y judiciales.
- Informar a los demás trabajadores para evitar que se propaguen rumores.
- Revisar las evaluaciones de riesgo para averiguar qué medidas complementarias se requieren.

El incidente se deberá investigar a fondo, es decir, en un ambiente de “*no culpabilización*” para la víctima. Se deberán registrar los hechos, incluidos los incidentes de orden psicológico, y hacer una evaluación exhaustiva de cómo sucedieron los hechos, a fin de poder mejorar las medidas de prevención y evitar cualquier trato discriminatorio y contrario a la normativa legal aplicable que afecte la dignidad de toda persona, en cualquiera de sus fases intrínsecas como extrínsecas.

### III. Conceptualización de mobbing

El “acoso moral” en el trabajo consiste en cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo<sup>229</sup>. Es decir, son aquellas conductas abusivas que atentan contra la dignidad y la salud psicológica de una persona. Son comportamientos sutiles, que en forma individual no son muy graves pero cuya acumulación y permanencia en el tiempo constituyen una agresión. Siguiendo este orden de ideas, recordemos el concepto expresado en el art. 5, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): “*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...*” Además, en el art. 32, inc. 2 de la Convención

<sup>229</sup> HIRIGOYEN, Marie-France, “El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana”, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2000, pág. 48.

citada se lee: “*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

Por tanto, se afirma: “La noción de mobbing o acoso moral ha sido contemplada como aquella, situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo<sup>230</sup>”.

El mobbing sería un proceso de destrucción que provoca la exclusión laboral del trabajador dependiente. En este sentido, esta figura se configura como una forma de violencia discriminatoria por parte de los superiores del trabajador. Este fenómeno posee varias etapas y comienza por manifestarse cuando se obliga al trabajador a realizar trabajos contra su propia voluntad, cuando se lo cambia habitualmente de ubicación, cuando se cuestionan todas sus decisiones o, simplemente, cuando se lo ignora<sup>231</sup>.

En suma, cuando uno trabaja en la administración pública o en una empresa desde hace décadas y, de repente, ve que su vida laboral cambia por completo: se queda sin teléfono, no tiene despacho; incluso, a veces, se lo desplaza al rincón más oscuro. Los compañeros lo evitan. La locura parece que se acerca a pasos agigantados. Nada es casual; todo lo contrario, es un plan orquestado, muy bien organizado y planificado. Este infierno se llama mobbing. Siguiendo a Juan Larrouy, podemos conceptualizar el mobbing como el acoso u hostigamiento psicológico que se ejerce en el ámbito laboral con el fin de eliminar a un dependiente, quien de alguna forma “molesta” al empleador; éste lo destruye psicológica y socialmente de modo de obtener o provocar el abandono del trabajo.

#### **IV. El caso concreto de análisis**

La trabajadora en cuestión, ingresó a trabajar en relación de dependencia técnico, económica, jurídico-laboral a favor y a las órdenes de la demandada, con fecha de inicio del vínculo laboral el día 22/08/2017, como empleada, realizando tareas como “Operador de Call Center” categoría 3º, en virtud de CCT 688/14, siendo su tarea específica, la de atención al cliente, de forma telefónica.

<sup>230</sup> Cfr. LEYMANN. Heinz, “Aproximación al acoso laboral desde la legislación comparada”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre, 2016, pp. 71-98

<sup>231</sup> Cfr. LARROUY, Juan, “Acoso moral: riesgo para las empresas”, 19/9/2005, pág. 17. Citado en Álvarez Chávez, Víctor Hugo, *Práctica laboral*, 2a ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006, pág. 475.

ca. Cabe destacar que con fecha 19/11/2020 la trabajadora, toma conocimiento de enfermedad profesional padecida, una disfonía funcional irreversible por: hiatos y fonación en bandas ventriculares...” con incapacidad laboral parcial y permanente estimada en un 18,45% de la TO, lo que fue reconocido por la ART. La trabajadora solicitó reubicación lo que fue negado por la empleadora. Quedó completamente excluida con relación a la actividad desplegada por sus compañeros. Como conclusión la relación laboral quedo extinguida en agosto del año 2022, luego de intercambios de misivas con el propósito de la trabajadora de conservar su fuente de trabajo.

Frente a las circunstancias en las que se desarrolló el vínculo laboral del caso sub examine, resulta importante poder distinguir esa peculiar situación de mobbing, terror psicológico, persecución psicológica o acoso laboral de ‘la violencia psicológica general’ de un ambiente de trabajo, ya que, repito, en las hipótesis de mobbing, la agresión psicológica tiene una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico; su destrucción psicológica, consecuente sometimiento y/o su egreso de la organización empresarial o del grupo<sup>232</sup>.

## **V. Caracteres propios del mobbing. Su aplicabilidad en el caso concreto analizado**

Las conductas o actitudes que reflejan este tipo de hostigamiento y que analizando el caso traído a estudio sub examine, se aplican conforme lo relatado, y que suelen consistir en:

- Prohibición de hablar con compañeros de oficina.
- Dirigirse de modo hostil.
- Incursión en provocaciones para generar una reacción, aislamiento y

---

<sup>232</sup> Para Gabriela Nascone, el mobbing o acoso laboral, también denominado “psico-terror”, constituye una forma de violencia social hasta ahora silenciada. Se trata de una violencia oculta, silenciosa y a menudo invisible, incluso para aquel que la sufre. Javier de la Peña Prado considera que el mobbing es un maltrato psicológico prolongado en el tiempo, dentro del ámbito laboral y cuyo fin es ocasionar problemas socio-laborales y deterioro psíquico al trabajador. Mayoritariamente, se produce este tipo de acoso en situaciones de superioridad y es el jefe quien acosa al subordinado (mobbing vertical descendente), aunque también hay supuestos en los que los implicados tienen similar cargo (mobbing horizontal); incluso, aunque pocas veces sucede, un subordinado crea este entorno hostil hacia su superior (mobbing vertical ascendente). En el caso de marras, el origen del mobbing, es el intento de forzar la baja voluntaria de la trabajadora incomodándola en su lugar de trabajo. Que, en virtud de lo mencionado precedentemente, no cabe duda alguna que estamos en presencia de un caso de violencia laboral. Entiéndase por tal, a la acción psicológica que de forma sistemática y recurrente ejerza una persona o grupo de personas sobre un trabajador en su lugar de trabajo con la finalidad de destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y/o lograr que el trabajador abandone el lugar de trabajo. Se incluye toda acción que tenga por objeto intimidar, apocar, reducir, menospreciar, amedrentar y/o perturbar emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla del puesto de trabajo o de satisfacer la necesidad de agredir, controlar y destruir del hostigador.

- congelamiento de las funciones.
- Denigración ante los jefes.
  - Rechazo injustificado de propuestas, puestos de trabajos alternativos, e idóneos para la trabajadora contemplada en este caso.
  - Modificación reiterada de las condiciones de trabajo sin causa justificada alguna.
  - No permitirle realizar alguna tarea idónea en la empresa.
  - En general, ejercicio de presiones constantes sin razón o motivo alguno.

## VI. Actitudes y comportamientos en el mobbing

### A. Comportamientos propios del mobbing (aplicable al caso en estudio), son:

a) Producir deliberadamente alteraciones en los procedimientos habituales de comunicación de la víctima. Esta actitud supone un ataque a sus relaciones sociales, lo que inexorablemente desemboca en su *aislamiento social*. Los acosadores restringen los canales de comunicación de sus víctimas, comenzando por evitar comunicarse directamente con ellas. El acosador no se dirige a ella, pero tampoco permite que ésta hable con él, rehuyendo la comunicación con miradas o gestos. Pero las restricciones no terminan ahí, sino que el acosador tampoco permite que el resto de los compañeros hablen con el acosado, de la misma manera que a él se le prohíbe dirigirse a sus compañeros, para ello puede ser separado del grupo al que pertenece asignándole una nueva ubicación. También se le niega a la víctima el acceso a los medios de comunicación que hubiera venido utilizando hasta ese momento, como pueden ser teléfono, fax u ordenador.

b) Se impulsan cambios en la organización que afectan directamente al trabajador. Estas modificaciones organizacionales perjudican directamente al acosado y pueden ir desde no asignarle tarea alguna -argumentando esta decisión en la supuesta y novedosa incapacidad para realizar dichas tareas-, hasta todo lo contrario, es decir asignarle tareas que bien por su complejidad bien por su cantidad, o por ambas cosas simultáneamente, son imposibles de terminar en los plazos fijados. En cualquier caso, sus trabajos van a ser siempre evaluados de forma negativa, creando en el trabajador una sensación de inutilidad, de no contar con las capacidades y habilidades necesarias para llevar a cabo las misiones encomendadas.

### B. Conductas concretas de mobbing clasificadas por factores<sup>233</sup>

<sup>233</sup> Zapf, Knorz y Kulla, “El hostigamiento en el lugar de trabajo: Mobbing”, La “Nota Técnica de Prevención”, año 1996, pág. 476.

1. Ataques a la víctima con medidas organizacionales<sup>234</sup>.
2. Ataques a las relaciones sociales de la víctima con aislamiento social<sup>235</sup>
3. Ataques a la vida privada de la víctima<sup>236</sup>
4. Violencia física<sup>237</sup>
5. Ataques a las actitudes de la víctima<sup>238</sup>
6. Agresiones verbales<sup>239</sup>
7. Rumores<sup>240</sup>

## VII. Prueba trascendental del mobbing

Las pruebas que deben ser colectadas para la reparación por daños provocados por una situación que se caracteriza como mobbing son las notas típicas de “violencia laboral” o de “abuso de poder”, o que en el caso se haya lesionado

---

<sup>234</sup> • El superior restringe a la persona las posibilidades de hablar

- Cambiar la ubicación de una persona separándole de sus compañeros
- Prohibir a los compañeros que hablen a una persona determinada
- Obligar a alguien a ejecutar tareas en contra de su conciencia
- Juzgar el desempeño de una persona de manera ofensiva
- Cuestionar las decisiones de una persona
- No asignar tareas a una persona
- Asignar tareas sin sentido
- Asignar a una persona tareas muy por debajo de sus capacidades
- Asignar tareas degradantes

<sup>235</sup> • Restringir a los compañeros la posibilidad de hablar con una persona

- Rehuser la comunicación con una persona a través de miradas y gestos
- Rehuser la comunicación con una persona a través de no comunicarse directamente con ella
- No dirigir la palabra a una persona
- Tratar a una persona como si no existiera

<sup>236</sup> • Críticas permanentes a la vida privada de una persona

- Terror telefónico
- Hacer parecer estúpida a una persona
- Dar a entender que una persona tiene problemas psicológicos
- Mofarse de las discapacidades de una persona
- Imitar los gestos, voces, etc., de una persona
- Mofarse de la vida privada de una persona

<sup>237</sup> • Ofertas sexuales, violencia sexual

- Amenazas de violencia física
- Uso de violencia menor
- Maltrato físico

<sup>238</sup> • Ataques a las actitudes y creencias políticas

- Ataques a las actitudes y creencias religiosas
- Mofarse de la nacionalidad de la víctima

<sup>239</sup> • Gritar o insultar

- Críticas permanentes del trabajo de la persona
- Amenazas verbales

<sup>240</sup> • Hablar mal de una persona a su espalda

- Difusión de rumores.



la integridad moral o la salud del trabajador en beneficio o interés de la empleadora o del propio equipo de trabajo en el que aquélla se encontraba inmersa<sup>241</sup>.

Una adecuada valoración de las declaraciones testimoniales vertidas en una causa de mobbing es determinante para ganarla. De esos elementos de prueba debe surgir con claridad la existencia de una persecución personal en el empleo, es decir, una conducta hostil e intimidatoria por parte del acosador. Tal conducta -el “maltrato laboral”- provoca en el sujeto pasivo del mobbing una serie de problemas psicopatológicos y al juzgador se lo compele a extremar los recaudos para examinar lo efectiva y realmente acontecido. La prueba testimonial la aportan, generalmente, los compañeros de trabajo; ellos conocen los hechos por su percepción directa y deberán lucir sinceros y objetivos. Por ello el juez les otorga pleno valor probatorio.

## VIII. Conclusión

En vista a todo el análisis exhaustivo realizado hasta el presente, y en virtud del caso de marras traído bajo análisis en este trabajo, no cabe duda alguna, que cada vez existen más casos de **Mobbing Laboral**, por la falta de empatía, falta de trato digno, de cuidados y de contemplar los derechos fundamentales de los trabajadores, consagrados en todo el marco de constitucionalidad y convencionalidad que nos ampara como Estado de Derecho. La deshumanización del trabajo, cada día es más frecuente, en nuestro entorno habitual y laboral, y tal circunstancia no puede dejar de tener efectos negativos en la salud de los individuos, además de predisponer a que el trabajo se identifique como sinónimo de actividad peligrosa y a considerar los accidentes y cualquier enfermedad derivada de su ejecución como una consecuencia inevitable y consustancial al mismo. A pesar de que los empleadores, en la gran mayoría de los casos, cuentan con departamentos de recursos humanos, las empresas no suelen tomarse en serio, el factor humano, y menos aún la dimensión psicológica de las relaciones laborales, salvo si ello sirve para maximizar los beneficios económicos.

En el caso analizado concretamente, la patronal es catalogada según mi opinión, como una “**organización tóxica**”, donde solo le importa la ganancia económica que la trabajadora, ha llevado a cabo en la empresa, durante sus 5 años de trabajo, brindándole todas las herramientas y capacitaciones cuando sus habilidades y potenciales podían expresarse al máximo (en lo que respecta a ganancias redeviables para la empresa), pero cuando esa persona, que habiendo realizado otras tareas, y habiendo efectuado otras funciones administrativas, ya no puede realizar ciertas actividades (específicamente la atención telefónica).

<sup>241</sup> Cfr. CNTrab., Sala 11, 1211 012007, Expte. 7538105, SD 95.304, “Reinhold, Fabiana C/ Cablevisión S/ despido”.

ca), como consecuencia de una Incapacidad Definitiva, por la realización de tales tareas, en razón del trabajo diario y habitual efectuado para la patronal, padeciendo así de una Enfermedad Profesional, contraída específicamente con dicha entidad empresarial, al no ser ya útil en dicha función, se la descarta rotundamente. A pesar de ello, la trabajadora, solo pretendía que la reubicaran en un puesto acorde a sus capacidades actuales, y en tareas que efectivamente había realizado con anterioridad, velando por mantener el puesto de trabajo, atento a que jamás puede querer beneficiarse por una contingencia de carácter laboral, siendo la misma inculpable, y no atribuible con intención de causarse tal daño en su salud. Tal desprecio a sus tareas, y aun teniendo en cuenta que la misma se encontraba dentro de la protección legal por embarazo, no cabe duda alguna, que deriva en Violencia Laboral, más específicamente *Mobbing Laboral*, en razón del destrato, hostigamiento innecesario y discriminación llevado a cabo, por el simple hecho de padecer dicha contingencia, dictaminada en Comisión Médica Jurisdiccional. Este es un claro fenómeno, que se evidencia frecuentemente en la actividad empresarial, desplegado como instrumento, para deshacerse de “*empleados especialmente molestos*” a los que no se les puede reprochar nada, para lo cual utilizan la táctica de la desesperación, hundiéndolos psíquicamente para deshacerse de ellos sin que suponga un costo económico para la misma. Se maltrata psicológicamente a los trabajadores para destruirlos y forzarlos a dimitir. El empleador debe velar irrestrictamente por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y que el mismo cumpla con sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75, LCT, y 4, ap. 1, LRT), de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro, que el dispositivo constitucional que le garantiza “condiciones dignas y equitativas de labor” (art. 14 bis, CN). Si bien no existe un criterio jurisprudencial unánime para establecer cuándo se está en presencia de la figura del *acoso moral o mobbing*, los tribunales han ido definiendo su alcance y podría decirse que aquélla se da cuando el trabajador es objeto repetido de abuso por parte de sus superiores y, en particular, víctima de prácticas destinadas a aislarlo del ambiente de trabajo y, en los casos más graves, de repelerlo, prácticas cuyo efecto es atacar gravemente el equilibrio psíquico del trabajador<sup>242</sup>. En los casos de mobbing como causal de despido indirecto o como enfermedad profesional, es necesario demostrar el daño psicológico. Y debido a la naturaleza de la relación existente entre el trabajador (acosado) y el empleador (acosador o agresor), en muchas ocasiones le resultará muy difícil al

<sup>242</sup> BAJRAJ, Karina V. y CASAS, Dolores. “Un nuevo caso de ‘Mobbing’ laboral”, publ. en Revista La Ley del 21 11 112007, nota a fallo de Sala 111 de este fuero del Trabajo, “Veira, Mónica Patricia cl Editorial Perfil SA SI despido” del 12/7/2007.

trabajador acosado, lograr producir una prueba directa del hecho. El empleador, se limitará a negar los hechos de acoso, a la vez que los compañeros de trabajo por temor a perder el empleo no colaborarán con la víctima a través de sus testimonios. Por ello, los indicios y presunciones que emergen de las pruebas, juegan un papel muy importante para demostrar la existencia de mobbing, por lo que es fundamental, la labor del juzgador de saber interrelacionar las pruebas de la causa y apelar a los principios del Derecho del Trabajo, fundamentalmente en lo que respecta a velar por el principio de la primacía de la realidad, al principio protectorio y al principio de razonabilidad. Es así, que los juzgadores deberán merituar y contemplar toda la prueba aportada en el caso y asimismo deberán entender la salud del trabajador en su integralidad (tanto física como psíquica); en donde el daño ocasionado a una persona que sufre de Mobbing trae consecuencias para su desarrollo personal y grupal, derivado del hostigamiento, y traumas ocasionados en el ámbito laboral, antes de la ruptura del contrato de trabajo. Tal es así, que la salud, contemplada en su totalidad, y no únicamente como la ausencia de enfermedad o invalidez, sino como un estado de completo bienestar físico, psíquico y social. Lograr un estado de salud en este amplio sentido debe ser uno de los principales objetivos de toda actividad social. La vida laboral, da lugar también a ingresos, la producción de bienes y la disposición de servicios, pero eso no son fines en sí mismos, sino sólo medios de obtener el óptimo bienestar físico, mental y social, así como de fomentar la salud, el desarrollo y la autorrealización. El trabajo puede satisfacer directamente necesidades humanas, mediante oportunidades de realizar actividades creadoras y estimulantes y de tener contactos sociales, e indirectamente como fuente de ingresos, es por ello que el fin primordial, es la Prevención de las conductas que deriven en todo tipo de actitudes y comportamientos tendientes al destrato de la persona humana como un todo. Es prioritario y urgente centrar el fenómeno en las empresas, pudiendo tomar las medidas desde las distintas áreas de recursos humanos, capital humano, y/o área legal de cada empresa, con el fin de priorizar la salud laboral, y saber detectar las falencias que puedan existir en cada organización en concreto.

# ¿CONSTITUYE LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO UN DERECHO HUMANO LABORAL?

Por: Enrique A.M. Rolón<sup>243</sup>

## ABSTRACT

La persona, además de trabajar, requiere tiempo para desempeñar otras actividades que la enriquecen como tal y realcen su dignidad, constituyendo la duración del trabajo un objetivo primordial en la labor legislativa de la O.I.T.

**SUMARIO.** I. Introducción. II. Derechos Humanos Laborales. Normas Internacionales y Convenios de la O.I.T. III. Tendencia a la reducción del tiempo de trabajo. Conclusiones.

## I. Introducción

A los fines de lograr una cabal comprensión de la importancia que posee la duración del trabajo en el ámbito de las relaciones laborales se harán algunas referencias al contexto histórico en el nació el derecho del trabajo.

En tal sentido, muchas veces se expresó que la revolución industrial modificó sustancialmente la producción de bienes y servicios y parte de ese cambio se debió a la introducción de dos factores: el primero la aparición de las maquinarias que dio origen a la denominada “*producción en serie*” reemplazando a la artesanal y a pedido y el segundo la iluminación a gas, que dio lugar al trabajo en horas nocturnas y así se extendió el tiempo de la actividad productiva.

Si bien dicha revolución mejoró la producción, durante su desarrollo, surgieron abusos por parte de muchos empleadores, entre ellos, la exigencia del cumplimiento de jornadas muy extensas.

Por otra parte, se resalta que en esa época prevalecía el denominado “*liberalismo a ultranza*” concepción que en breve síntesis considera que los derechos de las personas no surgen de su condición de tales, sino que son consecuencia de pactos o contratos entre partes, es decir se ensalza a la autonomía de la voluntad, como fuente de derecho.

<sup>243</sup> Vocal de la Sala Primera de la Cámara del Trabajo de Córdoba. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y de Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales (UNTREF). Profesor de Posgrado de la U.N.C. – U.C.C. – U.N.L.

Así los derechos de los trabajadores al igual que las condiciones de trabajo existían o dependían de los que libremente podían negociar las partes o en su caso en la medida en que eran reconocidos por el empleador.

Precisamente el Estado al advertir que los tales abusos se extendían muy rápidamente, intervino el ámbito de las relaciones laborales y sancionó normas mínimas de cumplimiento obligatorio para los empleadores.

Es así como surge el Derecho del Trabajo que protegió al sujeto más débil o al trabajador en una relación caracterizada por la desigualdad.

Entre dichas reglas se redujo el horario de labor y es por ello que la lucha por la limitación de la jornada de trabajo ha sido uno de los primeros objetivos y conquistas de los trabajadores y de hecho para la Organización Internacional del Trabajo es un objetivo primordial y de capital importancia en su actividad normativa y prueba de ello es el convenio N° 1 del año 1919.

A su vez en Argentina la primera ley de trabajo fue la ley 4661 del año 1905 que prohibió en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires el trabajo en relación de dependencia los días domingos en fábricas y negocios y en el año 1913 la ley 9104, amplió su ámbito de aplicación geográfica a los territorios nacionales.

A su vez y a la hora de abordarse la jornada de trabajo debe tenerse en cuenta que es la contracara del descanso (tiempo de trabajo-tiempo de descanso); que la legislación laboral tiende a limitar la cantidad de horas de trabajo o fijar un máximo legal de horas permitidas de labor y usualmente los parámetros que utiliza para limitarla es un límite diario (8 horas) y un límite semanal (48 horas).

## **II. Derechos Humanos Laborales – Normas internacionales - Convenios y Estudio de la O.I.T. de 2018.**

A esta altura del desarrollo del estudio y recepción que han recibido a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo los derechos humanos, existe consenso que la raíz de los mismos radica en la dignidad que posee toda persona humana y que se caracterizan por ser: *universales* pues lo poseen todas las personas; *inviolables* ya que son inherente a la persona y su dignidad y por consiguiente deben respetarse; *inalienables*: nadie puede ser privado de los mismos; *exigen ser protegidos o tutelados*, caso contrario no serían reconocidos e *imponen obligaciones a los Estados*, que en el caso de los derechos humanos laborales deben asegurar un piso mínimo en las relaciones de trabajo.

En el marco de los tratados de Derechos Humanos, que de acuerdo a lo prescripto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional poseen jerarquía constitucional y forman parte de lo que se denomina el bloque de

constitucionalidad federal, se refieren de manera genérica a la jornada de trabajo y descansos:

(i) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1946) que en su artículo XV señala: “Toda persona tiene derecho a descanso, honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”.

(ii) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) que en su artículo 24 precisa: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo...”

(iii) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) que en su artículo 7 afirma: “Los Estados partes... reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial... d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo...”

(iv) La Convención sobre los Derechos del Niño (New York, 1989) que prevé, en su artículo 32 apartado 2: “Los Estados adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con este propósito..., los Estados parte, en particular: b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo...”

Varios son los convenios referidos a la jornada de trabajo adoptados por la Organización Internacional del Trabajo y por su importancia, además que han sido ratificados por nuestro país, se destacan el convenio N° 1 (1919) y el convenio N° 30 (1930).

3.1. El del año 1919, ratificado por Argentina por ley 11726 (1933) se adoptó en el marco de la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington, que se denominó *Convenio sobre las horas de trabajo (industria) 1919 núm. 1*. o *Convenio por el que se limitan las horas de trabajo e las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales*.

Tal como consta en el primer párrafo de su artículo 2º, se aplica a las personas empleadas en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia.

Igualmente en ese mismo párrafo se fija como límite máximo de la duración de jornada *un sólo tope de 8 horas por día y 48 horas semanales*, es decir un tope acumulativo, señalando: “En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas

diarias por día y de cuarenta y ocho horas por semana, salvo las excepciones previstas a continuación....”.

Determina igualmente un límite de 56 horas por semana en el caso de los trabajos cuya realización continua, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurada por equipos sucesivos. (artículo 4º); prevé la posibilidad de trabajar determinado promedio de horas durante cierto período (artículo 6 primer párrafo) y contempla excepciones permanentes y temporales a la norma general (artículo 6 segundo párrafo).

3.2. El del año 1930, ratificado por Argentina por la ley 13650 (1950), se adoptó en la décima cuarta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra y se llamó *Convenio relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y en las oficinas* o *Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930*.

El objetivo de este Convenio fue: “...hacer extensivas las disposiciones relativas a las horas de trabajo establecidas por el Convenio núm. 1 a todas las personas no abarcadas por este instrumento, con la salvedad del personal empleado en la agricultura, la navegación marítima e interior, la pesca y el servicio doméstico”.

En este Convenio destaca el concepto o definición de jornada contenido en su artículo 2º que expresa: “A los efectos del presente Convenio, la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador: estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”. A su vez ratifica en su artículo tercero los toques diarios y semanal de la jornada, pues determina que las horas de prestación “...no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día...”.

En el año 2018 la O.I.T. publicó el *Estudio relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. En el mismo se analizaron nueve convenios: los ya aludidos números 1 y 30; el 14 sobre el descanso semanal en la industria (1921); el 47 sobre las cuarenta horas (1935); el N° 89 (revisado) sobre el trabajo nocturno de las mujeres (1948); el N° 106 de 1957, dedicado al descanso semanal en comercio y oficinas; el N° 132 de 1970 sobre las vacaciones pagadas (revisado); el de trabajo nocturno, N° 171 (1990) y el número 175 de 1994 sobre el trabajo a tiempo parcial, como así también el protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de mujeres de 1948 y las seis recomendaciones sobre el tiempo de trabajo.

En ese estudio la O.I.T. resaltó y destacó cuatro aspectos relevantes de la jornada laboral

(i) el tiempo de trabajo, descanso y organización de las horas de trabajo son temas fundamentales con consecuencias tanto para los trabajadores y empleadores.

(ii) posee un rol fundamental a los fines de no considerar al trabajo una mercancía o artículo de comercio, de acuerdo a lo expuesto en el Tratado de Versalles de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944.

(iii) se trata de la condición de trabajo de mayor impacto en la vida de los trabajadores y

(iv) la finalidad de su protección radica en establecer condiciones de seguridad y productividad y para los empleadores no sólo de productividad sino también de sostenibilidad.

### III. Tendencia a la reducción del tiempo de trabajo. Conclusiones

En el capítulo anterior se señaló el fundamento de los derechos humanos y las características de ellos; se enumeraron y describieron los tratados de derechos humanos que contienen normas relativas al tiempo de trabajo y los descansos y se analizaron los convenios de la O.I.T. sobre jornada ratificados por Argentina.

La tendencia legislativa en esta materia es la reducción de la jornada y a su vez constituye una expectativa de cualquier trabajador.

Sin embargo, hace algunos años el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, señalaba que en nuestro país pareciera ser distinta, pues afirmaban: “...la realización de jornadas de disponibilidad laborativa sumamente dilatadas y con escasísimos descansos parece ser una regla general para el mantenimiento del empleo”.<sup>244</sup>

Explicaban que esta regla se debía a varios motivos:

(i) *priorizar aspectos económicos*: “La jornada máxima de ocho horas parece haber dejado de tener una vigencia efectiva universal. Contra toda lógica de una conquista tan sustancial como necesaria, hoy ya no parece preocupar tanto el tiempo diario o semanal de trabajo sino por cuánto dinero se trabaja. La necesidad de incrementar al máximo los ingresos se vincula necesariamente con la insuficiencia del salario ofrecido para una jornada normal...y con la incertidumbre sobre el futuro.”<sup>245</sup>

(ii) *socialmente se alienta el cumplimiento de jornadas extensas*: “Así, resulta individual y hasta socialmente admisible que una remuneración “adecuada” deba obtenerse luego de una jornada superior a la legal o en detrimento del descanso semanal”<sup>246</sup> y (iii) *las largas horas de labor es una condición para el mantenimiento del empleo*: “El fenómeno abarca también a trabajadores de altos

<sup>244</sup> Cfr.: AAVV, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales: Estado actual del sistema de relaciones laborales en Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 196

<sup>245</sup> Cfr.: ibid ídem, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales: ob. cit.p. 196

<sup>246</sup> Cfr.: ibid ídem, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales: ob. cit. p. 196.



ingresos en su afán de asegurarse un mejor salario y aumentar su capacidad de consumo y ahorro. Finalmente, en cargos jerárquicos y de dirección así como en las condiciones del teletrabajo, la realización de jornadas de disponibilidad laborativa sumamente dilatadas y con escasísimos descansos parecer ser una regla para el mantenimiento del empleo <sup>247</sup>

Si bien resulta necesario que en su horario el trabajador cumpla su tarea adecuadamente con dedicación y esfuerzo, priorizando su labor, se considera al tiempo de trabajo y su limitación como un derecho humano laboral, porque la dignidad de la persona hunde sus raíces en su desarrollo y para lograrlo resulta imprescindible que el trabajador descanse para desarrollar actividades que lo potencien y mejoren su calidad de vida priorizando su bienestar.

De hecho, desde antaño la doctrina laboralista menciona *principios* y *razones* por los cuales se considera necesario limitar la jornada de trabajo.

Entre los *principios*, Despontín <sup>248</sup> señalaba tres: *a.* que el hombre como factor esencial en la producción debe vigilarse, tratando que su tarea se realice alejándolo de una medida de simple mercancía y valorándolo en su aspecto de humano; *b.* que tal cuidado, debe alcanzar a los aspectos físico, social e intelectual, considerando al individuo en sus diversas fases, cuyo trato no puede separarse y *c.* al trabajador no debe medírsele, para su desempeño, como si se tratara de un ente semejante a la máquina industrial que se valora en su simple aspecto de rinde material.

Dentro de las *razones* se distinguen las de *orden ético cultural* pues el trabajador requiere en el día de un tiempo de descanso para realizar diversas actividades necesarias para el desarrollo de su persona como tal (culturales, espirituales en sentido amplio, familiares, de esparcimiento, etc.); *biológicas*: el trabajador necesita reponer fuerzas y recuperar energías para poder prestar sus labores o servicio de mejor manera; de *orden técnico*, pues si los las jornadas son de muy larga duración, existen mayores riesgos que se produzcan accidentes y el rendimiento es menor y *económicas*, ya que así su salud posiblemente no se vea afectada y no incurrirá en ausencias o ausentismo.

Por último, se encuentran las de *orden social*: el trabajador debe tener un tiempo necesario para participar activamente en la vida de relación con los demás y de hecho así lo expresaba Deveali:

“Esta conquista no atañe únicamente al aspecto fisiológico, sino también –y diríamos especialmente- al aspecto humano, en el sentido de excluir la concepción del hombre máquina, para ver en el mismo una persona que tiene derechos y deberes no sólo frente a su empleador sino ante todo, frente

<sup>247</sup> Cfr.: *ibid* idem Grupo de Expertos en Relaciones Laborales: ob. cit. p. 197.

<sup>248</sup> Cfr.: DESPONTÍN, Luis A.: *Jornada de Trabajo*, T.I., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952. p. 67/68.

a sí mismo, a su familia y a la colectividad a que pertenece; derechos y deberes que resultarían anulados en el supuesto de dedicar al trabajo dependiente todas sus energías y todo el tiempo de que dispone después de satisfacer las mínimas exigencias corporales”<sup>249</sup>.

Varias son las medidas que pueden implementarse para mejorar la calidad de vida en la jornada de trabajo: si el trabajador posee un horario fijo permitirle llegar más tarde o salir más temprano y luego recuperar ese tiempo; concentrar la labor del trabajador en cuatro días a la semana, respetando los descansos diarios, para disfrutar por ejemplo los días viernes; la posibilidad que elija el período del año de sus vacaciones, etc.

En definitiva, ya es tiempo que en Argentina se consagre legislativamente la reducción de la jornada, pues se insiste la limitación de la jornada es un derecho humano laboral.

---

<sup>249</sup> Cfr.: DEVEALI, Mario L. (1983): *El Derecho del Trabajo en su aplicación y tendencias*, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 417.

# DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA Y SU RELACIÓN CON LA LIMITACIÓN DE JORNADA Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL.

Por Paula A. Frescotti<sup>250</sup> y Pablo E. Bergero<sup>251</sup>

## ABSTRACT

El trabajo analiza brevemente el derecho a la intimidad de la persona trabajadora y su vinculación con la limitación de jornada y el derecho a la desconexión digital tratando de brindar fundamentos teóricos y aplicaciones prácticas de este nuevo derecho-deber.

**SUMARIO.** I. Introducción. II. Derecho a la intimidad de la persona trabajadora. III. Derecho a la desconexión digital. A. Concepto. Conexión con el derecho a la intimidad. B. Alcance personal del derecho a la desconexión digital. V. Enfoque funcional de las herramientas tecnológicas en torno al derecho a la desconexión digital. A. Evolución de la tecnología. B. Las capacidades de las herramientas tecnológicas. VI. Conclusiones.

## I. Introducción.

El presente trabajo aspira plantear interrogantes, que llevarán al lector a reflexionar sobre su propia experiencia, generando debates sobre una de las aristas más interesantes que posee el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, esta es el derecho a la desconexión digital. Con ello buscamos crear una fuentes material para el conocimiento y la aplicabilidad práctica.

<sup>250</sup> Paula Andrea Frescotti. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente en la especialidad de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social dictada por la UNC, UCC y UNL. Docente de la cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UNC. Tutora en la especialidad de Derecho del Trabajo de la UBP. Secretaria Letrada de Cámara por concurso. Concurso de Vocal de Cámara laboral aprobado. Autora de numerosas publicaciones sobre derecho del trabajo. Co-directora del libro: "El Procedimiento Declarativo Abreviado por laboristas", Córdoba, 2021, Editorial Alveroni.

<sup>251</sup> Pablo E. Bergero - MP 2068 CPCIPC - Analista de Sistemas de Computación (IES XXI) - Diplomado en Networking y Telecomunicaciones - Diplomado Ciberseguridad Ethical Hacking (UE Siglo XXI) - Diplomado en Desarrollo y Gestión de Ciudades Inteligentes (UCC) - Diplomado en Estrategia de Ciberseguridad e Inteligencia en Cibercrimen (UNSTA). Posee además numerosas certificaciones en tecnologías Microsoft e IBM entre otras. Durante más de 30 años, ha desempeñado roles ejecutivos y gestionado equipos de trabajo, con especialidades en tecnología informática, desarrollo de software, ciberseguridad y cumplimiento normativo, tanto en el sector público como privado.

A estos fines, comenzaremos con una aproximación general sobre el derecho a la intimidad, centrándonos luego en la persona trabajadora. En este marco analizaremos el derecho a la desconexión consagrado por la ley de teletrabajo, desde un punto de vista teórico (evolución histórica, concepto, alcance material) y con la colaboración de mi coautor versado en tecnología trataremos de darle un enfoque práctico, con la finalidad de postular su aplicabilidad en el contexto empresario a todos los trabajadores.

## II. Derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

La intimidad es el ámbito reservado de la vida, de las acciones, de los sentimientos, creencias de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado; lo que no se desea hacer conocer ni dejarse ver ni sentir<sup>252</sup>.

El derecho a la intimidad 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, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a otras personas.

Podemos afirmar, sin dudas, que al hablar del derecho a la intimidad estamos frente a un derecho humano fundamental cuyo basamento definitivo es la dignidad de la persona. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo<sup>253</sup>. Asimismo, para el derecho civil clásico, el derecho a la intimidad es uno de los derechos personalísimos<sup>254</sup> que tienen por titular al ser humano. Por tanto, participa de la naturaleza jurídica y de los caracteres que distingue a estos. Los derechos personalísimos son derechos subjetivos que tienen por objeto manifestaciones que hacen a la esencia de la persona misma, relacionados al ámbito de la denominada integridad espi-

<sup>252</sup> ALEGRIA, Héctor, RIVERA, Julio César (Dirección), PIEDECASAS, Miguel A. (Dirección ejecutiva), BUERES, Alberto J. – HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés – KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída - LORENZETTI, Ricardo Luis – MEDINA, Graciela - ROITMAN, Horacio - SOZZO, Gonzalo (Consejo de redacción): Revista de Derecho Privado y Comunitario- Honor, Imagen Intimidad” Tomo 2- Año 2006, RIVERA, Julio César, GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan Ignacio (autores), “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, 2006, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni Editores.

<sup>253</sup> MATTERA, Marta del Rosario (autora), Derechos personalísimos: afectación simultánea de imagen e identidad (Precedentes jurisprudenciales y doctrinarios y el nuevo ordenamiento) Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación /ABREUT DE BEGHER, Liliana; compilado por WURST, Graciela C. - 1a ed. adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

<sup>254</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo (coordinadores) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I (arts. 1° a 256), Comentario al artículo 55, LORENZETTI, Ricardo Luis (autor), Santa Fe, 2014, Rubinzal –Culzoni Editores, pag. 291.

tual de la persona. Sus derivaciones son la intimidad, el honor, la imagen y la identidad. Son, como regla, indisponibles. Está prohibida su transferencia o renuncia.

En cuanto al alcance de la protección, es amplio, y resulta imposible su enumeración taxativa. Implica a las creencias de toda índole, las preferencias, las opiniones políticas o gremiales, la orientación sexual, aspectos de nuestra salud psíquica o física, vale decir todas aquellas acciones, hechos o datos cuya divulgación evitamos reservándose para nosotros mismos o para un grupo reducido de personas cercanas.

En cuanto a las facultades que derivan de la posesión de este derecho son dos. Estas son la de *exclusión* y de *autoconfiguración*. La primera posibilita a su titular repeler la intromisión de terceros en aquello que constituye zona nuclear de la personalidad, lo que forma lo privado, lo íntimo, en nuestro caso sería el fundamento de la potestad que tiene el trabajador de repeler las injerencias que exorbitan el contrato de trabajo. A la vez, esa zona de reserva de la personalidad es configurada por el propio sujeto, a él le corresponde un 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, igualmente esta última afirmación debe ser tomada siempre en el sentido favorable a la protección de la intimidad trabajador, en función de los principios que informan la materia y nunca podría ser interpretada como anulatoria de la genérica que es igual en todas las personas. Así, no sería posible desde el punto de vista jurídico, que se utilizare el consentimiento del empleado para perforar mínimos inderogables dispuestos por la ley para la protección de intimidad, como sería por ejemplo que consienta la intromisión en su vida privada mediante la indagación de sus preferencias políticas o la difusión de imágenes vedados por la normativa general. Este piso pétreo dispuesto por las normativas aplicables resulta inmodificable por la voluntad de las partes.

En síntesis, de este derecho a la dignidad, derivan derechos como la intimidad, a la propia imagen, a la identidad, al honor, que en definitiva protegen su realización. Siguiendo las derivaciones del concepto de dignidad, también se traduce en la libre determinación de toda persona para desarrollar las acciones u omisiones que considere consecuentes con las elecciones que efectúa según su proyecto de vida. En cuanto a su recepción normativa es muy conocida, realizando un breve repaso, este derecho nace con los ideales de la revolución francesa y recibe su consagración en nuestra Constitución Nacional, en el art. 19 y también se encuentra receptado en el art. 18 de este cuerpo normativo, cuando se protegen las comunicaciones.

También los pactos internacionales incorporados al bloque constitucional por el art. 75 inc. 22 de la CN, reafirman la vigencia de los derechos humanos. Referidos específicamente al que tratamos podemos mencionar: a. Declaración universal de los derechos humanos 1948 en el art. 12 donde se proscriben las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, domicilio o correspondencia, también prohíbe los ataques a la honra y reputación”; b. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 5 lo consagra en sentido coincidente así como la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 11; c. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 51 determina la “inviolabilidad de la persona humana y su derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. También el art. 52 consagra el derecho del afectado a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. La protección de la vida privada queda protegida por el art. 1770 del mencionado cuerpo normativo y consagra el deber de reparar. d. Nuestra ley de contrato de trabajo en el art. 73 establece 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.

Sin desconocer que todo ser humano es un todo inescindible Livellara<sup>255</sup> diferencia dos ámbitos de análisis en el sujeto trabajador. El que hace sus comportamientos extralaborales, es decir aquellas conductas que desarrolle en su vida privada y que no comprendan deberes de prestación ni de conducta derivados de su faz de trabajador y los comportamientos que realiza el obrero en el desarrollo de su prestación laboral. Como puede colegirse en el primer caso el principio general es la no intromisión del empleador en este tipo de conductas debiendo juzgarse las mismas con criterio restrictivo. Ahora bien, en el segundo caso, las conductas durante la prestación laboral, la vigencia de la facultad de control del empleador se amplía y se justifica, asentándose en la razonabilidad, la necesidad de organización de la tarea y la consecución de los fines empresarios.

### **III. Derecho a la desconexión digital.**

#### **A. Concepto. Conexión con el derecho a la intimidad.**

¿Cómo conectamos el derecho a la intimidad de la persona trabajadora con su limitación de jornada? Si recurrimos a nuestra propia experiencia

---

<sup>255</sup>ACKERMAN, Mario E., RUBIO, Valentín (Directores), OJEDA, Raúl Horacio (Subdirector), Revista de Derecho Laboral, Derechos y Deberes de las partes, Tomo 2012-2, LIVELLARA, Carlos Alberto (autor), “Control empresarial sobre los comportamientos extralaborales del trabajador”- Santa Fe, 2012, Rubinzal –Culzoni, Editores, pag. 249.

en el mundo laboral , advertiremos que si existen constantes intromisiones, requerimientos e interacciones se produce la “laboralización del tiempo de descanso” lo cual destruye este ámbito privado, aquello que la ley resguarda en todo ser humano y que debe protegerse -de modo especial- en el trabajador por la especial situación de sujeción que posee. No habrá posibilidad de desarrollar y canalizar la vida privada, privando al trabajador, por su condición de tal, de una de las dimensiones más significativas del desarrollo humano.

Así, cabe afirmar que el derecho del trabajador a poseer un horario exento de intromisiones del empleador, si bien abreva en derecho a la intimidad que posee como persona, halla su fuente legal en la limitación de la jornada<sup>256</sup>. Así, ya Owen<sup>257</sup> pregonaba en 1856, “...**8 horas para trabajar, 8 horas de recreo, 8 horas para dormir...**”.

Con respecto al derecho a la desconexión digital, el primer registro específico lo encontramos en el 2016, cuando en Francia que consagró a través de la “Ley Khomri”<sup>258</sup>, relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y al aseguramiento de los recorridos profesionales que modificara el Código del Trabajo.

En nuestro país se encuentra receptada en la ley de teletrabajo<sup>259</sup>. Esta modalidad contractual tiene lugar cuando: “...la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley (LCT) sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación...”

En cuanto a la jornada debe ser pactada previamente por escrito, debiendo los sistemas informáticos y de comunicación respetar la jornada expresada evitando la conexión fuera de horario. La persona que trabaja no está obligada a contestar requerimientos hasta el inicio de su jornada, salvo que concurren los supuestos contenidos en el art. 203 de la LCT., es decir peligro o accidente inminente o fuerza mayor o se trate por ejemplo del ejercicio de las denominadas “guardias pasivas”. Así comienza a delinearse en la ley este “derecho a la desconexión”. Se debe respetar el ámbito de la vida privada del trabajador evitando injerencias en la misma fuera del horario de trabajo salvo casos de urgencia como los descritos. Relacionado con esto la ley consigna que no se pueden establecer incentivos condicionados al no uso de este derecho.

<sup>256</sup> Entre los antecedentes podemos citar la conferencia internacional de Berlín de 1890, las de Berna de 1905/1906 y 1913, El tratado de Versalles 1919.

<sup>257</sup> Robert Owen 1771-1858, empresario, filántropo y socialista galés.

<sup>258</sup> Ley n° 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. Francia.

<sup>259</sup> La ley de Teletrabajo 27.555 y su decreto reglamentario 27/2021 rigen a partir del 1 de abril de 2021 según la Resolución del Ministerio de Trabajo 54/2021.

## **B. Alcance personal del derecho a la desconexión digital**

Como puede verse, la ley que introduce el teletrabajo pregonaba que los teletrabajadores poseen los mismos derechos que los trabajadores en general. Aquí el primer interrogante: ¿Tienen los trabajadores presenciales los mismos derechos que los teletrabajadores? La irrupción de la tecnología en todos los ámbitos laborales, a los fines de poder llevar adelante las tareas encomendadas, comunicar directivas, controlar objetivos y desempeño, han difuminado la línea que separaba antes la fábrica del hogar. Este trabajo busca resaltar que ello no sólo acontece en el teletrabajo sino que es frecuente en toda prestación de servicios actual. Toda o casi toda prestación laboral estará mediada por las Tics<sup>260</sup>, aunque la jornada se desarrolle casi enteramente de modo presencial, el chequeo de mails, los mensajes en las plataformas colaborativas y demás irrupciones alongan la jornada laboral más allá de lo previsto por la ley y de lo efectivamente remunerado. En este contexto entendemos que cabe la aplicación del derecho a la desconexión por parte de *todos los trabajadores*, sin distinción entre los presenciales y los teletrabajadores. Lo deseable sería que estuviese claro que el alcance personal de este derecho es a todos los trabajadores, y lograr su positivización en la LCT. Que se recepte su categoría bifronte de derecho del trabajador y de deber del empleador. Que posea reguladas las consecuencias de su incumplimiento por parte del empleador.

Hasta ese momento, debemos aplicarlo recurriendo a las vertientes de fundamentación analizadas. Estas son: la limitación de jornada, debiendo entenderse que los mensajes, comunicaciones y demás interacciones fuera de la misma implican un menoscabo en la vida privada de los trabajadores que no puede cohonestarse, pues vulnera un derecho humano fundamental como es el de la intimidad de la persona trabajadora.

Las consecuencias del no respeto de este derecho, no están expresamente reguladas más está comprobado que se derivan perjuicios para la salud<sup>261</sup> del empleado.

## **IV. Enfoque funcional de las herramientas tecnológicas en torno al derecho a la desconexión digital.**

### **A. Evolución de la tecnología**

El vasto universo de plataformas digitales que irrumpieron en todas las actividades productivas, ha tenido diversas aristas que ocasionan miradas a fa-

<sup>260</sup> Tecnologías de la información y las comunicaciones.

<sup>261</sup> La Oficina de la OIT informa que: "...las jornadas laborales prolongadas provocaron 745.000 defunciones por accidente cerebrovascular y cardiopatía isquémica en 2016, una cifra un 29% superior a la de 2000. Este dato procede de las estimaciones más recientes realizadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicado el 17 de mayo de 2021 Comunicado de prensa conjunto- Ginebra.



vor y en contra. Está claro que las mismas corren la suerte de la imposición de la industria tecnológica mundial, quien dicta tendencias y genera demandas de uso, muchas veces con fines ociosos y de consumo masivo, pero que en la mayoría de los casos, son luego adoptadas por el sector productivo como herramienta que brinda soporte a su actividad.

Se observa que los productos digitales de la actualidad, no tuvieron desde su concepción, la impronta de ser herramientas de trabajo, que contemplen premisas como la privacidad, la seguridad de la información y la posibilidad de establecer políticas de uso adecuadas a la actividad que las adopta.

Como excepción, y sólo en un estadio inicial de la tecnología, algunas aplicaciones informáticas, como por ej. el correo electrónico, que tuvo su origen en la industria militar, para luego ser adoptado por el sector productivo, poseían dichas características.

Décadas después, la irrupción de los dispositivos móviles, la conectividad por diversos medios inalámbricos, las herramientas de mensajería on-line, las redes sociales y las plataformas de colaboración, impusieron un escenario que a las empresas les ocasionó un vaivén emocional. Primero el vértigo por desconocimiento y la negación al verse invadidos por dispositivos y servicios digitales en el entorno laboral y la frustración de no poder controlar dicha situación, hecho que ocasionó, medidas restrictivas en muchos casos; para luego transitar un camino de resignación y aceptación, a medida que vieron que era una lucha asimétrica con las imposiciones del mercado tecnológico y por ello, comenzaron a preocuparse por disponer políticas de uso de los dispositivos y aplicaciones personales.

En la actualidad el escenario laboral y personal se mezcló, en el sentido de que las herramientas digitales son las mismas, aunque con distintas finalidades. Las primeras de producción y las segundas de ocio y esparcimiento. Así, las empresas y los usuarios deberán estar preparados para utilizarlas adecuadamente, lo cual se logra con un conocimiento de sus virtudes y capacidades de cada una de ellas.

### **B. Las capacidades de las herramientas tecnológicas:**

Tanto el hardware como el software aplicativo involucrado, como mencionamos anteriormente, fue mutando, otorgando en mayor o menor medida, funcionalidades para una mejor adaptación del mundo personal, al laboral.

En todos los casos, donde la irrupción se dio desde el mercado masivo, hacia el corporativo (uso personal hacia el laboral), la industria ha realizado esfuerzos a los fines de alinearse a las premisas requeridas por los entornos laborales (seguridad, privacidad, disponibilidad, configuración de políticas). Ya sea un dispositivo móvil, un mecanismo de acceso remoto a los recursos de la organización o una plataforma de mensajería y colaboración.

Dichos alcances tecnológicos, permiten, entre otras cosas: la posibilidad de establecer políticas de uso, que estén de acuerdo a lo establecido por la compañía. Para hacer una analogía, a un empleado se le puede asignar un vehículo para realizar sus labores, con una política que dicta que sólo podrá utilizarlo en el horario previsto y en los lugares establecidos. Lo mismo pasa con las herramientas digitales, aunque con el agravante, de que como un componente característico, las mismas están mucho más cercanas y son extremadamente invasivas de la vida privada del individuo. Esta característica es fruto de la misma concepción tecnológica. Los dispositivos móviles son pequeños, normalmente están pegados a nuestro cuerpo, poseen accesorios “vestibles” como un reloj o un auricular y dentro de los mismos, reside toda la “vida digital” del individuo, sin fronteras entre lo laboral y lo personal.

Es por ello, que la industria se está esforzando en robustecer dicha frontera entre lo personal y lo laboral, desarrollando funcionalidades que permitan a ambas partes (empleador y empleado), separar los entornos. Es desafío de los involucrados, conocer dichos alcances tecnológicos, y adaptarlos a las políticas de uso establecidas por normas internas y leyes aplicables, con el objetivo de cumplir las mismas.

Las herramientas de mensajería asincrónicas, como por ej. el correo electrónico o las sincrónicas como las plataformas de chat o redes sociales, poseen capacidades de establecer el “estado” del usuario, a los fines de conocer si el mismo está disponible para conversar o aceptar mensajes o por el contrario, si se encuentra desconectado u ocupado. Dichas características, pueden ser administradas por el usuario de la herramienta, como por la organización que dispone de las mismas para su uso laboral. Es por eso que decimos, que la tecnología brinda múltiples opciones, para que ambas partes puedan hacer uso de dichas bondades. Compete a la parte empleadora, definir las herramientas digitales a utilizar y establecer sus políticas de uso.

Específicamente hablando de las capacidades de establecer períodos de descanso y desconexión, las empresas que adoptan herramientas de hardware y software para su productividad diaria, podrán administrar las mismas para lograr el cumplimiento normativo. Desde el rol que les incumbe, las mismas poseen la factibilidad técnica de gestionar los servicios de correo electrónico y de acceso remoto, para establecer qué rangos de días y horas son funcionales o los que no. Asimismo, los usuarios de las herramientas digitales, como por ej. dispositivos móviles, computadores portátiles, conexiones remotas hogareñas (teletrabajo), plataformas de mensajería on-line o de colaboración, deberán ser instruidos en dichas capacidades, a los fines de poder realizar una efectiva utilización de las mismas en los horarios así establecidos, todo ello apoyado por los reglamentos de empresa, debidamente comunicados a los usuarios.

## V. Conclusiones.

Pareciera casi ineludible concluir que el derecho a la desconexión digital deberá entenderse receptado para todos los trabajadores. Que su incumplimiento acarreará las consecuencias que trae todo incumplimiento de obligaciones contractuales dentro de la LCT, teniendo siempre en cuenta esto en el contexto impuesto por los principios que rigen la LCT. Que los daños a la salud derivados de estos incumplimientos deberán ser prevenidos y eventualmente resarcidos. Que es recomendable establecer reglamentos de empresa que normen en la práctica diaria de esta “desconexión” dado que las de menciones que efectúa la ley: 1- no establecer incentivos por el no uso de este derecho y 2: “que el trabajador no está obligado a contestar mensajes hasta el inicio de su jornada” son importantes pero insuficientes pues carecen de precisiones y, básicamente y de consecuencias ante su no cumplimiento.

De lo expuesto, se colige que el status actual de la tecnología permite que la desconexión digital tenga lugar en la práctica, si la misma resulta ser una decisión empresarial, la cual entendemos debe estar motivada en una regulación legal específica que priorice el desarrollo de la vida privada del trabajador y prevenga los daños a la salud que esa falta de ejercicio acarrea.

Finalmente cabe afirmar que el derecho a la desconexión digital no puede ser considerado como absoluto, en función de las pautas que brinda en nuestro sistema jurídico. Por esta razón también las excepciones debieran estar legisladas, ya sea por el legislador nacional, ya sea por el empleador en el establecimiento de una política de empresa a través de un reglamento que respete el principio de razonabilidad y consecución de los fines empresarios, que sea debidamente comunicado a los usuarios y controlado por la autoridad de aplicación y sindical.

# SIGLO XXI: ¿CÓMO ES POSIBLE EL TRABAJO ESCLAVO EN ARGENTINA?

Por: Eva Del R. Pascual Torres<sup>262</sup>

## ABSTRAC

La Procuraduría de Trata y Explotación de Personas que coadministra junto al Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento de Víctimas Damnificadas por el Delito de Trata, actualizó la información estadística y contextual, relativa al funcionamiento de la línea 145, dispuesta para la denuncia sobre trata. El relevamiento indicó que el número de denuncias prevalece por trata sexual y por trata laboral. En comparación con informes previos, resaltó que La Plata y Córdoba “figuran de modo constante” entre las cinco jurisdicciones “con más elevados porcentajes de casos recibidos”<sup>263</sup>.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Trabajo Esclavo. 1. Concepto. 2. Legislación Internacional. 3. Convenio y Recomendaciones de la OIT. III. Legislación Nacional. IV. Razones del Trabajo esclavo. 1. Aspectos visibles. 2. Vulnerabilidad. V. El Trabajo Esclavo Moderno. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Hasta hace no mucho tiempo hablar de trabajo forzado o esclavo en el mundo occidental y específicamente en Argentina no era posible o al menos no era común. La esclavitud se abolió ya hace unos siglos y las leyes laborales en Argentina amparan al trabajador.

Entonces, la pregunta es ¿por qué?, ¿cuáles son los motivos? Por los que la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX)<sup>264</sup> actualizó la

<sup>262</sup> Abogada (UNC) Admitida en la Carrera de Doctorado de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Laboral UNC, UCC y U. del Litoral), Profesora de grado en Derecho Laboral y la S.S. y en las opcionales Derecho Procesal del Trabajo y Derechos Humanos Labores de la (UNC), Disertante en la Carrera - Especialidad en Derecho Laboral (UNC), -Docente del Curso de posgrado: Derechos de las personas con discapacidad: enfoque interdisciplinario, Diplomada en Pensamiento Social Cristiano Universidad Católica de Córdoba (UCC).

<sup>263</sup> Diario Comercio y Justicia, pag 8A, 01-08-2023, Córdoba, Protex Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) coadministra junto al “Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento de Víctimas Damnificadas por el Delito de Trata”

<sup>264</sup> Diario Comercio y Justicia, pag 8A, 01-08-2023, Córdoba.

información que durante el año 2022, recibió 1.581 denuncias sobre posibles hechos de trata de personas, de los cuales 699 se relacionaban con la explotación sexual y en segundo lugar 398 explotación laboral, 148 posible captación o engañosa oferta laboral y 126 desaparición de personas.

Seguramente, no es sencillo responder adecuadamente a esta pregunta, pero, la cruda realidad que se observa y que, se plasma en números, los que no por fríos son menos reveladores, obliga a intentarlo. Numerosas son las aristas desde donde se puede abordar la problemática y dilucidar el porqué de este indignante segundo puesto.

En el presente trabajo se pretende plantearlo, en especial, desde un enfoque jurídico sin dejar de mencionar sus aspectos socioeconómicos.

## **II. Trabajo Esclavo**

### **1. Concepto**

Se entiende que se está ante trabajo esclavo cuando a una persona se la somete a trabajo forzoso, trata y tráfico donde se les vulnera sus derechos fundamentales, derechos muy antiguos de primera generación. Estos derechos de primera generación son: Libertad personal, Dignidad, y Posibilidad de desarrollar un proyecto de vida autónomo.

Según Ermida Uriarte, los derechos humanos laborales son fundamentales pues son reconocidos en materia laboral en instrumentos internacionales de los derechos humanos donde la titularidad de ese derecho le pertenece a la persona. Por ello, estos, deben estar jurídicamente supra ordenados tanto para el legislador ordinario, para las autoridades administrativa como para los operadores jurídicos en genera.<sup>265</sup>

### **2. Legislación Internacional**

Entonces, se puede referir a derechos humanos laborales, por estar proclamados en normas jurídicas de mayor jerarquía, tanto en el ordenamiento jurídico nacional (Constitución), como en el Orden jurídico internacional (Pactos, Declaraciones y otros internacionales de derechos humanos. Así es, como, la comunidad internacional desde larga data legisló sobre esta problemática en los siguientes pactos y convenciones<sup>266</sup>, a saber: Declaración universal de derechos humanos (1948), arts. 4 y 23.1; Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), art.8; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, art. 6; Convención de 1926 sobre la esclavitud; Convención ame-

<sup>265</sup> URIARTE, Ermida Oscar, “Derechos laboral y comercio internacional”, V Congreso Regional Americano de D. del Trabajo, 16 al 19 /9/2001 en Arese, Cesar Teoría de los Derechos Laborales pago. 29 Edit. Rubinzal-Culzoni Bs.As. 2014

<sup>266</sup> ARESE, Cesar, “Libertad y Dignidad Laboral. La abolición del Trabajo Esclavo Contemporáneo y de la Prostitución como objeto contractual”, pag. 199 Edit Rubinzal-Culzoni, Bs. As.2014

ricana sobre derechos humanos, art.6; Convenio para la represión de trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979; Convención sobre los derechos del niño (1989), art. 35 y Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000); Protocolo contra la trata de personas, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional; Plan de acción mundial de la las Naciones a Unidas para combatir la trata de personas (2010); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Nº29) y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso ,1957 (nº 105), -convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) y Declaración socio laboral del MERCOSUR, art. 5

### **3. Convenios y Recomendaciones de la OIT**

Se debe mencionar de manera especial a la Organización Internacional del Trabajo en cuanto que se ocupó de ello en el año 1930 en el Convenio 29 y en 1957 en el Convenio 105. Expresamente el Convenio 29 determina que: “Trabajo forzoso u obligatorio es todo trabajo o servicio que es exigido a cualquier persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Establece ciertas 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”. Mientras el Convenio 105 agrega: “Una obligación específica para los Estados. Les prohíbe 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”

Los mencionados Convenios de la OIT brinda como características esenciales de este tipo de trabajo, a la existencia de Violencia física o sexual, Restricción de movimientos del trabajador, Servidumbre por deudas para el trabajo servil cuando una persona pasa a ser garantía de un préstamo, Retención de salarios o negativa tajante a su pago, Confiscación de pasaporte y documentos de identidad, Amenaza de denuncia de autoridades.

No obstante, lo tipificado, la Comisión de Expertos de la OIT en la aplicación de los referidos Convenios estableció que no existe voluntariedad cuando el trabajo se consigue por medio de: Amenazas, Uso de la fuerza, Otras formas de Coacción, Rapto, Fraude, Engaño, Abuso de Poder, Vulnerabilidad, Pago de salarios o prestaciones para conseguir el consentimiento de una persona que avasalla a otra.

Con lo expuesto el organismo internacional, deja perfectamente caracterizado al trabajo esclavo, al exponer sus particularidades y aportar claramente que la persona que trabaja en relación de dependencia debe prestar su consentimiento. Cuando en la relación laboral, está ausente la voluntad del trabajador, no existe como tal, pues no se encuentra presente el elemento que la perfecciona, es entonces el supuesto de Trabajo forzado.

### III. Legislación Nacional

La Constitución Nacional a través en el art 75 inc. 22 incorpora los siguientes tratados internacionales y con ello el derecho a la vida plena e integridad física, base de los derechos humanos laborales, así como los específicos que protegen la limitación de la jornada y que fueron mencionados.

La misma ley Suprema Argentina regula derechos que protegen a la persona que trabaja, por ejemplo, en el art. 14 bis donde...” asegura al trabajador. Condiciones dignas y equitativas de labor...”, a la que se debe agregar numerosas leyes nacionales tales como. En particular la Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744 que en su art. 75 obliga a proteger la integridad psicofísica y la dignidad del trabajo y la Ley de Riesgos de Trabajo Nro. 24.557 que en su art. 1 prevé como objetivos “reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

Ahora bien, en la Legislación Nacional es importante distinguir que existen las *Infracciones administrativas a la ley laboral*, como por ejemplo las dispuestas en las siguientes leyes que están contra la explotación laboral, como las leyes 25.212 Régimen general de sanciones por infracciones laborales (23/12/1999); 20744 Ley de contrato de trabajo (5/9/1974) (ref. 13/6/76); 24.013 Ley nacional de empleo (17/12/1991); 25. 323 ley indem. trabajo no registrado (13/9/2000); 19.587 ley de higiene y seguridad (21/4/1972); 25.877 ley sistema integral de inspección de trabajo y seg. social (art 28 y art 33) (19/3/2004); 26.941 ley de control migratorio (2/6/2014) y la Res. 3072 del 22/3/11 Graves violaciones a normas previsionales o sobre higiene que puedan implicar delito (obligación de denunciar),

De aquellas que *caracterizan conductas como trabajo esclavo y que constituyen delitos*. Estos se encuentran contenidos en los arts. 140, 145 bis ,145 ter del Código Penal de la Nación. El art 140 del CP establece la condena con reclusión o prisión “de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil”. (art sustituido por el 24 de la ley 26.842 27/12/2012)”. La

23.364, “Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia de las Víctimas” reformada por la Ley 26.842 sobre Tráfico Ilegal de Personas”. Sin dudas que estas leyes merecen un capítulo aparte, puesto que su tratamiento es de importancia, pues, como su propia denominación lo indica no sólo legislan sobre el tema que convoca, sino también definen, enmarcan y encuadran las situaciones que constituyen delito; y procuran la asistencia a las víctimas y la prevención de estos delitos.

La Ley 26.842 del 26/12/2012 sobre “Tráfico Ilegal de Personas” que reforma la Ley 23.364 (29/4/2008) sobre “Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia de las Víctimas” establece en el art 2º: “Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países”. Y define como explotación: “A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos”

A su vez se ocupan de modificar normas del Código Penal, en su art 25 sustituye el artículo 145 bis del Código Penal por el siguiente: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”. Y el art. 26 sustituye el 145 ter del Código Penal por el siguiente: “En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente,



descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria...”

A las normas mencionadas se les debe reconocer la creación del “*Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas*” el que tiene múltiples misiones enderezadas a erradicar este flagelo humano<sup>267</sup>.

Además de esas misiones, se crea en el ámbito del Ministerio Público Fiscal un sistema sincronizado de denuncias, donde habilita a esos efectos la línea gratuita y anónima uniforme en todo el país, número ciento cuarenta y cinco (145).

---

<sup>267</sup> “Diseñar estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención que contribuyan prevenir y combatir los delitos de trata y explotación, y a proteger y asistir a las víctimas de tales delitos y sus familias;

Desarrollar acciones eficaces orientadas a aumentar la capacidad de detección, persecución y desarticulación de las redes de trata y de explotación;

Asegurar a las víctimas el respeto y ejercicio pleno de sus derechos y garantías, proporcionándoles la orientación técnica para el acceso a sus servicios de atención integral gratuita (médica, psicológica, social, jurídica, entre otros);

Generar actividades que coadyuven en la capacitación y asistencia para búsqueda y obtención de oportunidades laborales, juntamente con los organismos pertinentes;

Prever e impedir cualquier forma de re victimización de trata y explotación de personas y sus familias; Llevar adelante un Registro Nacional de Datos vinculados con los delitos de trata y explotación de personas, como sistema permanente y eficaz de información y monitoreo cuantitativo y cualitativo. A tal fin se deberá relevar periódicamente toda la información que pueda ser útil para combatir estos delitos asistir a sus víctimas. Se solicitará a los funcionarios policiales, judiciales y de Ministerio Público la remisión de los datos requeridos a los fines de su incorporación en el Registro;

Organizar actividades de difusión, concientización, capacitación y entrenamiento acerca de la problemática de los delitos de trata y explotación de personas, desde las directrices impuestas por el respeto de los derechos humanos, la perspectiva de género y las cuestiones específicas de la niñez y adolescencia;

Promover el conocimiento sobre la temática de los delitos de trata y explotación de personas y desarrollar materiales para la formación docente inicial y continua, desde un enfoque de derechos humanos y desde una perspectiva de género, en coordinación con el Ministerio de Educación;

Impulsar la coordinación de los recursos públicos y privados disponibles para la prevención asistencia a las víctimas, aportando o garantizando la vivienda indispensable para asistirles conforme lo normado en la presente ley;

Capacitar y especializar a los funcionarios públicos de todas las instituciones vinculadas a la protección y asistencia a las víctimas, así como a las fuerzas policiales, instituciones de seguridad y funcionarios encargados de la persecución penal y el juzgamiento de los casos de trata de personas con el fin de lograr la mayor profesionalización;

Coordinar con las instituciones, públicas o privadas, que brinden formación o capacitación de pilotos, azafatas y todo otro roll como tripulación de cabina de aeronaves o de medios de transporte terrestre, internacional o de cabotaje, un programa de entrenamiento obligatorio específicamente orientado a advertir entre los pasajeros posibles víctimas del delito de trata de personas;

Coordinar con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la implementación del Sistema Sincronizado de Denuncias sobre Delitos de Trata y Explotación de Personas. Realizar en todo el territorio nacional una amplia y periódica campaña de publicidad del Sistema y el número para realizar denuncias”

Justamente con el objetivo de la lucha contra este delito y en cumplimiento de la normativa expuesta, la PROTEX de la mano de la OTI, destaca que los delitos asociados con la explotación laboral son varios: La Trata, Trabajo forzoso, Servidumbre y Esclavitud y proporciona una línea telefónica 145 para realizar las denuncias de manera anónima y durante las 24 hs. El PROTEX a manera de concientizar y alertar a los trabajadores y menciona cuales son las señales de estos delitos que se producen en la ciudad, un indicador muy importante para hacer más eficaz esta tarea.<sup>268</sup>

Atento la legislación nacional e internacional presentada, se advierte que en el Trabajo forzado no existe el consentimiento dado por la víctima y que su ausencia tanto en la trata como en la explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

Debido a que la lesión a la dignidad humana es considerada un límite en el consentimiento de la víctima y a que se entiende que hay actos que son impermisibles pues violan la dignidad tan esencial al ser humano, en el caso de conflicto entre el consentimiento legalmente consentido y la dignidad el primero cae en favor del segundo<sup>269</sup>.

#### **IV. Razones de la existencia del trabajo esclavo**

##### **a. Aspectos visibles**

Se identificó al trabajo esclavo, se desarrolló cómo desde el ámbito internacional como nacional, se legisló para su erradicación y para la contención de las víctimas. Sin embargo, este flagelo crece y sin dudas los factores son muchos.

Las economías empobrecidas son unas de las mayores causas, la falta de

---

<sup>268</sup> Ver: Trabajo forzoso en Argentina (OIT Argentina) (ilo.org): “Trabajo más de 12hs en el local y no puedo parar ni 10 minutos para tomarme un descanso”; “Somos más de 25 personas en el taller textil. Casi que no entramos y solo podemos salir cuando mi jefe llega con las llaves”; “Acepté el trabajo porque era la única opción, pero todavía no me dijeron cuánto voy a cobrar”; “Todavía no me pagaron el sueldo. Mi jefe dice que lo va a cuidar mejor que yo”; “Mi patrón me asegura que le envía parte de mi sueldo a mi familia, pero ellos me dicen que no les llegó nada”; “Desde que entré a trabajar, no me dejan ver a mi familia”.

<sup>Y</sup> los alerta para quienes trabajan en el campo son los siguientes: “En el horno de ladrillos trabajo más de 12 hs por día, no hay feriado ni descanso”; “Todavía no cobré. Me dijeron que me iban a pagar cuando termine la temporada, en unos 3 meses”; “La mayor parte de lo que cobro, la uso para pagar el lugar que me alquila mi patrón”; “Cuando entré a trabajar me pidieron el documento y todavía no me lo devolvieron”; “Cuando acepté el trabajo me dijeron que iba a tener un lugar para dormir, pero casi no entramos”; “Desde que empecé a trabajar prácticamente no puedo hablar con mi familia”.

<sup>269</sup> DAN-COHENM Meir, “Basic Values and the Victim’s state of mind”, COLOMBO, Marcelo y MAGNANO, María Alejandra, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal” Ciudad Autónoma de BS AS, Defensoría General de la Nación, [https://www.mpba.gob.ar/.../consentimiento\\_y\\_medios\\_comisiv...](https://www.mpba.gob.ar/.../consentimiento_y_medios_comisiv...)

trabajo y la necesidad que padecen los trabajadores desocupados, componen unos de los campos más aptos para la captación de personas con el objeto de someterlos al trabajo forzado. Situación que se advierte muy frecuentemente entre personas que viven en zonas rurales empobrecidas. También se debe agregar a este universo de personas el bajo nivel de educación. Por ejemplo, en Argentina sucede especialmente en provincias como Santiago del Estero, Norte de Córdoba, y en general en las provincias del norte argentino.

Otro grupo objeto de este delito son las personas inmigrantes que suelen ser traídas de países limítrofes bajo engaño y luego llevadas a talleres en las ciudades o encerrados en campos. Personas menores de edad también captadas bajo engaño o por la fuerza.

Sin ir más lejos la misma OIT al dar sus conclusiones sobre el tema brinda aspectos típicos de la problemática en el mundo cuando dice que:

Ninguna región del mundo está libre del trabajo forzoso; que es preocupante independientemente del grado de riqueza de un país; y que la mayor parte del mismo se concentra en la economía privada; el trabajo forzoso afecta prácticamente a todos los sectores de la economía.

Agrega que difiere de la del conjunto de la población activa en varios aspectos; las personas en situación de trabajo forzoso son sometidas a múltiples formas de coacción; y en la economía privada tiene una importante dimensión de género.

Los trabajadores migrantes corren un mayor riesgo de encontrarse en situación de trabajo forzoso que los demás trabajadores

#### **b. Vulnerabilidad**

El componente clave de todas razones sin el cual no se daría este fenómeno es la Vulnerabilidad de la persona del trabajador. De acuerdo con las Reglas de Brasilia, a la que adhiere la CSJN es condición intrínseca para ser considerada víctima.<sup>270</sup>

La falta de resistencia o pasividad de las víctimas ante el sometimiento es jurídicamente irrelevante porque el análisis debe centrarse en la situación de sometimiento y de quien es objeto de acoso personal, la falta de oposición no es un indicador del consentimiento, porque ese es el objetivo del explotador, lograr la plena sumisión. Son víctimas generalmente las personas pobres, sin formación ni profesión y necesitadas de ocupación para el sostenimiento personal o de personas a cargo.

---

<sup>270</sup> COLOMBO, Marcelo y Magnano, María “Sobre víctimas victimarios” Defensoría del Pueblo año 2013...en “La argentina abolicionista: La concepción del consentimiento de la victimaria en el delito de la trata con fines de explotación sexual en la ley 26.842” Lusting Stphanie, Universidad de San Andrés, San Fernando, Julio 2019.

## V. El trabajo esclavo moderno

La OIT manifestó en su informe que la esclavitud moderna es la antítesis de la justicia social. También informó que las estimaciones mundiales del año 2021 refieren a que entre los años 2017 y 2021, “50 millones de personas eran víctimas de la esclavitud moderna, ya sea obligadas a trabajar contra su voluntad o a vivir en un matrimonio sin su consentimiento. Esta cifra significa que casi una de cada 150 personas en el mundo se encuentra en esa terrible situación. Las estimaciones también señalan que las situaciones de esclavitud moderna no son en absoluto transitorias: el sometimiento al trabajo forzoso puede durar años, mientras que el matrimonio forzoso, en la mayoría de los casos, equivale a una condena a cadena perpetua. Y, lamentablemente, la situación no mejora. Las Estimaciones mundiales de 2021 muestran un aumento de varios millones de hombres, mujeres y niños que han sido forzados a trabajar o a contraer matrimonio, en comparación con las Estimaciones mundiales publicadas en 2017”<sup>271</sup>

En este marco la directora de la OIT Argentina, Yukiko Arai, participó de la creación de la Mesa Trinacional para la Prevención y Lucha contra la Trata, Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.

El convenio fue firmado en Puerto Iguazú, Misiones, por los gobiernos de Argentina, Brasil y Paraguay. La noticia resaltó que “América Latina y el Caribe es una de las regiones más afectadas por el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la trata de personas y otras formas contemporáneas de esclavitud”, aseguró la directora de la Oficina de País de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la Argentina, Yukiko Arai, durante la creación de la Mesa Trinacional para la Prevención y Lucha contra la Trata, Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.<sup>272</sup>

## VI. Conclusiones

Después de lo expuesto en relación al tratamiento que realizó la legislación internacional sobre el Trabajo esclavo, las leyes dictadas en la República Argentina, las cuales fueron sancionadas acertadamente para combatir este flagelo, y la jurisprudencia analizada, es dable considerar que no se están obteniendo los resultados esperados por los legisladores.

De lo relacionado se puede afirmar que, en la actualidad y este país, como el resto del mundo, se enfrenta a un gravísimo problema, la esclavitud.

<sup>271</sup> Informe de la OIT

<sup>272</sup> OIT Noticias 27/2/2023, BUENOS AIRES, Argentina Trabajo forzoso en Argentina (OIT Argentina) (ilo.org)

La cual no desapareció, se transformó, pese a los siglos de lucha para su erradicación. Se transformó en la esclavitud moderna, que produce indignidad humana al trabajador.

Argentina legisló no sólo respondiendo al problema, también mediante la ley intenta curar y prevenir. Pero, a entender de quien expone, la prevención no se logra mediante la ley. Esencialmente la prevención está en manos de los gobernantes.

La educación es una de las herramientas fundamentales para lograr el discernimiento correcto de los trabajadores. La correcta y amplia información de cómo se produce la captación y engaño, constituye otra herramienta poderosa, la cual, a través de los medios de difusión y redes sociales, se llega a la mayoría de la población. La indispensable preparación y acompañamiento de los funcionarios estatales, para lograr un mayor control de los lugares de trabajo. Y fundamentalmente la modificación de la realidad socioeconómica, cuyos desaciertos no sólo generan pobreza, también generan esclavitud.

## LA TRATA LABORAL Y LAS PROVINCIAS

Por: Humberto Pedro Burgos(H)<sup>273</sup>

### ABSTRACT

Abordaje sinóptico de antecedentes convencionales y nacionales sobre la violación del derecho humano laboral a la eliminación del trabajo forzoso en forma de trata laboral y de las propuestas de posibles acciones de las provincias o bloques regionales. Conclusiones sobre un tema actual en el mundo y Argentina.

**SUMARIO:** I. Introducción: Fuentes normativas internacionales. A. Convenio 29 OIT. B. Convenio 105 OIT.C. El Protocolo de Palermo II. Legislación Nacional: Leyes 26364 y 26842.III. Cualquier Modalidad. IV. Estado parte y sistema federal: Falencias provinciales. V. Propuestas. VI. Conclusiones.

### I. Introducción: Fuentes normativas internacionales

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) plantea la lucha contra el trabajo o servicio forzoso a través del Convenio 29, Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, y el Protocolo de 2000 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso.

#### a. El Convenio 29 OIT sobre el Trabajo Forzoso, 1930

Los Estados que lo ratificaron se obligaron a prohibir el uso de trabajo forzoso. Fue aprobado por Argentina por ley 13.560 del 9 de septiembre de 1949 y ratificado el 14 de marzo de 1950. Los Estados se obligan a eliminar o suprimir el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, pero señala la posibilidad de su existencia "...durante el período transitorio, únicamente para fines públicos y a título excepcional...".La importancia trascendental de este Convenio es que define el trabajo forzoso señalando que "...la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho

<sup>273</sup> Invitado a esta edición como profesor salteño egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, Especialista en Derecho del Trabajo Universidad del Litoral, Especialista Experto latinoamericano Universidad Castilla la Mancha, Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos Universidad de Bologna, Maestrando Derecho Procesal Universidad de Rosario, docente universitario UCASAL, Presidente del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de Abogados de la República (Argentina FOFETRA).

individuo no se ofrece voluntariamente...”. Determinadas los dos elementos esenciales como Amenaza y No voluntariedad. También deja en claro que no existe trabajo forzoso, cuando se exija; a) en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio) forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos: c) en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial: d) en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, etc: e) los pequeños trabajos comunales.

**b. El Convenio 105 OIT Abolición del Trabajo Forzoso u Obligatorio. 1957.**

Aprobado por Argentina por ley 14.932 el 10 de Noviembre de 1959, y ratificado en 1960. Tiene por objetivo que los estados supriman y no hagan uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: (a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; (c) como medida de disciplina en el trabajo; (d) como castigo por haber participado en huelgas; (e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa. Para concretar la eliminación del trabajo forzoso los estados deben tomar medidas eficaces a tal fin.

**c. El Protocolo de Palermo, 2000 “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños”**

Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Fue adoptado por la Naciones Unidas en Palermo, Italia, en diciembre de 2000. Aprobado por Argentina por ley 25.632, sancionada el 01 de agosto de 2002 y promulgada el 29 de agosto de 2002. Ratificado el 19 de noviembre de 2002. Habiendo transcurrido 70 años del Convenio 29, y 43 años del Convenio 105, resultaba imperioso actualizar las herramientas para continuar la lucha contra este flagelo, que muta, utiliza nuevas modalidades, infraestructura, cambia de ropaje continuamente, y se aprovecha de la movilidad que exige o impone un nuevo sistema de relaciones laborales.

De este instrumento internacional surgirá la primera definición de trata de personas, que será el antecedente de nuestra legislación nacional, señalando que “...Por “trata de personas” se entenderá 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”. Deja en claro de manera contundente que “... El consentimiento dado por la víctima ... no se tendrá

en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados apartado a...”Para el Protocolo el niño es una persona menor de 18 años, y en estos casos siempre se configura la trata de personas cuando se materialice la “...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación ... aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a)...”.Obliga a cada Estado Parte a la elaboración legislativa en la que se tipifique como delito a la trata de personas cuando se cometan intencionalmente.

El Protocolo establece que los Estados aseguren la protección de la privacidad y de la identidad de las víctimas en su identidad, tutela judicial efectiva, asistencia jurídica, en salud, recuperación, alojamiento, oportunidades de empleo, educación, capacitación, repatriación, y en particular una situación que no se había previsto en los instrumentos internacionales vigentes, que consiste en “...la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos...”.Reafirma que es un delito transnacional, y exige un trabajo coordinado y conjunto no solo de los Estados sino de las organizaciones no gubernamentales, finalmente sin pretender agotar su análisis, aborda el control de la documentación de viaje o identidad de las personas.

## II. Legislación Nacional: Leyes 26364 y 26842

Sentadas las bases de la trata de personas como un delito y la obligación como estado miembro de un adecuado tratamiento legislativo de carácter represivo penal, se sanciona la Ley 26364 en abril de 2009, incorporando dos artículos al Código Penal el 145 bis y 145 ter., utilizando como técnica legislativa, diferenciar el delito en base a la edad de la víctima, mayor o menor de 18 años de edad, lo que a la postre implicará, como lo señala Guillermo Contreras<sup>274</sup>, un severo llamado de atención de la Comunidad Internacional que “...expresó su preocupación por la trata de personas en Argentina...recomendó agilizar el proceso de revisión de su legislación ...y las repercusiones del caso Marita Verón ...”, uno de los casos más trascendentales de trata de personas, su secuestro se produce el 3 de abril de 2002, captada en Tucumán por una red de trata de personas que operaba en La Rioja para ser explotada sexualmente, continúa su búsqueda en la actualidad, a pesar de las condenas de entre 10 y 22 años para los diez acusados recién se obtuvieron en 2017.<sup>275</sup>

Parece ser que las modificaciones legislativas de trascendencia, se produzcan en nuestro país a partir de sucesos que no debieran ocurrir, como el caso

<sup>274</sup> CONTRERA, Guillermo, “La explotación laboral y otras formas de abuso en el trabajo” en AAVV, Trabajo y Derechos, Director Moisés Meik, Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 2014, p.309

<sup>275</sup> <https://www.cij.gov.ar/nota-12751-Caso-Marita-Ver-n--fallo-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-Tucum-n.html>



citado, o el que impulsó La ley Brisa<sup>276</sup>, Ley Micaela<sup>277</sup>, entre otras.

La ley 26842 producen cambios en el Código Penal, así se sustituye el art. 140 en el cuál se establecen condenas de reclusión o prisión de cuatro 4 a 15 años en los casos de que se “...redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil...”. Se sustituye el artículo 145 bis del Código Penal estableciendo que “... será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima...”.<sup>278</sup> La modificación alcanza a sustituir también el artículo 145 ter del Código Penal, que agrava las penas en los casos del 145 bis, que es de 4 a 8 años, que serán de 5 a años de prisión, cuando se emplean determinados medios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Los medios señalados son el engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios. También se agrava la pena cuando la víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años, o fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma, las víctimas fueren 3 o más., o en la comisión del delito participaren tres (3) o más personas, el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima, el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Asimismo, se prevé que si se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de 8 a doce 12 años de prisión, cuando la víctima fuere menor de dieciocho 18 años la pena será de diez 10 a quince 15 años de prisión.

---

<sup>276</sup> La Ley 27.452, 04-jul-2018, por la cual los hijos de víctimas de femicidios o del asesinato de alguno de los progenitores en manos de otro, pueden obtener una reparación económica mensual, equivalente a una jubilación mínima.

<sup>277</sup> Ley 27499, 10 de enero de 2019. Establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Se llama así en conmemoración de Micaela García, una joven entrerriana de 21 años, militante del Movimiento Evita, que fue víctima de femicidio en manos de Sebastián Wagner.

<sup>278</sup> <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206554/norma.ht>

### III. “Cualquier Modalidad”

Con acertada claridad interpretativa el Dr. César Arese señala que en el concepto del art 140 CP de *cualquier modalidad* de reducción a la esclavitud o servidumbre, debe contemplarse los supuestos de “...las condiciones como jornadas exhaustivas de trabajo, las condiciones degradantes de trabajo, como las que implican cumplirlas sin cumplir las reglas esenciales de la legislación laboral (salario, horario, registración), o con restricción de la movilidad...penalizar las condiciones ilegales de trabajo que impliquen en sí mismo un trato indigno y abusivo..”<sup>279</sup> Este aporte es no sólo un faro iluminador para el derecho penal y laboral, sino que también marca el camino de sostener la acusación respecto a supuestos empleadores incumplidores que no son tales, ni empleadores ni incumplidores, sino verdaderos tratantes de personas con fines de explotación laboral, que dejan de ser meros infractores de legislaciones inspectivas sino reales delincuentes y mercaderes de vidas y sueños de personas trabajadoras.<sup>280</sup>

Esta concepción, también ha sido acompañada por fallos judiciales en los que se establece un modo objetivo de poder medir el grado de explotación elaborado por la Protex, Procuraduría de Trata y Explotación de Personas. Se analiza así la extensión de la jornada laboral y el salario o remuneración percibida por ella, las condiciones de vida de los trabajadores y se la pondera en función de lo que marca la ley. Con estos criterios se pudo llegar a sentencias condenatorias luego de acreditar la violación sistemática a una serie de leyes vinculadas a la seguridad e higiene de los trabajadores, condiciones de la jornada laboral y remuneración<sup>281</sup>.

### IV. Estado parte y sistema federal: falencias provinciales.

Nuestro país adoptó el sistema federal de gobierno, en el cuál los sujetos de esa relación federal son la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de la reforma constitucional de 1994. El sistema federal se sustenta en el reconocimiento de una genuina autonomía a cada sujeto, con claras limitaciones “... mediante la distribución constitucional de competencias...”<sup>282</sup> Las competencias pueden ser por un lado exclusivas de cada sujeto

<sup>279</sup> ARESE César, Derechos Humanos Laborales Teoría y Práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 204

<sup>280</sup> BURGOS Humberto Pedro (h), ¿SOMOS LIBRES? Comentario al fallo “NIDERA” de la Cámara Nacional del Trabajo Sala III, Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social Colección Compendio Jurídico temas de Derecho Laboral y la Seguridad Social, Editorial ERREIUS, 2017, p 355.

<sup>281</sup> “Laner, Javier José María s/Infracción art. 145 bis - conforme ley 26.842”, Tribunal Oral Federal de Paraná. [chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.mpf.gov.ar/protex/files/2023/04/Laner-Javier-Jos%C3%A9-Mar%C3%ADa-sin-nombres.pdf](https://www.mpf.gov.ar/protex/files/2023/04/Laner-Javier-Jos%C3%A9-Mar%C3%ADa-sin-nombres.pdf)

<sup>282</sup> HERNÁNDEZ, Antonio M. Federalismo y Constitucionalismo provincial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 15-16

y las concurrentes, de ejercicio compatible entre los sujetos. Por lo que surge con nitidez constitucional lo que se denomina las facultades provinciales no delegadas. Es el Estado Nación quien tiene la facultad exclusiva de celebrar tratados internacionales, conforme los artículos 27, 99 inciso 11 y 75 inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, con un proceso de aprobación y ratificación que debe cumplirse, y que excede su análisis al presente trabajo. A partir de allí, surge también una obligación como integrante del Estado miembro que debe cumplirse, esto es, las provincias no pueden mirar a otro lado, y descargar responsabilidades en la Nación. Por lo que surge imperativamente el deber de adecuar su legislación provincial y generar acciones y políticas públicas necesarias para cumplir con el fin de los Convenios 29,105 y Protocolo de Palermo, de Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, en el ámbito de su competencia.

En los últimos años, se ha generado un movimiento de reformas constitucionales provinciales, como Salta en 2021, Jujuy 2023, La Rioja 2023, entre otra, discutiéndose entre otros temas, mandatos limitados de legisladores provinciales, gobernadores, jueces de corte, en la reforma constitucional de Jujuy que ha generado múltiples reacciones sociales por limitar la libertad de expresión y conflictiva normativa sobre "...el destino de las tierras fiscales susceptibles de aprovechamiento productivo de la tierra ...", que produce consecuencias directas en los pueblos originarios y la titularidad de tierras aún no reconocidas, entre otros temas.

Nada se ha planteado o dicho en las reformas de las constituciones provinciales respecto al trabajo forzoso y la trata de personas. No sólo eso, sino que casi no existe o es escasa la legislación provincial en ese sentido, por lo que esta falencia normativa y falta de políticas públicas implican un incumplimiento como parte integrante del estado que ratificó los instrumentos esenciales en la lucha contra la trata de personas.

De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros, surge sin lugar a dudas que la obligación asumida por el estado federal debe ser también cumplida y aplicable "... por las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna...", en este sentido, mi postura personal es que si las provincias no cumplen, existe un claro riesgo que se generen responsabilidades internacionales de la Argentina. Basta doctrina abordó que el control del estado nacional surge imperioso sobre las Provincias para que ello no suceda, mencionando entre otros mecanismos, en la posibilidad de intervención a las provincias, Art .5 y 6 CN, y el control de constitucionalidad y de convencionalidad, provincial

y nacional, en este último caso a través de la CSJN y Recursos extraordinario federal, art. 14, Ley 48.<sup>283</sup>

## V. Propuestas

En párrafos anteriores afirmé que existía poca o escasa legislación emanada de las provincias, que dieran estricto cumplimiento a las convenciones internacionales para la lucha contra la Trata de persona. Catamarca, Chaco y Salta han marcado un camino desde el 2022 legislando respecto a las necesarias “oportunidades laborales” que exige el Protocolo de Palermo para las víctimas de Trata, y que se efectiviza en la Ley 26842 art. 4 al modificar el art. 6 de la ley 26364, al establecer la obligación de que las víctimas reciban capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo. Así, las tres provincias<sup>284</sup>, fomentan la inclusión laboral en el ámbito público y privado para víctimas de trata y explotación ya sea mediante cupo o incentivos para las empresas que contraten personas rescatadas de situaciones de esclavitud sexual o laboral.

El riesgo de incurrir en responsabilidades internacionales obliga a las provincias a asegurar y garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de trata, en el ámbito de su competencia, por lo que se PROPONE como políticas públicas de:

A. Empleo; creación y fomento de cooperativas, integradas por las víctimas, con apoyo financiero del estado provincial por un determinado período, más allá de la posibilidad cierta de utilizar los bienes decomisados por la justicia<sup>285</sup>, asegurar su inscripción como proveedora o prestadora del estado. Incorporación a las fuerzas de seguridad como auxiliares, peritos, asistentes, con intervención en rescates de víctimas y contención.

B. Educación: modificación de planes educativos que integren la curricula de la escuela secundaria con la incorporación de la materia derechos fundamentales en que se aborde esta temática, a través de las universidades públicas provinciales o escuelas de formación también se incorpore igual temática.

C. Inspección y control: creación de unidades específicas para esta temática que permita la detección en el mundo del trabajo de estas situaciones, en los que no sólo se apliquen los indicadores de OIT de detección de trabajo

<sup>283</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en casos en los que se cuestionaban garantías del derecho internacional, ha sostenido que “(...) el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional” (CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Resolución del 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146)

<sup>284</sup> Catamarca Ley 5.710/21, Chaco Ley 3.475/21, Salta Ley 8345/22

<sup>285</sup> <https://www.mpf.gob.ar/protex/jurisprudencia/fpa-91002367-2013-to1-tribunal-oral-en-lo-criminal-federal-de-parana-laner-javier-jose-maria-s-infraccion-art-145-bis-conforme-ley26-842-27-08-2015-condena-laboral-parana/>

forzoso como i) violencia física o amenazas, ii) restricción a la libertad de circulación, iii) servidumbre por deudas: persona como fianza, iv) retención o impago del salario, v) retención de documentos de identidad, vi) restricción de comunicación con el entorno<sup>286</sup>, sino la formulación de nuevos criterios a partir de la experiencia provincial o regional. Debe quedar claro en los operadores de las políticas públicas de inspección y control, que el hecho de la registración de los trabajadores y trabajadoras con aportes previsionales, sociales y sindicales, Obra Social, ART, y demás cumplimiento de la normativa laboral, no implica la exclusión de la posibilidad de trata laboral, por el contrario, en muchos casos encubre la modalidad de trata con fines de explotación laboral.

D. Red de organizaciones no gubernamentales: no escapa a nadie la responsabilidad en la lucha de este flagelo, pudiendo constituirse un Observatorio a tales fines integrada por estas organizaciones, con legitimación para proponer políticas públicas, interponer acciones judiciales o administrativas contra el estado o particulares en situaciones que se requiera el cabal cumplimiento de las convenciones internacionales y leyes nacionales de esta temática.

E. Sanciones provinciales a empleadores tratantes: no obstante, las condenas penales a los autores y partícipes de los delitos de trata, debe acarrear la responsabilidad inmediata de la persona jurídica que integra, con la pérdida de beneficios fiscales provinciales, contrataciones públicas, entre otras.

F. Salud: la cobertura de salud de las víctimas a través no sólo de la asistencia pública sino privada mediante las obras sociales estatales de la provincia.

G. Capacitación y formación: se garantice a través de las universidades públicas provinciales o escuelas de formación, el estudio y capacitación de las víctimas en carreras terciarias, o permitan finalizar estudios primarios y secundarios, y en ese ámbito formativo la creación de carreras vinculadas a la contención en esas situaciones, como auxiliares, peritos, entre otras.

H. Lucha regional: creación de organismos regionales dependientes de las provincias, para el intercambio de experiencias, información y propuestas legislativas no sólo provinciales sino de carácter nacional, que permitan dotar de herramientas legales para coadyuvar al cumplimiento como integrante del estado miembro y ratificante de los convenios internacionales.

## VI. Conclusiones

Se ha definido claramente como un delito transnacional la trata de personas, con profunda conexión con situaciones de vulnerabilidad, en el cuál también los migrantes son víctimas, por lo que se debe asegurar los derechos fundamentales y sociales, para garantizar el respeto a “la igualdad moderna”, y

<sup>286</sup> [https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS\\_718555/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_718555/lang-es/index.htm)

protección de grupos vulnerables, como lo ha señalado enfáticamente Margarita Miñarro Yanini.<sup>287</sup>

Pero también la trata de personas con fines de explotación laboral, tiene a diario como víctimas a nuestros comprovincianos y habitantes de nuestro país, y por ello requiere el protagonismo esencial de las provincias, integrantes del estado miembro que ratificó cada una de las convenciones internacionales sobre derechos humanos fundamentales.

No puede esconderse detrás del estado nacional o cerrar sus ojos ante el paso lento y contundente de mercaderes y dueños de vidas, no puede elegir no hacer nada ni sostener que no le caben responsabilidades, debe despertar, ser impulsor de normas y particularmente de políticas públicas que salven vidas, protejan la identidad, intimidad y dignidad de los trabajadores y trabajadoras, objeto de protección de este delito transnacional que sucede la mayor de las veces a la vista y conocimiento público.

Que las provincias den finalmente el paso para dejar de lado la hipocresía estatal e intervengan con todas sus fuerzas para asegurar la Libertad, Igualdad y No Discriminación, como derechos fundamentales en la lucha contra la trata de personas en general y en particular con fines de explotación laboral.

---

<sup>287</sup> YANINI, Margarita Miñarro, La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio laboral de los refugiados, Editorial Bomarzo, Albacete España, 2018, p.40

**INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS  
LABORALES-DERECHO INTERNACIONAL  
DEL TRABAJO 2023**

**EL VIH EN LAS RELACIONES LABORALES**

*Por: Karim Alcaraz*

*Tutoría: Valentina Rodríguez Parmigiani*

**SUMARIO:** I. Preliminar. II. Introducción. III. Aproximación al concepto de VIH y sus formas de transmisión: ¿Por qué el VIH y el SIDA no son lo mismo? B) Las vías Idóneas para la transmisión del virus; ¿C) Por qué es considerada una enfermedad estigmatizante? IV. Discriminación laboral por VIH – Supuestos discriminatorios: A) La exigencia de realización de test de VIH en estudios pre-ocupacionales o cualquier otro examen de salud del trabajo. B) La discriminación laboral por VIH y sus discriminaciones derivadas.; C) Una vez que mi condición de portador se da a conocer, ¿mi trabajo se vuelve insalubre? V. La normativa argentina sobre el VIH y su implicancia en relaciones laborales. VI. La discriminación por VIH en números (según OIT): A) Respecto a la información con la que se cuenta; B) Respecto a la voluntad de trabajar con un portador de VIH. C) La relación entre el conocimiento y discriminación laboral. VII. Conclusión

**I. Preliminar**

El presente trabajo titulado “El VIH en las relaciones laborales” parte de la necesidad de hacer un análisis que aborde específicamente esta importante temática, ya que sólo en Argentina, se estima que son más de 140 mil las personas que conviven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), aunque un 13 por ciento de ellas lo desconoce.

El lugar de trabajo si bien es ideal para sensibilizar, prevenir y disminuir el impacto del estigma y la discriminación que atraviesan las personas que viven con el virus, por ser el espacio físico en el cual transcurre gran parte de la vida activa de las personas, también puede mostrarse como uno de los principales lugares donde situaciones de discriminación tienen lugar. De hecho, las

dificultades en acceder a un trabajo digno, y las situaciones de discriminación una vez que se accede a alguno, son mencionadas por quienes viven con VIH como unos de los principales obstáculos para poder desarrollar su vida con normalidad y de manera plena. Como consecuencia de ello, creemos necesario hacer un análisis sobre cómo es y cómo debería ser la incorporación de esa parte de la población en actividades laborales.

## **II. Introducción**

La discriminación laboral es un problema que afecta a millones de personas en todo el mundo. Se trata de una práctica injusta y perjudicial que puede tener graves consecuencias en la vida de las personas. Cuando esta discriminación laboral está vinculada a aspectos físicos y estéticos adquiere una gravedad especial. Pero cuando el trato desigual y excluyente está relacionado con enfermedades o condiciones médicas, esa discriminación muestra su peor y más cruel faceta.

En muchos casos, la discriminación laboral que sufren las personas portadoras de VIH encuentra un trasfondo cultural. Usualmente vinculado a prejuicios o estereotipos basados en raza, religión, sexualidad, género u otras características personales. La discriminación laboral puede adoptar muchas formas. Los empleadores pueden negarse a contratar a alguien que sea VIH positivo; pueden despedirlo después de descubrir su estado serológico; o bien pueden negarse a dar ascensos.

Actualmente, cuarenta años después de la aparición de la epidemia del VIH y el sida, el estigma y la discriminación relacionados con tales padecimientos siguen existiendo, incluso en el trabajo. Y sigue siendo un obstáculo para lograr una vida sana y promover el bienestar para una gran parte de la población. Por lo general, en el trabajo, las prácticas discriminatorias por parte de la empresa, compañeros, clientes y consumidores exacerban aún más sus dificultades para encontrar o mantener un empleo. Como consecuencia, las personas con VIH a menudo se ven obligadas a trabajar en la economía sumergida.

## **III. Aproximación al concepto de VIH y sus formas de transmisión**

Hay quienes consideran que uno de los principales motivos por los cuales el VIH se ha convertido desde su aparición, hace ya más de 40 años, en una enfermedad estigmatizante, es la desinformación. Y es que, por años, se ha llevado a cabo una campaña en medios que, en lugar de concientizar a la población sobre el síndrome, a fines de que se tomen medidas de prevención adecuadas, generaron terror en millones de personas, que culminaron atemori-



zadas no solo del síndrome sino también de las personas portadoras de él.

Imposible es discutir los efectos negativos que el VIH (cuando no se cuenta con un tratamiento adecuado) puede tener sobre la salud de una persona, y tal vez considerando esos efectos en aislado podría llegar a comprenderse el gran temor que muchas personas tienen a adquirir este virus. Lo que resulta difícil de comprender es el temor a contraer el virus por medios que no resultan en lo más mínimo idóneos para lograr que virus se transmita de una persona a otra. Compartir vasos o utensilios en la cocina, dormir en la misma cama, utilizar el mismo inodoro, compartir alguna prenda de vestir, incluso besarse no son actos que hayan sido considerados en lo más mínimo riesgosos, y no son considerados por la comunidad científica como medios aptos para lograr que el virus se transmita.

Actualmente, la OMS cuando se refiere al VIH (o HIV, por sus siglas en inglés), lo define como el Virus de Inmunodeficiencia Humana. Es una condición que afecta al sistema de defensas del organismo, llamado sistema inmunológico. Una vez que el sistema inmunológico se encuentra debilitado por el VIH, el sistema de defensas permite la aparición de enfermedades oportunistas<sup>288</sup>.

#### **A) ¿Por qué el VIH y el SIDA no son lo mismo?**<sup>289</sup>

El virus de inmunodeficiencia humana (VIH) se transmite por la sangre y los fluidos corporales. Una vez que ingresa al organismo comienza a debilitar el sistema inmunitario, generalmente a lo largo de un periodo de entre 3 y 15 años (aunque 10 años es lo más habitual), hasta causar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o SIDA. Por esto, es que no debemos utilizar los términos VIH y SIDA indistintamente, dado a que refieren a dos condiciones diferentes.

Cuando las defensas se debilitan, pueden aparecer infecciones oportunistas como la candidiasis, la neumonía o varios tipos de tumores. Algunas infecciones pueden tratarse, mientras que otras son letales. Así vemos, que no toda persona con VIH tiene sida, pero sí toda persona que presenta un cuadro de sida, tiene VIH. Por esto, es que una persona con VIH puede convivir con el virus por años y no necesariamente desarrollará síntomas o enfermedades. Sin embargo, puede transmitirlo por las vías idóneas.

#### **B) Las vías Idóneas para la transmisión del virus**<sup>290</sup>

<sup>288</sup> <https://www.huesped.org.ar/informacion/vih/como-se-transmite-y-como-se-previene/> consultado en junio del 2023.

<sup>289</sup> Publicación del sitio de web de la fundación “American Planned Parenthood fund” <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/enfermedades-de-transmision-sexual-ets/vih-sida> consultado en junio del 2023

<sup>290</sup> Publicación del sitio web “heathy Children.org” de la American Academy of pediatrics [https://www.healthychildren.org/Spanish/health-issues/conditions/sexually-transmitted/Paginas/hiv-and-aids.aspx?gclid=CjwKCAjwhJukBhBPEiwAniIcNT5Rc\\_NtGMO9UUIJR2rzzR6m7nr88hRDr5gf9haKpguFkBHzBiydzxoCbSYQAvD\\_BwE](https://www.healthychildren.org/Spanish/health-issues/conditions/sexually-transmitted/Paginas/hiv-and-aids.aspx?gclid=CjwKCAjwhJukBhBPEiwAniIcNT5Rc_NtGMO9UUIJR2rzzR6m7nr88hRDr5gf9haKpguFkBHzBiydzxoCbSYQAvD_BwE) consultado en Junio del 2023.

A lo largo de la historia, la ignorancia respecto a qué fluidos corporales eran aptos para transmitir el virus, fue un gran motor de discriminación. El VIH se transmite de una persona a otra a través de la sangre y otros fluidos corporales, como el semen, el líquido pre seminal, los fluidos rectales, los fluidos vaginales y la leche materna.

Hoy, a pesar de que en los últimos años ha habido grandes avances en términos de concientización sobre el virus de inmunodeficiencia, el miedo sigue ahí. Y todos los “por si acaso”, también. La mayoría de las personas está en contra de discriminar a los enfermos de sida, pero prefiere no arriesgarse cuando se trata de sí mismos o de sus familiares, ni siquiera en los casos en que está científicamente descartado el riesgo de contagio. Y una gran parte de la población prefiere no hacerse la prueba del sida, aún en el caso de haber estado en situaciones de riesgo.

### **C) Por qué es considerada una enfermedad estigmatizante?**<sup>291</sup>

Para entender por qué estamos en presencia de una enfermedad de las denominadas estigmatizantes o de “Mala Prensa”, hay que analizar un poco el contexto histórico en el que se dan los primeros casos de VIH.

A principios de los años ochenta se reportan los primeros casos de VIH en Los Estados Unidos y en el mundo. Este virus hasta el momento desconocido generó miedo en la comunidad americana y luego en la internacional. En los primeros años posteriores a la aparición de los primeros casos, se pensaba que el mero contacto con un enfermo de sida podría ser suficiente para contagiarse, como si se tratara de una gripe. Ello, desde luego, llevó a situaciones terribles para las personas portadoras como discriminación y aislamiento social cuyos efectos persisten aún.

La rápida propagación de la enfermedad, sumado a la poca información que hasta aquel momento existía, además del carácter inevitablemente letal del virus dieron lugar a una auténtica psicosis a comienzos de los años ochenta, especialmente entre la comunidad homosexual. De hecho, llegó a llamarse “síndrome de los homosexuales” hasta que aparecieron los primeros casos de hemofílicos infectados.

## **IV. Discriminación laboral por VIH – Supuestos discriminatorios**

Habiéndose realizado una la introducción precedente al tema, y considerando el porqué de la estigmatización del VIH y los medios a través de los cuales se transmite, podemos adentrarnos en un análisis más pormenorizado de las consecuencias que el VIH puede acarrear en cuanto a relaciones laborales.

<sup>291</sup> Publicación del sitio web de la “Organización Panamericana de la Salud” <https://www.paho.org/es/historias/vihsida-40-anos-respuesta-epidemia-que-marco-humanidad> consultado en junio del 2023.

Como ya indicamos, el alea de actos discriminatorios que puede sufrir un portador del virus es extremadamente amplio. Los actos vejatorios (ya sean dolosos o no) pueden provenir no sólo de superiores, sino también de compañeros de trabajo o incluso clientes o terceros, y pueden afectar no sólo la intimidad de la persona, sino que también pueden traducirse en tratos ostensiblemente diferentes, como excluir injustificadamente al portador de actividades para las cuales su condición no implica ningún riesgo.

Solo a modo de ejemplo, se indican una serie de actos que son considerados discriminatorios no solo por la LCT, sino también por la Ley N° 23.798 Nacional de Sida y su Decreto Reglamentario N° 1.244/91:

#### **A) La exigencia de realización de test de VIH en estudios pre-ocupacionales o cualquier otro examen de salud del trabajo**

Cuestión aun debatida, ya que hay quienes sostienen que la exigencia de la realización de análisis de VIH se encuentra justificada cuando el trabajador deba realizar tareas para las cuales su condición de portador pueda ser riesgosa para sí mismo o para los demás.

Se trata de una práctica poco habitual pero que ciertamente existe. Actualmente se considera que el empleador debe tomar todas las medidas necesarias para proteger la integridad de la salud del trabajador, tanto física como psíquica. Develar información privada del trabajador de manera injustificada no sólo es un acto que puede ser objeto de una reparación pecuniaria a favor del trabajador, sino que atenta contra su dignidad y muchas veces, convierte al ambiente de trabajo en un espacio insalubre para la salud psíquica del trabajador.

Analizado desde el ordenamiento interno, estamos en presencia de un acto que podría encuadrarse desde el punto de vista de la LCT como violatorio del art.17 sobre prohibición de discriminaciones, el art. 63 sobre principio de buena fe; el art 75 sobre deber de seguridad; y el art. 81 sobre igualdad de trato laboral.

Otros actos discriminatorios incluyen:

- Excluir al portador de beneficios que se otorgan al resto de los empleados;
- Generar distinciones en las tareas a realizar, pago u otros aspectos de la vida laboral;
- Ofrecer menos oportunidades de promoción o salario a la persona portadora del virus;
- No prevenir o sancionar el abuso psicológico de compañeros de trabajo;
- La realización de bromas, susurros o chismes por el estado serológico del trabajador;
- En casos más extremos, la utilización del estado seropositivo del tra-

- bajador como medio de chantaje, extorsión;
- Cualquier tipo de acto que utilice la información personal del trabajador con el fin de degradarlo.<sup>292</sup>

En Argentina, las disposiciones constitucionales de los artículos 19, 14 bis, y 75 inc. 22 de la C.N. y sobre todo esta última, incorporaron tratados y declaraciones sobre derechos humanos a los que se les otorgó jerarquía constitucional. Entre los que podemos destacar: Declaración Americana sobre Deberes y Derechos del Hombre (art. 2); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2 parr. 1 y art. 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (art. 2 y 7); Pacto de San José de Costa Rica (art. 1). Junto a la ley 23.798 sobre SIDA y su decreto reglamentario, así como el Convenio sobre la discriminación de OIT de 1958 (ratificado por Argentina), se hace énfasis en el trato igualitario que se le debe a los trabajadores. Ese trato igualitario consiste en no hacer diferencias injustificadas hacia los empleados más allá de los atributos individuales y reconocerlos como iguales, como sujetos de derechos.

A su vez, lograr una igualdad real no solo beneficiaría las personas excluidas por su estado seropositivo, sino que a su vez redundaría en una mayor productividad para las mismas compañías. Eliminar la discriminación promueve que las personas, el principal recurso de las empresas, se sientan reconocidas por sus capacidades, talento, cumplimiento de trabajo, eficacia y eficiencia y no por atributos personales o una condición médica.

### **B) La discriminación laboral por VIH y sus discriminaciones derivadas**

Es dable aclarar que, a la discriminación por ser portador del virus de VIH, suele sumársele otro tipo de discriminaciones, tales como la discriminación por sexo, apariencia física, orientación sexual entre otras. Y es que aún en el 2023 existe todavía en el ideario popular una vinculación directa entre el VIH y la homosexualidad, o al menos de la realización de actos homosexuales; vinculación que se ha demostrado, es falaz.

Consecuencia de esta falacia, la persona puede encontrar dificultades en sus relaciones laborales no solo por el hecho de ser portadora de VIH, sino también por su (presumida) homosexualidad. Esto se traduce en una discriminación potenciada. Ahora no solo se va a excluir al trabajador por miedo a la transmisión del virus, sino también por su sexualidad.

Esta circunstancia es ajena a prácticamente cualquier otro padecimiento físico y es lo que hace que sea tan terrible para el trabajador que su condición seropositiva sea dada a conocer. Ya no solo será visto como un potencial riesgo

<sup>292</sup> Guía de la fundación Huésped y la ONUSIDA (Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida) sobre el VIH en el ámbito laboral. (<https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2017/04/Guia-acciones-ambito-laboral.pdf>) año 2013. Consultado junio 2023.

para la salud de sus compañeros, sino que, junto con su diagnóstico, muchas veces se asume una condición sexual, circunstancia que incrementa la posibilidad de que su derecho a la igualdad sea vulnerado.

### **C) Una vez que mi condición de portador se da a conocer, ¿mi trabajo se vuelve insalubre?**

El interrogante tiene una respuesta afirmativa posible. Partiendo de la base de que es un deber del empleador no develar la condición de portador del trabajador, podemos contemplar que cuando este deber se rompe, existen dos circunstancias que pueden acontecer:

- La primera y si se permite, la más utópica, es que el trabajador continúe con su relación laboral en las condiciones en las que se encontraba antes de darse a conocer su estado seropositivo (sin perjuicio de su derecho de accionar en busca de una reparación por la develación injustificada de la información).
- La segunda, es que la relación laboral se vuelva insostenible para el trabajador.

Circunstancias tan simples como la modificación en los modos en los que se dirigen a él sus compañeros y superiores impactan de manera negativa en la psiquis de las personas, generando que se aíslen y se conviertan en rehacías al contacto social. Esta circunstancia perpetuada en el tiempo, genera un ambiente laboral insalubre para el trabajador, al afectar de manera negativa y constante su psiquis, y puede empujarlo en el peor de los casos a dar por extinta la relación laboral.

Sin dudas, para un empleador incómodo con esta situación de salud del trabajador, dar a conocer su estado seropositivo puede constituir un medio para lograr que éste presente su renuncia. Y como sabemos, en la legislación argentina una vez presentada la renuncia por el trabajador, se libra el empleador de la obligación de pagar una indemnización laboral.

## **V. La normativa argentina sobre el VIH y su implicancia en relaciones laborales**

En argentina la legislación aborda el tema de la discriminación laboral por VIH, aunque no de manera directa. Tenemos actualmente una ley, Ley N° 23.798 Nacional de Sida, que con su Decreto Reglamentario N° 1.244/91, declaran de interés nacional la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia humana adquirida y establece en su art 2 un principio rector en materia de igualdad y confidencialidad<sup>293</sup>. Este artículo pone énfasis en el respeto por la

<sup>293</sup> Art. 2º. “Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) Afectar la dignidad de la persona;

dignidad de la persona, como también en la protección a la privacidad de la misma; en consonancia con lo establecido en la ley n° 23.592 sobre actos discriminatorios. Ambas normas citadas son una natural derivación de principios constitucionales consagrados en los art 19, 14bis y principalmente el art 75 inc. 22 que incorpora tratados internacionales sobre derechos humanos.

Cabe destacar la importante incorporación en materia de igualdad que significó la entrada en vigencia de la mentada ley 23.592, conocida como la **ley de antidiscriminación** del año 1988, que a pesar de que hayan pasado casi 40 años desde su entrada en vigencia, y que no sea de aplicación exclusiva en materia laboral, continúa vigente gracias a una excelente redacción que incorpora y hace operativos principios constitucionales como la mencionada igualdad de oportunidades y el respeto por la dignidad y la privacidad de las personas.

Lo propio también sucede con la ley N° 25.280 del año 2000 a través de la cual se aprueba la Convención Interamericana para La Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, y que, aunque tampoco sea de aplicación exclusiva en materia laboral, también pone énfasis en los principios antes mencionados. También, la ley de contrato de trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de “sexo, raza, nacionalidad, religión, política, afiliación sindical o edad” (Art. 17). Sin embargo, se permite un trato diferenciado si se basa en los principios de buena fe o en caso de que se base en la eficiencia y la actitud de un empleado hacia el trabajo” (art. 81).

Como vemos, existe en Argentina una rica legislación relativa a la igualdad de oportunidades y la desaprobación de la discriminación en diferentes ámbitos, pero el tema de la discriminación en el espacio laboral no ha sido abordado aún por una norma de derecho interno específica.

A pesar de ello, no podemos decir que existe una laguna jurídica con relación al tema, dado que, aunque no exista una recepción legislativa específica, sí existe multiplicidad de normas de derecho interno y tratados internacionales con jerarquía superior a leyes que sí abordan el tema. Así, en un caso concreto podríamos echar mano no solo de la ley de contrato de trabajo, sino también de la ley antidiscriminación, la ley nacional de sida y su decreto reglamentario, la misma constitución nacional y tratados internacionales de derechos humanos.

Cabe aclarar, que de esa misma conjugación legislativa nos podríamos valer en casos de empleados que sufren de discapacidades y ciertas enfermedades como la diabetes (Ley N° 23.573) y epilepsia (Ley N° 25404).

---

b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada”

## VI. La discriminación por VIH en números (según OIT)

En el estudio titulado “*Encuesta global de la OIT sobre la discriminación por el VIH en el mundo del trabajo*” recogió datos reveladores respecto al nivel y calidad de información con la que cuentan los empleadores y trabajadores en general con relación al VIH en 50 países encuestados. Sin intención de hacer una reproducción exhaustiva de las conclusiones de tal estudio, nos remitiremos a sólo hacer una enunciación de los datos más impactantes que resultaron de tal encuesta:

### A) Respecto a la información con la que se cuenta

El estudio de la OIT reveló que las personas que comprenden mejor cómo se transmite el VIH generalmente tienen más probabilidades de estar de acuerdo en que las personas que viven con el VIH deben poder trabajar directamente con otras personas que no tienen el VIH. En la encuesta se preguntó a los encuestados si el VIH podía transmitirse de alguna de las siguientes formas:

- A través de relaciones sexuales sin protección,
- Al abrazar o dar la mano,
- Al compartir jeringas,
- Al besar o al compartir el baño.

Por sencillas que pueden parecer estas preguntas, el 63,6 % de los encuestados respondieron a alguna de las preguntas incorrectamente. Este dato resulta preocupante, desde el momento en que muestra que hay un porcentaje elevado de empleadores y trabajadores que ciertamente creen que pueden contraer el virus de inmunodeficiencia por dar la mano, un abrazo o compartir el baño.

Así, Entre las personas que sí respondieron correctamente a todas las preguntas, el 77,5% dice que las personas con VIH deberían trabajar directamente con otras personas que no tienen el virus.

Se observa un patrón: cuanto mayor es el nivel de conocimiento sobre cómo se transmite el VIH, mayor es el porcentaje de encuestados que dicen que las personas con VIH deberían poder trabajar directamente con otras personas que no son portadoras.

### B) Respecto a la voluntad de trabajar con un portador de VIH

En los 50 países encuestados, aproximadamente cuatro de cada diez encuestados dicen que las personas con VIH no deberían poder trabajar directamente con otras personas que no tienen el VIH (35,6 %) o contestan con la respuesta condicional «depende» (2,8 por ciento). Algo más de la mitad de los encuestados (50,5 %) dice que las personas con VIH deberían poder trabajar directamente con personas que no tienen VIH.<sup>294</sup>

<sup>294</sup> Encuesta global de la OIT sobre discriminación por VIH en el mundo del trabajo [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_830557.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_830557.pdf)

### **C) La relación entre el conocimiento y discriminación laboral**

Es interesante mencionar que en las regiones donde hay un porcentaje mayor de encuestados que están de acuerdo en que personas con VIH compartan y trabajen directamente con personas que no son portadoras, son también las zonas donde es más probable que los encuestados conozcan personalmente alguien con VIH. Esto muestra que existe un vínculo entre conocimiento personal de personas seropositivas y ausencia de discriminación. Mientras más se conoce, menos se discrimina. Así, en países de zonas como África oriental y meridional, un área que incluye varios países con una carga de VIH relativamente alta, el 89,9 % de los encuestados afirma que las personas con VIH deberían poder trabajar en cualquier tipo de trabajo en contacto directo con otras personas que no tienen el VIH.

## **VII. Conclusión**

La discriminación por VIH en general, y en lo laboral en especial, es uno de los problemas más graves que enfrentan las personas que viven con esta condición. Como vimos, esta discriminación puede manifestarse de diferentes formas en el ámbito laboral, pero en todos los ámbitos la educación es fundamental para prevenirla.

Tal como reflejan las encuestas de la OIT, la ignorancia con relación a esta condición es el principal motor de marginalización. Por lo tanto, consideramos imprescindible la realización de un plan que tenga por finalidad informar a la población no solo respecto a las formas de evitar contraer el virus, sino también respecto de todas aquellas actividades que no implican ningún tipo de riesgo para la salud. Esto colaboraría a desmitificar y eliminar creencias erróneas y estereotipos asociados a esta condición. Como vimos, muchas personas aún creen que el VIH sólo afecta a ciertos grupos de la población, como hombres homosexuales y personas en situación de consumo problemático.

Sin embargo, para lograr el objetivo de educar a la población es preciso contar con legislación que colabore con ese fin, que sea específica y que haga operativos principios de igualdad y no discriminación contemplados en la constitución nacional y tratados internacionales.

Como oportunamente se indicó, en la Argentina no existe aún legislación que regule específicamente cómo debe ser la conducta que los empleadores deben seguir a los fines de lograr una integración completa del portador de VIH en el ámbito laboral. Tampoco existe legislación que obligue a los empleadores a hacer jornadas de concientización con relación al VIH, sea que cuente o no con un trabajador portador en el staff laboral. Y si bien, como dijimos, no sería correcto decir que existe una laguna jurídica porque existen múltiples tratados



internacionales sobre derechos humanos que hacen hincapié en principios de igualdad, y a pesar de que también contamos con una ley nacional de VIH, la ley de contrato de trabajo y la constitución misma, ninguna de esas fuentes normativas hace referencia específica a la exclusión laboral por VIH.

Consideramos que, en virtud de las características de este tipo de discriminación, que genera otras discriminaciones derivadas, y en vista de que se ha demostrado que, a mayor educación, la discriminación disminuye, es preciso contar con una ley que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo jornadas de concientización que brinden información clara y veraz a los trabajadores, donde no sólo se les indique “de qué deben cuidarse” sino también qué acciones no son riesgosas.

Sumado a ello, y considerando los severos efectos que las divulgaciones del estado seropositivo del trabajador acarrearán para él, sería conveniente revisar la legislación laboral a fin de dar mayores beneficios a aquel trabajador cuya condición ha sido dada a conocer, sea por negligencia o dolo del empleador. No solo dando la posibilidad al trabajador de considerarse en situación de despido indirecto cuando su estado seropositivo ha sido divulgado y esto genere un empeoramiento significativo en sus condiciones laborales, sino también agravando las indemnizaciones cuando se dé esta circunstancia. Consideramos que este agravamiento está totalmente justificado desde el momento en que acudir al espacio laboral puede ser una verdadera tortura para el trabajador cuando se siente excluido y su presencia causa incomodidad entre sus pares.

Definitivamente no son las únicas medidas que pueden ser adoptadas para intentar dar una solución a esta problemática, pero definitivamente colaborarían en la generación de espacios laborales más sanos e inclusivos, donde cada vez menos personas sufran de tratos diferenciados injustificados, y se honren sus derechos de igualdad y equidad. Como dice John F. Kennedy: *“Yo no digo que todas las personas sean iguales en su habilidad, carácter o motivaciones, pero sí afirmo que deberían ser iguales en su oportunidad para desarrollar sus habilidades, carácter y motivaciones”*.

# LOS ANTECEDENTES PENALES EN EL AMBITO LABORAL, ¿UN OBSTÁCULO MÁS A LA REINSERCIÓN?

*Por: Carla Gabriela Bossio*

*Tutoría: Juan Caminos y Sebastian Almada*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Fundamentos. III. Objetivos. IV. Desarrollo. A. El trabajo: un derecho humano. B. Procesos de selección de personal. C. Certificado de antecedentes penales: regulación vigente y publicidad. D. Redes de apoyo y formación. E. Programas dentro de la prisión. V. Conclusión.

## I. Introducción

Se parte de considerar que aquellas personas que transitaron parte de su vida en establecimientos carcelarios cuentan con antecedentes penales y que existen muchos prejuicios y actitudes discriminatorias hacia ellos. Por ello se intentan analizar los efectos que esto produce en la posibilidad de su contratación en los distintos ámbitos laborales, profundizándose la situación de vulnerabilidad de los ex-convictos, dada la dificultad para volver a la vida en sociedad, evitando que vuelvan a delinquir.

Se parte de entender la reinserción laboral como la posibilidad de acceso al mercado de trabajo, que está íntimamente relacionada a evitar la reincidencia. Se manifiesta como un proceso complejo y fuertemente marcado por una falta de apoyo -tanto de empresas privadas como establecimientos estatales- para contratar a personas que han cumplido penas privativas de la libertad.

## II. Fundamentos

Es muy fuerte el impacto que produce la prisión y el haber cumplido una condena en relación a la posibilidad del retorno de la persona a la vida en sociedad, reinsertarse laboralmente para no volver a delinquir y poder lograr estabilidad en el trabajo.

Esta problemática está muy vigente hoy en día, siendo lo más común que los liberados solamente puedan participar del mercado laboral informal, como vendedores ambulantes o con trabajos no registrados e inestables, siendo aún personas jóvenes que se enfrentan a una realidad de pocas posibilidades

de rehabilitación y entornos hostiles que no favorecen su acceso al derecho al trabajo, que es esencial para la realización de otros derechos humanos y para que puedan vivir en sociedad libremente con dignidad.

### III. Objetivos

En este trabajo se pretende analizar si el requisito de presentación de certificado de antecedentes penales constituye, de alguna manera, una forma de discriminación jurídica respecto de quienes desean conseguir trabajo luego de haber cumplido su condena. También, estudiar algunas instituciones -tanto de nuestro país como del extranjero- que se encargan de acompañar, preparar y facilitar su proceso de ingreso al mundo del empleo.

### IV. Desarrollo

#### a. El trabajo: un derecho humano

A partir del auge del capitalismo, se produce una fractura muy importante en el mercado laboral ya que en ciertos aspectos, pretendió desconocer muchos de los derechos de los trabajadores. Es así que se produce un contexto en el cual los estados comienzan a articularse con otros estados mediante organismos transnacionales, pretendiendo una mayor homogeneidad de las normas para que las condiciones de trabajo sean similares en los distintos países, y en miras de impedir que se produzcan situaciones de competencia laboral desigual entre los distintos países.

El Derecho del Trabajo no resultó ajeno a todos estos cambios, y así progresivamente el Derecho Internacional comenzó a jugar un papel preponderante, principalmente a través de la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, tal como surge de la página oficial de dicho organismo “...desde 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha mantenido y desarrollado un sistema de normas internacionales del trabajo que tiene por objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que éstos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad.”<sup>295</sup>

Es bueno señalar que cuando hablamos de Derecho Internacional del Trabajo hacemos referencia a aquel que tiene como función influir sobre los sujetos de derecho público-concretamente a los Estados- para incentivar legislar y tomar determinadas medidas respecto de las relaciones laborales, para tender a lograr un desarrollo universal del Derecho del Trabajo.

<sup>295</sup> Disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/lang-es/index.htm#:~:text=Desde%201919%2C%20la%20Organización%20Internacional,en%20condiciones%20de%20libertad%2C%20igualdad%2C>

Adentrándonos propiamente en el concepto del derecho al trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (uno de los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 de la C.N. con jerarquía constitucional) en su artículo 6.1 establece que *“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.”*

Asimismo, son conocidos los derechos básicos que protege nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis con relación al trabajo, condiciones dignas y equitativas, limitación de jornada, descanso y vacaciones pagas, etc. Entonces en el presente trabajo se pretende analizar cómo es que las personas que han cumplido una pena privativa de la libertad ejercen su derecho al trabajo, y en qué situación se encuentran al salir de prisión.

En este sentido, la persona que cometió un delito, y a quien el estado –en ejercicio de su poder punitivo- le impone una condena a cumplir en un establecimiento de reclusión, se encuentra excluida de la sociedad, ya que la pena impuesta lo separa supuestamente para poder realizar el tratamiento correspondiente y resocializarlo. Al cumplir la misma, la persona debe recomponer todos los aspectos de su vida, entre ellos el laboral.

Nuestra Ley de Ejecución Penal procura la reinserción social del liberado, atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el recluso. Este es un objetivo y una función que atañe al Estado, pero que también es responsabilidad de la sociedad en su conjunto.

La mayor dificultad que enfrenta quien ha sido recientemente liberado al buscar un empleo, es principalmente la estigmatización y la falta de confianza que genera en potenciales empleadores ese antecedente. Por ello puede sostenerse que ese contexto resulta contrario –y conspira– con la resocialización que el sistema represivo descrito persigue como objetivo y afecta directamente a las personas que quieren trabajar y no pueden hacerlo por falta de oportunidades reales de empleo, configurándose de este modo una práctica discriminatoria.

Esta situación se ve intensificada en el momento en que la persona presenta su curriculum o al acudir a una entrevista de trabajo y se le requiere la presentación de un Certificado de Antecedentes Penales que será tenido en cuenta para valorar y decidir acerca de la contratación.

#### **b. Procesos de selección de personal**

En el contexto planteado, se analiza la instancia en la que se selecciona el personal que se desea integrar a una empresa o institución, a través del cual se debería prestar especial atención a las competencias y aptitudes del recientemente liberado, y no así a profundizar prejuicios y estereotipos.

En este proceso, la tarea que se realiza es tratar de encontrar un perfil

de candidato que encaje con el puesto de trabajo vacante. En primer lugar, se reciben los currículums vitae de los aspirantes al empleo, buscando así que se genere una base con una cantidad de candidatos suficiente. Luego, se hace una preselección en base a la idoneidad que de allí surge puesto que el número de aspirantes es mayor al de las vacantes disponibles. Esta labor requiere una investigación y análisis de la información aportada por los candidatos, y en base a ello se les da un orden de jerarquía o prelación, procurando que el trato sea justo o, al menos, así debiera ser.

En base a esta primera elección se determina cuales candidatos van a pasar a la etapa de las entrevistas personales, y por último, comparar las mismas en base a presupuestos objetivos y determinar quién o quiénes son los más idóneos.

La última etapa, que es la de inducción, a través de la cual se introduce a los sujetos en la empresa, se les explican las políticas de la institución y se les otorga la formación necesaria para ser eficientes en su nuevo trabajo.

### **c. Certificado de antecedentes penales: regulación vigente y publicidad**

El certificado de antecedentes es aquella constancia que certifica si una persona registra o no antecedentes penales.

En el art. 1 de la Ley N° 22.117 se refiere al Registro Nacional de Reincidencia, que funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia de la Nación que emite este certificado y centraliza la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción. También se prevé que el mismo es reservado, e indica a quienes se les podrán suministrar informes a los jueces y tribunales de todo el país.

En base a lo expuesto, se advierte que registrar antecedentes penales en nuestro país es una gran traba a la hora de buscar empleo, tanto en el ámbito público como en el privado, ya que es una práctica muy habitual que los empleadores lo soliciten. Sin embargo, se supone que lo relevante es que la persona que recuperó su libertad, luego de cumplir con la pena que le fue impuesta y, de este modo, concluido con el proceso de resocialización que prevé la Ley de Ejecución Penal.

Esta práctica está sumamente instalada en el sector privado, en el que es muy común la solicitud de este certificado, aunque no exista ningún tipo de norma o reglamentación al respecto. Se ha constituido como un accionar altamente difundido entre las patronales, que, en base a la costumbre, constituye ítem indispensable a la hora de contratar personal, en desmedro del vacío normativo existente, dificultando la igualdad a la hora de acceder a los puestos laborales.

En función del principio de reserva (art. 19 CN) todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido, por lo cual considero que debiera

vedarse la solicitud de estos antecedentes por parte de los empleadores en función de ser discriminatoria según el concepto de OIT analizado. En su caso, debería al menos reglamentarse desde el Derecho del Trabajo de alguna manera más específica, porque no es un criterio de selección basado en la idoneidad del sujeto y demás parámetros objetivos, pero constituye un fuerte obstáculo para poder acceder a un puesto laboral en igualdad de condiciones con los otros interesados.

Cabe agregar que solicitar el certificado es un trámite muy sencillo (es suficiente con pagar una tasa retributiva y presentar el DNI) que conlleva el coartar la reintegración del ex convicto en la sociedad, y más precisamente en el mundo laboral.

Su presentación hace que el liberado deba enfrentar constantes discriminaciones directamente relacionadas con una supuesta tendencia al crimen y una fuerte condena social que no desaparece. Así pues, *“la salida de la cárcel se ve envuelta en una pérdida de posibilidades de cara al empleo por efecto del estigma que implica la condición de ex presidiario, y también como consecuencia de la descualificación que acarrea el periodo de internamiento”*.<sup>296</sup>

#### **d. Redes de apoyo y formación**

En nuestro país existe la Red Creer, que está formada por 82 organizaciones tanto del sector público como privado, cuyo fin es poder nuclear oportunidades laborales para aquellos que han estado privados de la libertad.

Este proyecto fue tan innovador que no sólo fue reconocido en la región, sino también por la Unión Europea por su fomento a las capacitaciones en servicios y emprendimientos productivos, en miras de que quienes ya finalizaron su paso por la cárcel no se vean atrapados en una situación de vulnerabilidad y puedan formar parte del mercado laboral, como empleados o siendo sus propios jefes, y así generar sus propios ingresos.

Se pretende no sólo la capacitación, sino una tarea de acompañamiento sostenido en el tiempo. Son numerosos los testimonios de quienes son ayudados por este proyecto, y que consideran invaluable la oportunidad que se les dio, mostrando un alto nivel de compromiso ante las diversas oportunidades laborales que se les presentaron.

Redes y asociaciones como esta son de suma importancia para poder dar continuidad a las tareas de escolarización y cursos de oficios que se brindan en las distintas Unidades Penitenciarias, que pretenden que los reos salgan de prisión con conocimientos para poder valerse por sí mismos, aunque muchas veces no encuentran los espacios para poder desempeñarse y reaprender aquellas habilidades socio afectivas y hábitos propios de la convivencia en sociedad.

<sup>296</sup> CABRERA, Pedro José, Carcel y Exclusión, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 83.

Es muy grave la situación de desconexión que existe entre los trabajos de rehabilitación que se realizan dentro de la cárcel y la débil presencia de organismos que promuevan la capacitación y posterior consecución de trabajo al salir de la prisión.

En Córdoba tenemos el “Patronato de Liberado” bajo la órbita de la Secretaría de organización y gestión penitenciaria que persigue el fin de la reinserción social, laboral y familiar de quienes salen de prisión, como también promover a través de capacitaciones conocimientos técnicos que permitan una salida laboral rápida, tales como talleres en oficios de carpintería, panadería, plomería, construcción, artesanías, huerta, electricidad, informática etc. También se encarga de controlar las prisiones domiciliarias a aquellas personas que se les ha otorgado este beneficio.

Todo el trabajo que lleva a cabo el Estado y distintas asociaciones como las mencionadas en el presente trabajo son de carácter fundamental para coronar años de tratamiento de manera exitosa, o llevarlos a su fracaso.

A nivel internacional podemos mencionar el programa Reincorpora llevado adelante por la Fundación “la Caixa”, desarrollado en colaboración con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya y el Ministerio del Interior de España, que prevé un acompañamiento a aquellas personas que se encuentran en la etapa final de su condena. Este itinerario es de carácter personalizado, y dura aproximadamente 6 a 10 meses, y consta de ciertas etapas:

1. Selección de participantes y asignación de un técnico de Reincorpora.
2. Formación: el técnico asignado se constituirá como guía respecto de que conocimientos debería adquirir la persona según sus conocimientos y habilidades y motivarlo para evitar la deserción.
3. Participación en proyectos de servicio a la comunidad: estos son de carácter solidario y estimulan las propias habilidades de los sujetos, así como el fomento de la participación en actividades sociales y compromiso cívico.
4. Orientación laboral: busca mejorar las competencias laborales y personales.
5. Intermediación: puesta en contacto con empresas que colaboran con el programa que ofrecen vacantes laborales.
6. Seguimiento

Del mismo se han desprendido diversas conclusiones y propuestas de mejoras, entre ellas, el hecho de poder entender que el proceso de inserción debe tomarse desde dos puntos de vista. Por un lado, se debe tener en cuenta las capacidades, competencias personales y la experiencia laboral previa del reo, y por otro, las necesidades actuales del mercado laboral en el territorio donde se lleva a cabo el proyecto y donde se pretende la inserción laboral.

Asimismo, el hecho de que en el proceso de selección de quienes participan del proyecto se deben evaluar variables muy diversas, entre ellas y sobre todo, cuan dispuesta está la persona al aprendizaje de nuevas tareas, si es capaz de comunicar sus inquietudes, que porcentaje de autonomía demuestra al realizar las tareas que le son encomendadas, que índice de responsabilidad demuestra a la hora de llevar a cabo sus tareas, como se comporta ante situaciones que requieren trabajar en equipo, si gestiona sus emociones de forma positiva ante circunstancias de frustración e inconvenientes que se le pudieran presentar, si existen familiares o amigos que acompañarán el proceso de cambio en su estilo de vida, y que constituyan una red de apoyo que trabaje en equipo con el programa.

#### **e. Programas dentro de la prisión**

En este punto, es interesante analizar, de manera específica, la tarea que realizan los trabajadores sociales dentro de las instituciones carcelarias en España: tienen un enfoque interdisciplinario de la problemática de la reinserción social y laboral junto con psicólogos, profesores, mediadores y demás profesionales.

Ellos tienen obligación de llevar a cabo entrevistas con los detenidos, sus familias, ya que esas personas son las que pueden constituir una contención para los mismos, y también con los lugares en los que trabajaron antes, para evaluar una posible reintegración en sus puestos y hacer un análisis de su personalidad.

Por otra parte, resulta de interés un análisis particular en relación a las mujeres presas puesto que, según se ha relevado, se concluye que existe una marcada falta de perspectiva de género en la Ley Orgánica Penitenciaria del mencionado país, ya que en su mayoría está destinada a los presos hombres. Además, se tiene en cuenta que sólo en Madrid y Barcelona existen prisiones solamente de mujeres, estando la mayoría excluidas en unidades dentro de las cárceles de hombres. Respecto de ellas existen talleres de oficios que, lo que hacen es reforzar el estigma de cuáles son las tareas que realizan las mujeres: cocina, peluquería, estética, etc.

Lo planteado constituye un impedimento más ejercicio pleno del principio de igualdad - pilar básico en los Derechos Humanos- que repercute en el ámbito laboral. Que una mujer salga de cumplir su condena con muchas menos habilidades útiles para insertarse en el mercado del trabajo que un hombre, constituye un acto más de discriminación.

El Ministerio del Interior del Gobierno de España y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias poseen programas destinados a la reinserción socio laboral, entre los que destaco:



- *“Programa Individualizado de Tratamiento (PIT): El PIT es un plan individual, continuo y dinámico que tiene como objetivo la promoción y el crecimiento personal, la mejora de las capacidades y habilidades sociales y laborales y la superación de los factores conductuales o de exclusión que motivaron a delinquir. En su desarrollo se tienen en cuenta diferentes factores de la vida del preso como la ocupación laboral o el nivel educativo... ”*
- *Enseñanza reglada y formación: Se trata de llevar a cabo el artículo 27 de la Constitución Española en el que se establece el derecho a tener un acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad. Aquí se prioriza la formación básica de analfabetos, jóvenes, extranjeros y de aquellos que presentan dificultades para acceder a la educación... ”*
- *Trabajo e Inserción Laboral: El trabajo es uno de los factores más importantes para la reinserción social de la persona y, por tanto, dentro de las prisiones se pueden preparar para la integración al mundo laboral... ”*<sup>297</sup>

## V. Conclusión

Partiendo de que somos seres sociales y que necesitamos del otro para poder vivir en sociedad, es que tenemos que entender que la aplicación de políticas estatales para que quienes estuvieron en la cárcel al salir puedan conseguir trabajo, es una forma más de lograr la paz social y una convivencia civilizada.

Siendo la prisión un lugar donde las personas tienen que resocializarse, y no un mero lugar donde se depositan los criminales para tenerlos lo más lejos posible de la sociedad, es que tenemos que velar porque logren reincorporarse a la misma.

Así las cosas, se hace evidente que no es necesario que el Estado destine grandes partidas presupuestarias para crear nuevos empleos, sino quizás, lograr que se articulen vías de comunicación entre empresas que desean contratar empleados, y aquellos que desean conseguir trabajo, haciendo un seguimiento de cómo se desempeñan en sus labores para aspirar a que los beneficiarios de estos proyectos puedan tener un desarrollo sostenido en sus puestos y vivir dignamente. La discriminación y la marginación se encuentran estrechamente relacionadas con la reincidencia. Impedirle de distintas maneras a los ex reclusos acceder a puestos de trabajo estables y en blanco sólo aumenta las posibilidades de que vuelvan a delinquir.

Si bien el Estado tiene que poner en marcha recursos humanos y económicos para lograr la reinserción laboral de los ex reclusos, también es importante

<sup>297</sup> PEÑA ANGUITA, Blanca. “La evolución del Sistema Penitenciario en España y la reinserción social y laboral de los reclusos”. Junio 2015, disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41853.pdf>

que todos cambiemos la forma en la que miramos aquellos que alguna vez han estado privados de su libertad, entendiendo que son personas que ya cumplieron con la pena que se les impuso y que gozan de los mismos derechos que nosotros acceder a un trabajo digno y a no ser discriminados.

Apartarlos del ámbito laboral constituye una premisa evidente de posteriores situaciones de pobreza y ámbitos vulnerabilidad en los que se ven inmersos. Asimismo, el hecho de que un sujeto se mantenga por mucho tiempo fuera del mercado laboral y en una situación de desempleo por largos periodos también constituye un factor muy relevante a la hora de buscar trabajo, porque disminuye sus capacidades.

Se debe prestar especial atención a que terminen su formación escolar, ya que la falta de educación como, asimismo, de preparación para los distintos puestos son factores de mucho peso a la hora de las contrataciones. Luchar para que en las cárceles se dicten cursos y talleres que les permitan adquirir aptitudes y conocimientos técnicos útiles en los ámbitos laborales actuales, es indispensable.

También es necesario tener en cuenta que el hecho de que sistemáticamente se les impida a los ex reclusos acceder a vacantes laborales en empresas públicas o estatales es impedirles la subsistencia. El experimentar de manera constante este tipo de dificultades lleva a que pierdan la esperanza en sí mismos de poder lograrlo.

Consecuencia de todo lo expuesto es que hoy en día, si miramos a nuestro alrededor, la mayoría de ellos llevan a cabo tareas laborales de carácter informal, de manera poco calificada y con remuneraciones muy bajas. Muchos se encuentran en las calles, dependiendo de la solidaridad de la gente, o realizando lo que comúnmente conocemos como “changas”.

Considero importante recalcar el hecho de que en nuestro país, existe una política fiscal que pretende incentivar a que empleadores del ámbito privado contraten personas recientemente liberadas: la Ley 14.301 - que refiere a los Ingresos Brutos- en su articulado manifiesta que se podrá imputar el 50% de los salarios que estos perciban como pagos a cuenta del mencionado impuesto, intentando así que se amplíen las posibilidades laborales de quienes ya cumplieron su condena.

Por último, y a los fines de brindar una alternativa respecto a la pregunta que este trabajo plantea, es que menciono la situación en Chile: en este país existe un decreto ley que permite que el ex recluso pueda eliminar sus antecedentes penales siempre que cumpla con determinados parámetros por un cierto periodo de tiempo. Me parece de mucha utilidad, ya que habilita a que la persona pueda presentarse a cubrir puestos laborales que exigen que no se cuente con antecedentes penales -como sucede en nuestro país, que mediante ley se

impone como una condición excluyente para acceder a apuestas públicas en las provincias de Río Negro y Buenos Aires-.

En la Argentina se requiere que hayan pasado 10 años desde la finalización de la condena en el caso de penas privativas de la libertad, y cinco años en el caso de multas e inhabilitaciones, para que proceda la eliminación de los antecedentes. Si planteamos la posibilidad de que los liberados acrediten determinados factores relativos a su responsabilidad y buen comportamiento, estos plazos podrían verse disminuidos en miras de que, como ya fue manifestado, no se les esponga situaciones constantes de re victimización como así también se disminuyan los períodos en los cuales se encuentran fuera del ámbito laboral por su situación de ex presidiarios.

Se concluye este trabajo con la norma del artículo 64 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *“El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post penitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad.”*<sup>298</sup>

---

<sup>298</sup> Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/legislacion/Reglas%20M%C3%ADnimas%20para%20el%20Tratamiento%20de%20los%20Reclusos.pdf>

# MASCULINIDAD (ES) ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE LAS MASCULINIDAD(ES) Y LA VIOLENCIA LABORAL?

*Por: Marikena Broggi Lloret*

*Tutoría: Noelia Belén Pedrino y Carla Zeballos*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Eje temático Nro. 1: A. ¿Qué se pretendió y como se logró? III. Eje temático Nro. 2: B. Masculinidad hegemónica y violencia laboral. IV. Eje temático Nro. 3: A. Panorama Internacional. B. Panorama Nacional: Situación en Argentina. C. OIT. Abordaje del tema. IV. Conclusión

## I. Introducción

A primera vista, se observa que el título que antecede tendría un error involuntario de tipografía, pero cabe destacar que es intencional, siendo el resultado de un análisis que embarqué y finalmente se convirtió en la síntesis ideal de presentación.

Decido utilizar el término masculinidad(es), resaltando el plural, porque considero que no existe un único y aislado modelo de ejercicio del poder y dominación por parte de los varones, sino que se desarrolla en diferentes expresiones.

¿Cuál es la relación entre la masculinidad(es) y la violencia laboral? es una pregunta transversal que da pie a la presente investigación.

Se trata de ofrecer una mirada a los estudios sobre masculinidad(es) abordándola como motor de futuras violencias, centrado específicamente en violencia laboral como así también visibilizar ciertas situaciones desiguales en relación al género en el trabajo. Todo ello poniendo foco también en la normativa vigente, interrogantes como ¿Qué dice la OIT respecto a ello? Van a tratar de ser respondidos.

Resulta importante destacar cuales son los rasgos característicos de la masculinidad y/o masculinidades. En la sociedad en general, los estereotipos y los mandatos se manifiestan con claridad, exactamente lo mismo sucede en el ámbito laboral, donde los roles y funciones están delimitados ¿cuáles son las ocupaciones de los varones y las ocupaciones de las mujeres? La atribución de ciertas diferencias asociadas al género lleva a una diferenciación entre lo mas-

culino y lo femenino y a una división del trabajo que está en las bases de las inequidades del género.

Por último, se exploran algunas propuestas que permiten repensar la masculinidad y su afectación al ámbito laboral, es decir, tratar de deshacer el vínculo que asocia la condición de hombre al ejercicio de la violencia.

## **II. Eje temático Nro. 1**

### **a. ¿Qué se pretendió y como se logró?**

Este trabajo tiene como objetivo analizar la forma en que los hombres comprenden y se representan en el contexto laboral, así como explorar la influencia de las masculinidades en situaciones laborales no deseadas, como el acoso y la violencia. Se pone especial atención en la masculinidad hegemónica y su estrecha relación con la violencia de género, con un enfoque particular en el ámbito laboral.

A través de este estudio, se plantean varias interrogantes que se buscarán responder a medida que se avanza en el tema. Estas interrogantes incluyen la relación entre las masculinidades y las violencias, si el acoso laboral se da únicamente de hombres hacia mujeres o también existe en sentido contrario, los porcentajes de estas situaciones, si la construcción de masculinidad es concebida por el hombre y sus pares, si el acoso laboral deriva del mandato de poder atribuido al hombre, y si hay una diferencia significativa entre hablar de masculinidad y masculinidades.

Con el desarrollo, se trató arrojar luz sobre estas interrogantes y dilucidar las hipótesis planteadas. Al comprender mejor la relación entre las masculinidades y las violencias en el ámbito laboral, se podrán diseñar estrategias y políticas más efectivas para prevenir y abordar el acoso laboral, promoviendo entornos de trabajo seguro y equitativo para todas las personas, independientemente de su género.

## **III. Eje temático Nro. 2**

### **a. Los estudios sobre las masculinidades**

En los años '80, la socióloga australiana Raewyn Connell, desarrolló desde una mirada feminista crítica y relacional el concepto de “masculinidad hegemónica”. Connell entiende al género como un sistema de poder. Como todo sistema de poder, está estructurado en jerarquías. La masculinidad no es una y única, sino que coexisten distintos modelos que responden y se definen a partir de la categoría máxima que sería la masculinidad hegemónica. Las características de este modelo varían de una sociedad a otra y de un momento histórico a

otro. Hegemónica porque se impone de manera invisible al empezar a formar parte del sentido común, convirtiéndose en un modelo a seguir, en una identidad genérica a la cual reproducir y defender.

A partir de esta época se van a multiplicar las investigaciones acerca de la masculinidad como es el caso de la que llevó a cabo el antropólogo David Gilmore (1994), que compara las maneras de “hacerse hombre” dentro de una amplia muestra intercultural de sociedades, la que realizó el sociólogo Michael Kimmel sobre la historia de la masculinidad en Gran Bretaña, o la efectuada por Thomas Laqueur (1990) sobre las concepciones del cuerpo y de la diferencia sexual en la historia europea.

Tales contribuciones han sido esenciales para desentrañar ciertos conceptos y modos de actuar, los varones aprenden antes lo que no deben hacer o ser para lograr la masculinidad que lo que deben hacer o ser. Hacer valer la identidad masculina es, ante todo, convencerse y convencer a los demás de ciertas conductas socialmente aceptadas a cerca de “qué es ser varón”.

#### **b. Masculinidad hegemónica y violencia laboral**

El ejercicio de múltiples formas de violencias no es un problema propio de la masculinidad en sí misma sino de una forma particular de ejercicio del poder como lo es la “Masculinidad Hegemónica o tradicional”. Este modelo atraviesa la crianza de los varones a través de diferentes instituciones, como la familia, la escuela, el deporte, los medios de comunicación, la literatura, los ámbitos recreativos, etc., que impone definir espacios propios de los varones generando desigualdad de oportunidades y derechos, posibilita la conexión con emociones como la ira y la escasa expresión de otras como la tristeza o soledad y construye relaciones centradas en la violencia o crueldad.

En este modelo la violencia se aprende y está vinculado a la apropiación de diferentes mandatos de cómo ser varón, por ejemplo: ser fuerte, competitivo, no demostrar debilidad ante el resto, ser quien maneje los ingresos del grupo familiar, ser quien tenga un mayor cargo jerárquico en el ámbito laboral. Los varones, antes de ejercitar violencia padecen de estos mandatos de “masculinidades hegemónicas” y el sostenimiento de los mismos implica desarrollar actos de violencia hacia otros varones y mujeres.

Cabe poner de relieve que de ninguna manera esto constituye una justificación de la opresión que generan los varones contra las mujeres o contra los mismos varones, por el contrario, reconocer la desigualdad de poder y el daño que esto genera, es central para el desarrollo de la presente investigación.

La relación entre la masculinidad y la violencia laboral es compleja y multifacética. Existen diferentes dimensiones de la masculinidad que pueden influir en la violencia en el entorno laboral, aunque es importante tener en cuenta que no todos los hombres son violentos ni todas las formas de masculini-

nidad están relacionadas con la violencia.

La violencia laboral puede ocurrir en diferentes formas, como acoso, intimidación, discriminación, abuso de poder o agresiones físicas. Estos comportamientos violentos pueden ser impulsados por múltiples factores, incluyendo dinámicas de poder, desigualdades de género arraigadas, culturas laborales tóxicas, entre otros.

Es importante tener en cuenta que la violencia laboral no es exclusiva de los hombres ni todas las formas de masculinidad están relacionadas con la violencia. Las mujeres también pueden ser agresoras y las estructuras de poder en el trabajo pueden afectar tanto a hombres como a mujeres.

Sin embargo, es importante destacar que no todos los hombres se adhieren a los estereotipos de masculinidad tradicional y no todos los hombres son violentos en el ámbito laboral. Muchos hombres rechazan y desafían estos estereotipos, promoviendo relaciones laborales saludables y respetuosas.

#### **IV. Eje temático Nro. 3**

##### **a. Panorama Internacional**

En un contexto internacional, las actitudes y expectativas de género varían ampliamente en diferentes culturas y sociedades. En algunas sociedades, los roles tradicionales de género pueden perpetuar estereotipos de masculinidad que fomentan comportamientos agresivos o dominantes en el entorno laboral. Esto puede conducir a situaciones de violencia laboral en las que los hombres ejerzan poder y control sobre sus colegas, utilizando la intimidación o el acoso como medio para establecer su dominio.

Los estereotipos de masculinidad que promueven la agresividad, la competitividad extrema y la falta de empatía pueden influir en la forma en que algunos hombres se relacionan con sus compañeros de trabajo.

A nivel internacional, se han realizado esfuerzos para abordar la violencia laboral y promover entornos de trabajo seguros y respetuosos. Algunos países han implementado legislación específica para abordar el acoso y la discriminación en el lugar de trabajo, y las organizaciones internacionales han desarrollado estándares y directrices para prevenir y abordar la violencia laboral.

Según la Organización de Naciones Unidas, cerca de un 23% de los empleados en todo el mundo sufren algún tipo de violencia en su trabajo. Se elaboró un informe titulado “Experiencias de violencia y el acoso en el trabajo: Primera encuesta mundial” que refleja las personas que han sufrido de violencia y acoso en el trabajo, y estipula que alrededor de un tercio (el 31,8 por ciento) dijo haberlos experimentado en más de una modalidad, y el 6,3 por ciento ha afrontado durante su vida laboral. Una de cada quince personas

en empleo (205 millones, o sea, el 6,3 por ciento) ha sufrido violencia y acoso sexual en el trabajo durante su vida laboral. Las mujeres están especialmente expuestas a violencia y acoso sexuales en el trabajo. Los datos relativos a este tipo de violencia y acoso ponen de manifiesto que aquí se da, con mucho, la mayor diferencia de género (8,2 por ciento de las mujeres frente al 5,0 por ciento de los hombres) entre las modalidades de violencia y acoso.

El estudio mencionado se basó en entrevistas realizadas en 2021 a casi 75.000 personas empleadas mayores de 15 años, en 121 países y territorios, como parte de la Encuesta Mundial de Riesgos de la Fundación Lloyd's Register.

Siguiendo con el panorama internacional del tópico, el 15 de junio del año 2021 entró en vigor el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la violencia y el acoso en el trabajo. Se trata de un paso fundamental para acabar con la violencia de género en el trabajo, que ha quedado abiertamente expuesta a través del movimiento mundial #MeToo.

Este tratado pionero, adoptado en 2019 por los gobiernos, empleadores y trabajadores miembros de la OIT, establece normas legales internacionales para prevenir y responder a la violencia y el acoso en el trabajo. Un informe de Human Rights Watch de 2020 destaca las principales obligaciones del tratado para los gobiernos, así como ejemplos de prácticas prometedoras en la legislación nacional. Los gobiernos deberían llevar a cabo campañas de información, comprometerse a velar por el cumplimiento del tratado y proporcionar recursos accesibles a las víctimas, como inspecciones, mecanismos de denuncia, protección contra las represalias e indemnizaciones.

En resumen, la violencia laboral puede estar relacionada con aspectos de la masculinidad en el plano internacional debido a los estereotipos de género y las expectativas culturales. Abordar este problema requiere un enfoque integral que promueva la igualdad de género, la educación y la creación de entornos laborales seguros y respetuosos para todas las personas.

#### **b. Panorama Nacional: situación en Argentina**

En los últimos años en nuestro país se han visibilizado diversas situaciones que a lo largo de la historia se han ido repitiendo pero que ahora han reflatado con trascendencia poniéndolas en tela de juicio. Diversas corrientes políticas han apoyado a los movimientos que se han ido desarrollando a lo largo y ancho de todo el país, pongo de relieve esto, porque no es equivocadamente que estas incógnitas, mis incógnitas, se hayan desarrollado en un contexto social y político muy diferente al de un par de años atrás.

Sebastián Fonseca, sociólogo, docente y escritor, desarrolla acabadamente algunos puntos importantes para destacar bajo el título “Masculinidades y Relaciones de Poder” donde dice: “La masculinidad es un aprendizaje. Es una construcción cultural que se reproduce socialmente, por esto no puede



definirse fuera de su contexto social, económico e histórico. Esa construcción se desarrolla a lo largo de toda la vida, con la intervención de distintas instituciones (la familia, la escuela y todas las instituciones del Estado, la religión, los medios de comunicación, etc.) que moldean modos de habitar el cuerpo, de sentir, de pensar y de actuar el género. Esta construcción de la masculinidad se desenvuelve en el marco de un sistema de poder. Como todo sistema de poder, existen jerarquías que guían y estructuran las miradas y las prácticas. Ser varón es algo que se debe conquistar y merecer, y quienes darán el visto bueno serán otros varones ya validados como tales<sup>299</sup>, resalto este párrafo debido a que la afirmación de que la masculinidad es un aprendizaje y una construcción cultural que se reproduce socialmente es respaldada por muchos estudios en los campos de la sociología, la psicología y los estudios de género. Estos enfoques argumentan que la masculinidad no es algo innato o biológicamente determinado, sino que es moldeada por normas, valores y expectativas culturales.

La masculinidad se transmite a través de procesos de socialización, en los cuales las personas aprenden y adoptan comportamientos, roles y características consideradas socialmente apropiadas para los hombres. Estos procesos de socialización ocurren en una variedad de contextos, como el hogar, la escuela, los medios de comunicación y las instituciones religiosas, y pueden variar según la cultura y el entorno social.

Es importante reconocer que la masculinidad no es un concepto estático, sino que evoluciona y cambia a lo largo del tiempo y en diferentes culturas. Las normas y expectativas de la masculinidad pueden ser rígidas y restrictivas, imponiendo presiones a los hombres para cumplir con ciertos estándares de comportamiento y negando la expresión de emociones y vulnerabilidad.

En Argentina, se ha producido un creciente interés y debate en relación a las masculinidades y los roles de género. En los últimos años, ha habido una mayor atención a la problemática de la violencia de género y se ha buscado abordar las causas estructurales de esta problemática, incluyendo la reflexión sobre las construcciones de la masculinidad.

En términos legislativos, Argentina ha implementado leyes y políticas para promover la igualdad de género y combatir la violencia machista. Entre ellas se destaca la Ley 26.485, conocida como Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género en todas sus formas.

Además, se han promovido campañas de concientización y educación sobre género y masculinidades en diversos ámbitos, como la educación, los medios de comunicación y la sociedad en general. Estas iniciativas buscan cuestio-

---

<sup>299</sup> INADI (2023), Revista n° 3.

nar los estereotipos de género y promover la construcción de masculinidades más igualitarias y no violentas.

En el ámbito académico y cultural, se han realizado investigaciones y se han generado espacios de reflexión y discusión sobre las masculinidades. Se han impulsado estudios de género y se han organizado encuentros, talleres y debates para abordar las diversas formas en que se construyen y viven las masculinidades en la sociedad argentina.

Actualmente, en la página argentina.gob.ar podemos apreciar apartados donde específicamente tratan el tema de la masculinidad, artículos interesantes para cualquiera que pueda tener un acceso a la web, como así también el gobierno cuenta con un Programa de Masculinidades con la finalidad de desarrollar un conjunto de materiales y talleres de formación y sensibilización con diferentes destinatarios y objetivos. El proceso incluye el diseño de un material didáctico que ofrezca bases conceptuales para trabajar las masculinidades como una construcción cultural de género y las características particulares que éstas asumen en el marco del trabajo y de seguridad.

Asimismo, existe la Iniciativa Spotlight Argentina, una alianza global de la Unión Europea y las Naciones Unidas que busca eliminar la violencia contra mujeres y niñas en todo el mundo. En Argentina es implementada con el liderazgo de la Oficina de Coordinación de Naciones Unidas en el país a través de las agencias ONU Mujeres, PNUD, UNFPA, OIT, UNICEF y UNODC. Donde existe una Red de Espacios de Masculinidades de Argentina, un Curso de Formador de Formadores en Nuevas Masculinidades, y diversos informes respecto a las situaciones de cada una de las provincias que integran nuestro país.

En el ámbito laboral, Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad dio a conocer el primer informe del Sistema Integrado de **Casos de Violencia por Motivos de Género**, que recopila información tanto de mujeres como de personas del colectivo LGBTQI+ que solicitaron asistencia en alguna de las entidades u organismos que forman parte de esta red.

Se conformó así un padrón de personas que realizaron consultas por violencia de género, de las cuales el 73,1% fueron además asistidas de diversas maneras en torno a esa problemática. El total de consultas relevado hasta el momento de las entidades participantes fue de 669.339 entre 2013 y diciembre de 2022, y de ellas, el 1,3% de las consultas corresponden con violencia de género en el ámbito laboral.

De igual forma, un estudio de la fundación Friedrich-Ebert-Stiftung y Grow Género arrojó que en Argentina 3 de cada 10 mujeres sufrieron violencia sexual en el trabajo. Datos respecto de cuán frecuentes son esas agresiones por temas de género en el mercado laboral argentino llegaron de la mano de

la consultora de capital humano, Adecco, que entrevistó en la ocasión del Día Internacional de la Mujer a más de 2.900 personas - un 76% de ellas, mujeres - para reflejar lo que viven en su día a día.

Cabe enfatizar que Argentina es uno de los 10 países que ratificaron la norma internacional que reconoce el derecho a un trabajo libre de violencia y acoso. El MTEySS ha desarrollado diversas acciones en el marco del convenio. Argentina lo ratificó mediante la Ley 27580, sancionada por el Congreso Nacional el 15 de diciembre 2020, y depositó el instrumento de ratificación en la OIT el 23 de febrero de 2021. Donde el Ministerio Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación ha desarrollado diversas acciones que remarcan el compromiso del gobierno nacional con el convenio internacional y la importancia de su implementación, no solo para el sector laboral alcanzado por el Convenio Colectivo de Trabajo sino también para las distintas relaciones laborales existentes en el Sector Público.

En síntesis, creo que es importante cuestionar y desafiar las normas y expectativas tradicionales de la masculinidad, fomentando una comprensión más amplia y positiva de la diversidad masculina. Esto implica promover la igualdad de género, fomentar la expresión emocional saludable, cuestionar estereotipos dañinos y fomentar relaciones basadas en el respeto mutuo y la equidad. Además, la implementación efectiva del convenio 190 de OIT requiere de la cooperación y participación activa de los empleadores, los sindicatos y los trabajadores, así como de políticas y medidas concretas que promuevan la prevención, la sensibilización, la capacitación y la respuesta adecuada ante situaciones de violencia y acoso. La ratificación del convenio y las acciones emprendidas por el Ministerio de Trabajo de Argentina refuerzan el compromiso del país con la protección de los derechos laborales y la construcción de entornos laborales libres de violencia y acoso. Estas acciones son un paso importante hacia la promoción de una cultura laboral basada en el respeto, la igualdad y la dignidad de todas las personas.

### **c. OIT – Abordaje del tema**

¿Qué dice la OIT respecto a las masculinidades? ¿Y respecto a la violencia laboral a causa del género? Estas son algunas de las incógnitas que me atraviesan en el presente trabajo, las cuales seguidamente responderé.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha abordado la cuestión de las masculinidades en el contexto laboral a través de enfoques relacionados con la igualdad de género y la promoción de entornos de trabajo inclusivos. Si bien la OIT no tiene un enfoque específico en las masculinidades, sus políticas y recomendaciones promueven la igualdad de género y abordan los estereotipos de género que afectan tanto a hombres como a mujeres en el mundo laboral.

La OIT reconoce que los roles de género y las normas sociales pueden influir en las oportunidades, condiciones laborales y experiencias de hombres y mujeres en el trabajo. La organización promueve la igualdad de trato y oportunidades, así como la eliminación de la discriminación y los estereotipos de género en el empleo.

Además, la OIT ha enfatizado la importancia de una masculinidad positiva y no violenta en el ámbito laboral, promoviendo un enfoque que valore la diversidad y la igualdad de género. Esto implica desafiar los roles tradicionales de género y fomentar entornos laborales en los que tanto hombres como mujeres puedan desarrollar su potencial y contribuir de manera equitativa.

La organización también ha destacado la necesidad de abordar las desigualdades y brechas de género en el trabajo, incluyendo la segregación ocupacional, la brecha salarial y la falta de representación de mujeres en posiciones de liderazgo. Estas desigualdades no solo afectan a las mujeres, sino que también pueden limitar las opciones y oportunidades de los hombres que deseen desafiar los estereotipos de género y buscar carreras o roles no tradicionales.

En resumen, aunque la OIT no tiene un enfoque exclusivo en las masculinidades, en Argentina, si bien se han desarrollado investigaciones en otras partes del mundo, el presente trabajo se focaliza a nuestro país. Básicamente su trabajo se basa en la promoción de la igualdad de género y la eliminación de los estereotipos y discriminación de género en el ámbito laboral. A través de sus políticas y recomendaciones, aboga por entornos de trabajo inclusivos que valoren la diversidad de género y promuevan una masculinidad positiva y no violenta.

Ha promovido programas y actividades relacionadas con la promoción de la igualdad de género y la transformación de las normas de género en el ámbito laboral. Algunos de los programas y enfoques relevantes incluyen:

1. Programa de Trabajo Decente: La OIT ha incorporado la igualdad de género y la promoción de las mujeres en el trabajo decente como una de sus prioridades. Este programa aborda la discriminación de género, las brechas salariales, la violencia y el acoso laboral, y promueve el acceso igualitario a oportunidades de empleo y desarrollo profesional.
2. Programa de Empleo Juvenil: La OIT ha reconocido que las normas de género también afectan a los jóvenes en el mercado laboral. Por lo tanto, se han implementado programas específicos para abordar las desigualdades de género que enfrentan los jóvenes, incluidos hombres, mujeres y personas de género no binario.
3. Programa de Igualdad de Género en el Mundo del Trabajo: Este programa de la OIT busca abordar las desigualdades y la discriminación

de género en el ámbito laboral a nivel mundial. Se centra en promover el acceso igualitario a empleo y protección social, así como en fomentar entornos laborales inclusivos y respetuosos.

4. Herramientas y guías de buenas prácticas: La OIT ha desarrollado diversas herramientas y guías para empleadores, sindicatos y trabajadores, con el objetivo de promover la igualdad de género en el lugar de trabajo. Estas herramientas proporcionan orientación sobre la prevención de la discriminación y el acoso laboral, así como sobre la promoción de la diversidad y la inclusión.

Es importante tener en cuenta que esta Organización trabaja en colaboración con gobiernos, empleadores y sindicatos de todo el mundo para implementar estos programas y promover la igualdad de género en el mundo del trabajo.

## **IV. Conclusión**

Abordar la violencia laboral requiere un enfoque integral que incluya la educación y la concientización sobre los estereotipos de género, la promoción de entornos de trabajo seguros y equitativos, y la implementación de políticas y procedimientos que aborden y prevengan la violencia en el lugar de trabajo, independientemente del género.

Considero que no hay una única y aislada respuesta a la producción de estos fenómenos en el mundo laboral, sino que, por el contrario, diversas implementaciones, programas y políticas ayudarían en conjunto a mejorar estas situaciones de violencia y acoso laboral. Cabe destacar que actualmente se ha avanzado y enfatizado respecto a concientizar y desnormalizar diversas situaciones laborales en las que se ven perjudicadas las mujeres y en algunos casos, también los hombres. Por ello, seguir apoyando tales reclamos y brindarles un seguimiento a estos problemas que no son aislados, sería de gran ayuda para lograr un ámbito laboral equitativo y antidiscriminatorio.

Es fundamental fomentar una cultura laboral basada en el respeto, la igualdad y la empatía, donde no se toleren comportamientos violentos o de acoso, independientemente del género. La promoción de la igualdad de género y la desarticulación de los estereotipos de género perjudiciales son pasos importantes para prevenir y abordar la violencia laboral. Esto implica educar sobre la importancia de relaciones laborales respetuosas, fomentar la diversidad y la inclusión en el lugar de trabajo.

La violencia laboral basada en la masculinidad es un problema serio que puede tener efectos negativos tanto en el bienestar de los trabajadores como en el funcionamiento de las organizaciones. Enumero algunas posibles soluciones

para abordar la violencia laboral causada por la masculinidad: políticas y protocolos claros; capacitación y concientización; fomento de la diversidad y la inclusión; canal de denuncias seguro y confidencial; promoción de modelos de masculinidad positivos y alianzas con organizaciones externas.

Es importante destacar que abordar la violencia laboral causada por la masculinidad requiere un cambio cultural profundo y sostenido.

## TRABAJO DE OFICINA Y EL DAÑO A LA SALUD

*Por: Fiona Eleonora Duarte  
Tutoría: Sebastian Almada*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Afecciones físicas y psíquicas II. A. Óseo articulares. B. Circulatorios. C. Visuales D. Psicológicos III. Análisis normativo IV. Posibles soluciones V. Conclusión

### I. Introducción.

El uso continuo de aparatos tecnológicos durante extensas jornadas de trabajo, resulta propicio y generador de sedentarismo en los trabajadores y trabajadoras, cuyas consecuencias se evidencian en daños a la salud física y mental. Es por ello que la norma interna e internacional, pone en la centralidad en el cuidado y resguardo del ambiente, entorno, y elementos de seguridad, como requisito ineludible no solo al momento de ejercer la actividad laboral, sino de manera preventiva. Todas las personas tienen derecho a un ambiente sano y seguro de trabajo, lo cual constituye un derecho humano laboral fundamental, sin embargo, los hechos conocidos a nivel global vinculados a las enfermedades e incapacidades padecidas por trabajadores y trabajadoras, nos demuestran que es una garantía ampliamente vulnerada en casi todos los países del mundo.

Resulta evidente que hay trabajos peligrosos o especializados, que requieren de capacitaciones específicas, como también habilitaciones para el uso, manejo o manipulación de elementos o herramientas con especificaciones de cierta complejidad, como puede ser el manejo de maquinarias de porte extraordinario o sustancias nocivas, supuestos que tienen cierta acogida y protección en las normas vigentes ( Ley 24557 y sus modificatorias)<sup>300</sup>, pero no encuentran amparo legal varias patologías que generan daños transitorios que requieren tratamientos médicos, o secuelas incapacitantes irreversibles en la salud de los trabajadores, que son absolutamente subestimadas, a pesar del conocimiento y conciencia cierta de las causas eficientes en su producción, y generadas por trabajos de apariencia inocua, entonces debemos preguntarnos, ¿ Es posible que, cuando un trabajo no haya adquirido la calificación o carácter como peligroso o insalubre, otorgado por la autoridad administrativa nacional,

<sup>300</sup> Recuperado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>

contrario sensu, sea considerado inofensivo e inocuo?

Lo cierto es que, la práctica de algunas tareas que requieren de otro tipo de esfuerzos, como las que se cumplen en “funciones o tareas de oficina, no resultan menos lesivas a largo plazo comparativamente a otros empleos. En una sociedad inserta en un mundo tecnológicamente dependiente, en donde los soportes tecnológicos y digitales atentan sigilosamente sobre aspectos del ser humano, cuyo alcance aún no se encuentra precisado, ya sea por desconocimiento o por desidia de los sectores involucrados. Grandes multinacionales, empresas, *cal centers*, instituciones y las infaltables dependencias gubernamentales abundantes en burocracia sostienen una metodología de trabajo, en ambientes de idénticas estructuras e idénticos factores o agentes nocivos, y como contrapartida idéntica indiferencia, a la problemática descrita, la que habitualmente se refleja en una imagen vivida de “trabajadores sentados frente a computadoras y escritorios desordenados con expresiones cansadas y de profundo hastío”.

Existen evidencias del daño a nivel físico, mental y emocional que este tipo de trabajo ocasiona a largo plazo, lo cual pareciera no estar contemplado en la actual legislación.

Comenzaremos tomando como piedra basal, el concepto de salud, elaborado por la Organización Mundial de la Salud, el que fuera tomado de su constitución y se transcribe a continuación: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*”<sup>301</sup>. Sin perder de vista cual es el espíritu que nutre cada precepto contenido en el mismo<sup>302</sup>.

El concepto enunciado precedentemente, debe complementarse con algunos conceptos básicos pronunciados por la OIT, al momento de definir el estatus deseable en la “salud de los trabajadores”, que resulta aplicable a todas las ramas de la actividad económica, salvo la marítima y pesquera que puede excluirse a pedido del estado ratificante, de conformidad a lo que establece el Convenio n° 155 de OIT.<sup>303</sup>, cuyo texto si bien ha tenido acogida en el derecho interno, especialmente con la aprobación de la ley 24557, y sus sucesivas modificaciones, a los que algunos autores denominan parches jurídicos, que en la mayoría de las veces llegan tarde al cumplimiento de los objetivos de la norma, especialmente en lo que concierne a la prevención. Por su lado el convenio 120<sup>304</sup> de OIT, sobre higiene en comercio y oficinas, incluyendo en su parte general las condiciones en ambientales y de seguridad que debe mantener el ámbito

<sup>301</sup> Recuperado: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>

<sup>302</sup> Recuperado: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>

<sup>303</sup> Recuperado: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155)

<sup>304</sup> Recuperado [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C120](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C120)



en el que se desempeñan las actividades de oficina, sin hacer referencia alguna a los aparatos tecnológicos que utilizan como herramienta permanente. Hecha ésa aclaración, resulta oportuno mencionar las recomendaciones pronunciadas por la OIT, en la relación al novedoso abordaje en temática vinculada a la tecnología, plasmado en recomendación publicada bajo el título “Seguridad, salud y condiciones de trabajo en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo”<sup>305</sup>, éste es un aspecto y los efectos en la salud del trabajador, que sin lugar a dudas debemos abordar con mayor profundidad y especificidad, científica, médica y jurídica..-

## II. Afecciones físicas y psíquicas

### A Óseo articulares

Algo habitual de los empleos de oficina no es tan solo su extensión de la jornada, sino también sus dificultades ergonómicas. Hay quienes pasan de 6 a 10 hs sentados en una misma posición, lo cual también puede resultar completamente perjudicial cuando no se asumen los recaudos necesarios. En primer lugar, tenemos el daño a la columna vertebral. Esta consta de 33 vértebras articuladas separadas con discos amortiguadores para permitirle cumplir sus funciones principales: sostener, brindar movilidad y proteger la médula espinal<sup>306</sup>. Tiene 3 curvaturas importantes para permitirle resistir, la lordosis superior, la cifosis lumbar y la lordosis inferior. A su vez las vértebras se dividen en grupos: cervicales, dorsales y lumbares. La cadena ósea está soportando continuamente el peso de una persona, durante horas en una misma posición puede verse afectada, ya sea con la desviación de las mismas, lumbalgia, hernias discales y pinzamientos. Esto debido que la presión constante fuerza la curvatura normal de la columna, debilitando los discos que pueden llegar a ceder por atrofiaamiento, especialmente las lumbares, que sostienen la mayor parte del peso. Las dorsales y cervicales se ven afectadas principalmente por la incorrecta postura frente a la computadora, normalmente anti natural. Eventualmente la falta de movilidad deteriora la estructura muscular que soporta a su vez a la columna, agravando e problema.

Otro sistema óseo afectado es el de las manos. La posición de las manos al usar un mouse es lo suficientemente debilitante del túnel carpiano como para impedir la motricidad. Este es una abertura angosta ubicada en la muñeca entre sus huesos y el ligamento que los mantiene unidos. A través de él cruza

<sup>305</sup> Recuperado: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_112655.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112655.pdf)

<sup>306</sup> Recuperado 19-05-23 <https://m.youtube.com/watch?v=lrIU21BRqvc&pp=ygURY29sdW1uYSB2ZXJ0ZWJyYWw%3D>

el nervio mediano, el cual brinda de sensibilidad a casi todos los dedos de la mano. A través suyo también se conectan los tendones con los músculos y los huesos que permiten la movilidad.

Una de las principales razones que provocan lesiones en el mismo es la reiteración de movimientos prolongada, un comportamiento usual al usar el mouse de un ordenador, por ejemplo. Los síntomas pueden incluir hormigueo, entumecimiento, dolor agudo y problemas para asir objetos o realizar determinados movimientos.

### **B Circulatorios**

La falta de movilidad continúa en una misma posición puede ocasionar que la sangre no fluya debidamente, es especial en los miembros superiores. La sangre es el fluido que transporta a los tejidos los nutrientes y el oxígeno necesarios para su correcta funcionalidad. Cuando no hay movilidad, esta fluye por dificultad por las venas y arterias, las cuales se dilatan exageradamente al no funcionar sus válvulas, puesto que la sangre no puede pasar invirtiendo su flujo. Las venas y arterias varicosas son comúnmente conocidas como várices.

A su vez, la mala irrigación sanguínea puede provocar edemas e hinchazón. Y en casos más graves, dada la dificultad de la llegada de glóbulos blancos y la labor de las plaquetas, la deficiencia del sistema inmune puede ocasionar la aparición de úlceras. Otras de las afecciones pueden ser el desarrollo de coágulos, en razón de flebitis o trombosis, que en algunos casos pueden ser mortales.

### **C. Visuales**

Las pantallas emiten la denominada luz azul. Una banda del espectro lumínico de onda corta que impacta de manera directa y nociva en la retina, parte fundamental del ojo<sup>307</sup>, puesto que es el tejido que refleja, percibe la luz y envía las señales al cerebro para su procesamiento<sup>308</sup>. Las pantallas, especialmente de tubo (que a pesar de ser obsoletas aún siguen en funcionamiento en muchos lugares, una negativa al cambio que ahorra muchísimo en innovación), producen muchísimo brillo, lo cual sumado a la luz azul es capaz de producir problemas como cefaleas, fatiga y resequedad ocular, miopía, visión borrosa intermitente, fotosensibilidad y dificultad para enfocar. La dificultad de enfoque se debe a que el músculo ciliar fuerza sobre el cristalino, un tejido transparente que funciona como un lente adaptable para enfocar a diferentes distancias, para poder centrar la visión cercana sobre las pantallas. Cuando ocurre sobre un tiempo prolongado, la presión ejercida sobre el mismo debilita esta estructura y le va a costar muchísimo más adaptarse en el enfoque en ob-

<sup>307</sup> [Recuperado: https://m.youtube.com/watch?v=JZTWHrtTc50&pp=ygUdRGHDsW9zIGVuIGxhIHZpc3RhIHhbnRhbGxhcycA%3D](https://m.youtube.com/watch?v=JZTWHrtTc50&pp=ygUdRGHDsW9zIGVuIGxhIHZpc3RhIHhbnRhbGxhcycA%3D)

<sup>308</sup> <https://www.essilor.es/blog/contenidos-de-interes/luz-azul#:~:text=La%20luz%20azul%20es%20parte,de%20390%20a%20750%20nm.>

jetos más lejanos, puesto que encontrará resistencia a expandirse nuevamente.

Otro gran problema, que no afecta exclusivamente a la vista misma es la alteración del ciclo circadiano, en cuanto a los procesos y cambios en el cuerpo que se producen en el lapso de 24 horas de manera sistemática. Esto se debe a que la producción de hormonas como melatonina u serotonina que regulan el sueño se regula naturalmente por la luz y la oscuridad natural. Sin embargo, la luz azul puede producir alteraciones en este ciclo, puesto que el cerebro lo tomará como luz natural aun siendo de noche y se forzarán a mantenerse en vela. Esto provocará que el individuo no descanse correctamente y su cuerpo no pueda funcionar y regenerarse debidamente.

#### **D. Psicológicos**

No es poco usual que entre los trabajadores que desempeñan este tipo de tareas de desarrollen el síndrome de Burnout. Este consiste en una afección psicológica que puede llevar a manifestaciones físicas diversas. En principio la persona se siente apática, reticente y en exceso fatigada para cumplir con sus tareas. Sufre depresión, ansiedad y dificultad para la concentración. Puedo llegar a padecer problemas cardiovasculares, gastrointestinales y cefaleas, entre otros. Si bien no se puede señalar una sola causa específica, lo cierto es que el cúmulo de agentes interactuando de manera conjunta y relacionadas en entornos laborales o ambientes como los que seguidamente se enumeran , puede provocar o generar patologías como la mencionada, ellos son: 1) Exposición a un grado alto de atención al público, clientes o usuarios, 2) Elevado nivel de responsabilidad, 3) Jornadas laborales extendidas, pasadas las 10 horas, 4) Trabajos monótonos, 5) Mal clima laboral en la empresa o institución donde se desempeña, 6) Falta de comunicación con sus jefes o compañeros, 7) Ausencia de motivación, 7) Baja remuneración salarial.

El padecimiento de estrés crónico a causa del trabajo es en síntesis la principal causa de Burnout<sup>309</sup>. A lo cual debe de adicionarse los contactos fuera de las jornadas de trabajo y la invasión dentro de la esfera privada y personal de la vida de la persona que trabaja, lo cual importa un coctel explosivo para su salud.

### **III. Análisis normativo**

Nuestra Constitución Nacional indica que: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...”*

En el marco de la legislación interna, podemos enunciar un abordaje

<sup>309</sup> <https://institutoneurociencias.med.ec/component/k2/item/15033-sindrome-de-burnout-14-signos-de-agotamiento-laboral>

escueto, en el art. 83 de la ley de contrato de trabajo, cuyo texto obliga al empleador al cumplimiento de una jornada limitada y un ambiente seguro de trabajo, pero menciona algunos puntos a remarcar, como son la tutela de la integridad psicofísica y la dignidad del trabajador. Además, menciona otro punto relevante que en los convenios no aparece, o al menos no tratado de manera específica y transversal, tal la referencia expresa a las tareas penosas y riesgosas, otra referencia que podemos encontrar en la alusión de la vejez y de agotamiento prematuro.

Otra norma relativa a accidentes y enfermedades, es la ley 24557, cuyo art 14.2a y sus decretos reglamentarios y modificaciones, no incluyen patologías tal como el síndrome de Burnout (dec.658/96), sin perjuicio de ello la inclusión de factores de riesgos psicosociales del trabajo fue reconocida por la OIT en el año 2010, y en nuestro país existe un documento elaborado por la SRT<sup>310</sup>, en la incluye una guía de buenas prácticas en el entendimiento que los factores sicosociales del trabajo son parte de las condiciones y medio ambiente laborales, por lo la aplicación de normas protectorias con tal fundamento nos interpela a jueces y operadores jurídicos.-

En éste contexto, enfatizo lo relativo a las condiciones dignas en el trabajo, puesto que esta idea se refuerza en los convenios de la OIT. El Convenio 121<sup>311</sup> de OIT sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales enuncia una lista de enfermedades profesionales, que al igual que la ART no registra casi ninguno de los padecimientos mencionados ut supra, puesto que se cierne principalmente a trabajos médicos, químicos o de la construcción. El convenio 120 sí menciona expresamente al trabajo oficina e impone en sus artículos subsiguientes las condiciones mínimas para el ambiente laboral como una temporaria e iluminaciones adecuadas.

Aun así, en el artículo 14 dicta lo siguiente: *“Se deberán poner asientos adecuados y en número suficiente a disposición de los trabajadores, y éstos deberán tener la posibilidad de utilizarlos en una medida razonable”*.

No se esclarece el límite impuesto en cuanto “medida razonable” así como tampoco dice a qué se refiere con asientos adecuados, si se trata de sillas/sillones ergonómicos, que se adapten a la estructura física del usuario. El artículo 17 también nos habla de la obligación de prescribir en razón de la naturaleza del trabajo la utilización de equipos de protección personal. Aun así, difícilmente se cumpla cuando en el empleo no se consideren los riesgos como tal.

Por su parte el Convenio 151 de OIT sobre seguridad y salud de los

<sup>310</sup> Recuperado:[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia\\_factores\\_y\\_riesgos\\_psicosociales\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_factores_y_riesgos_psicosociales_2.pdf)

<sup>311</sup> Recuperado:[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C121](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121)

trabajadores desde el primer artículo señala que será aplicable a todas las ramas de la actividad económica y en su cuarto artículo indica que: *“Todo Miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.”* Poniendo la responsabilidad sobre los estados miembros en aras de lograr una garantía efectiva del pleno goce a un ambiente de trabajo seguro y saludable.

El convenio 161<sup>312</sup> también habla de todos los empleos en la rama económica e incluye expresamente al sector público y cooperativas también en su artículo 3. Establece en general un margen más preventista sobre los servicios de salud en el trabajo, destacando que pide que los riesgos se identifiquen, evalúen, se realice mantenimiento y se obtenga asesoramiento al respecto, se enuncia en el artículo 5 de dicho convenio.

Sin ánimo de soslayar la no ratificación por parte de Argentina de alguno de ellos convenios mencionados. No podemos omitir la plena vigencia de la “Declaración de la OIT”, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo ya refiere que en general sus estados miembros tienen el compromiso de respetar los principios fundamentales en que se basan sus convenios y asegurar un entorno de trabajo seguro y saludable es uno de ellos<sup>313</sup>.

#### **IV. Posibles soluciones**

En caso de cumplirse las normativas vigentes, primordialmente debería accionar concretamente en el ámbito laboral, en principio informando y advirtiendo al trabajador de los eventuales riesgos y detrimentos que podría sufrir, así como aconsejar y asesorar sobre las acciones que podría tomar al respecto.

Concretamente en cuando a las lesiones óseas más comunes, lo ideal sería la implementación de asientos ergonómicos adaptados especialmente y el uso de pads especiales para el uso de mouse dale ordenador, además de la ubicación de éste a una altura adecuada para no forzar las vértebras superiores. El respeto al límite efectivo y real de la jornada de 8 horas y un mayor número de micro recesos podrían coadyuvar a aumentar la movilidad y reducir las afecciones relacionada, principalmente circulatorias. En cuanto a los problemas visuales, la implementación de pantallas AMOLED con brillo reducido y la recomendación de usar lentes con filtros de luz azul y antireflex prevendrían eficiente-

<sup>312</sup> Recuperado: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C161](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161)

<sup>313</sup> Recuperado: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms\\_716596.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf) (consultado 15/06/2023)

mente los mismos. Además de actualizar e incluir dentro del listado tabulado de enfermedades profesionales de nuestro país todas aquellas afecciones que se generan por estas nuevas formas de trabajar conforme las necesidades propias del siglo XXI.

## **V. Conclusión**

La normativa analizada en conjunto avala la implementación de programas de prevención e instrumentos de trabajo que eviten o al menos atenúen el efecto de los daños a la salud mental y psicológica de los trabajadores que realizan tareas pasivas de oficina, puesto que las mismas ocasionan graves deterioros a mediano y largo plazo y deberían de ser informados al inicio de la relación laboral. Revalorizar al trabajador reconociéndolo como un ser humano en todas las aristas que conlleva y no como una fuerza de trabajo descartable implica cuidar de él en cuanto su integridad y dignidad al tomar un enfoque del tipo preventista y no indemnizatorio cuando ya se ha visto perjudicado.

## DESALARIZACIÓN EN LA DOCENCIA

*Por: Victoria Ana Maria Eguillor*

*Tutoría: Mirna Lozano Bosch y Leticia Celli*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Desalarización en la docencia. III. Dimensiones de esta problemática. IV. Derechos humanos laborales afectados y el impacto en nuestro país. V. Marco normativo, doctrinario y jurisprudencial VI. Conclusiones

### I. Introducción

En el presente trabajo de investigación se indaga sobre los procesos de desalarización en América Latina, y cómo ésto ha afectado a los distintos sectores laborales en nuestro país, poniendo el foco en el impacto de este proceso en el sector docente.

A lo largo de los años se ha notado, de la mano de la inflación, una creciente destrucción de los salarios, trayendo consigo malestar para distintos sectores, generando pobreza y desigualdad en la región.

Nuestro país no es ajeno a este proceso. Uno de los sectores afectados es el docente, lo que ha generado una degradación en su poder adquisitivo y una precarización laboral. Asimismo, se evidencia una desvalorización de la profesión y un efecto directo que impacta de manera negativa con incidencia en la baja calidad educativa.

Esta problemática no solo alcanza a los que ejercen la profesión de manera activa sino también aquellos que, habiendo cumplido todos los requisitos para retirarse, se ven forzados a vivir con una jubilación que lejos de seguir el mandato del 14 bis de la Constitución Nacional<sup>314</sup>, ni siquiera cubre las necesidades básicas.

Esto se profundizó en varios periodos económicos sucesivos y va de la mano del crecimiento de la pobreza en el país. Pero, es un tema que no es preponderante en la agenda pública política.

Desde el punto de vista jurídico, esta problemática está vinculada con un incumplimiento sistemático a los derechos humanos laborales de las personas que trabajan, ya que existen normas y principios nacionales e internacionales

<sup>314</sup> Constitución Nacional Argentina, 1994, art. 14 bis.

que protegen al trabajador y a sus derechos, por lo que hay una tensión sostenida sobre el derecho a un salario justo y equitativo. Como así también esta realidad desmerece a los convenios internacionales y leyes que reconocen el derecho a una educación de calidad para la niñez y juventud, más cuando es de total responsabilidad del Estado el cumplimiento de tales derechos.

Por un lado, garantizar el acceso a través de medidas que permitan salarios justos y condiciones laborales adecuadas y por el otro asegurar una educación de calidad que permita un mejor inserción y posicionamiento social.

## **II. Desalarización en la docencia.**

En la actualidad, la labor docente es considerada una de las más importantes en cualquier sociedad, ya que se encarga de formar y educar a las futuras generaciones de ciudadanos. Sin embargo, en los últimos años se ha venido produciendo una creciente preocupación acerca de la situación laboral de los docentes, y en particular, sobre la destrucción de sus salarios.

Esta problemática no se limita a un país o región en particular, sino que se extiende a nivel internacional, afectando de manera significativa a un sector esencial para el desarrollo y crecimiento de cualquier sociedad. Los docentes son reconocidos, por su labor fundamental, sin embargo, estos trabajadores se encuentran a menudo sometidos a condiciones laborales precarias e inestables, con salarios que no se corresponden con la importancia de su trabajo ni con las necesidades a satisfacer.

La destrucción del salario o desalarización se presenta como un proceso progresivo que ha ido disminuyendo los ingresos de los docentes, por ende se está perdiendo poder adquisitivo y ha contribuido a erosionar derechos laborales y sindicales, lo que a su vez trae grandes consecuencias para el sistema educativo y la calidad de la educación.

Esto se debe a una combinación de factores, entre los cuales se encuentra la falta de inversión en educación, el panorama económico de inflación, el desinterés y la insuficiente financiación estatal de los sistemas educativos, y la ausencia de políticas salariales justas y suficientes.

Es primordial tener en cuenta que los salarios justos y suficientes son una condición necesaria para garantizar la dedicación y calidad en la labor educativa por parte de los docentes. Sin embargo, los bajos salarios no solo afectan el bienestar económico y social de los docentes, también impacta en la calidad de su trabajo, en el nivel de motivación, en la formación de nuevos profesionales, en la equidad educativa, en la inclusión social y en la dignidad del empleo.

Ante esto, es importante abordar de manera creativa e integral esta problemática en perspectiva de garantizar la importancia que se merece la tarea pe-



dagógica, la subsistencia digna de quienes la realizan y asegurar una educación de calidad para las actuales y futuras generaciones.

### III. Dimisiones de esta problemática

Esta problemática es tan amplia y compleja que tiene consecuencias a nivel económico, social, educativo y político, por lo cual se requiere realizar un análisis cuidadoso y detallado para comprender el impacto en la sociedad.

La dimensión económica es una de las más relevantes en este tema, ya que se trata de una cuestión relacionada con la remuneración que reciben los maestros por su trabajo. Muy a menudo, los docentes no reciben un salario justo ni adecuado a su formación, experiencia y responsabilidad, lo que puede generar una situación de frustración y precariedad laboral que afecta directamente al bienestar de los docentes y sus familias. Además, la falta de salarios justos y suficientes puede generar un desequilibrio entre los gastos necesarios básicos y los ingresos disponibles, lo que limita la capacidad de ahorro y la posibilidad de acceder a ciertos bienes y servicios.

En una dimensión social, la destrucción del salario puede traer un impacto negativo en el prestigio y reconocimiento que se le otorga a la profesión del docente, en donde los docentes han llegado a ser denigrados por aquellos que deberían garantizar la protección de sus derechos, disminuyendo su motivación y compromiso laboral.

Así también, la falta de valorización del trabajo docente puede desmotivar a muchos jóvenes a la hora de elegir esta carrera, lo que limita el acceso a la educación de calidad y genera serios problemas de inequidad en el acceso a la educación. Así lo analiza el sociólogo y político argentino Daniel Filmus en su obra "Sindicalismo docente y reforma educativa en América Latina"<sup>315</sup>, en donde realiza un análisis de la relación entre los sindicatos docentes y las reformas educativas. En este sentido, una de las problemáticas que aborda es la situación del salario docente en la región, haciendo referencia a que la valoración de la profesión docente es fundamental para el desarrollo de una educación de calidad y para el desarrollo y bienestar de la sociedad.

Sin embargo, en muchos países los salarios son muy bajos y no se ajustan al costo de vida, por lo cual ha llevado a que los sindicatos docentes se movilizan para luchar por mejores salarios y condiciones laborales.

Desde la perspectiva educativa, la falta de inversión y los constantes recortes de presupuestos en el sector educativo, han generado un deterioro en la calidad de la misma, y por ende, en el desempeño docente. Esto se traduce en:

---

<sup>315</sup> FILMUS, Daniel. Sindicalismo docente y reforma educativa en América Latina. 2000. Miño y Dávila Editores.

escasez de recursos para los docentes, quienes se ven afectados por la falta de materiales, instalaciones y tecnología para llevar a cabo su trabajo de manera correcta. Lo que trae como consecuencia una sobrecarga de trabajo, ya que los docentes se ven obligados a suplir carencias que posee el sistema educativo, perdiendo horas de clases o trasladando trabajo a su domicilio e incluso no pudiendo cumplir totalmente con los contenidos áulicos.

Como último punto, la dimensión política de este tema tiene implicancias importantes para los gobiernos y la estabilidad de las sociedades en su conjunto. Cuando los ingresos son bajos, se corre el riesgo de generar crisis políticas y sociales que afectan la convivencia pacífica en las comunidades. La falta de inversión en la educación y en los salarios docentes puede generar una brecha importante en el acceso a oportunidades y el desarrollo de habilidades y competencias para la vida en igualdad de condiciones y oportunidades.

En definitiva, la destrucción del salario de la docencia en particular es un fenómeno que hay que abordar siempre de manera integral, teniendo en cuenta estas dimensiones, ya que es un tema que encierra cierta complejidad, por lo cual es necesario garantizar soluciones a esta problemática, promoviendo el desarrollo de sociedades más justas, equitativas y prósperas.

Como afirma el pedagogo y filósofo brasileño Paulo Freire, “*La educación no transforma el mundo. La educación transforma a las personas. Las personas transforman el mundo*”<sup>316</sup>, dando a entender que la educación debe ser una herramienta de transformación social, que permita que las personas sean creadoras de su propia realidad, es decir que permita a las personas tomar conciencia del lugar que ocupan en el mundo, por lo cual se necesitan docentes motivados en su trabajo. Eso fundamental para que la transformación suceda.

#### **IV. Derechos humanos laborales afectados y su impacto en nuestro país.**

Si bien hay muchas definiciones de los que son estos derechos, a rasgos generales se podría decir que son aquellos reconocidos a toda persona que desarrolla una actividad laboral. Entre ellos se encuentran el derecho al trabajo, a un salario justo, y equitativo, a condiciones laborales seguras y saludables, a la libertad sindical, entre otros. Desafortunadamente, estos derechos se ven afectados en todo el mundo, y Argentina, no es la excepción.

En Argentina, esta problemática es una realidad que afecta a miles de profesionales en todo el país. Los docentes realizan una labor fundamental para el desarrollo de la sociedad, pero a pesar de esto, en muchos casos, no ven reflejado este reconocimiento en sus salarios.

<sup>316</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*, Siglo XXI Editores, Bs. As. 1968.

Un caso particular es la provincia de Córdoba, donde esta situación se ha complicado además con la implementación de la Ley 10694, que bajo el nombre de “Programa de Fortalecimiento de la solidaridad y sostenibilidad del sistema previsional de la Provincia de Córdoba”<sup>317</sup>. Esta busca promover la participación “solidaria” de los empleadores y trabajadores afiliados al régimen previsional para asegurar la sostenibilidad financiera del sistema, a través de la reestructuración de los sueldos y la implementación de una nueva fórmula de cálculo de las jubilación y proponiendo también un aporte solidario complementario, que se sumará a las contribuciones regulares de empleadores y trabajadores, con el fin de garantizar una jubilación “digna” a todos los afiliados del sistema.

Si bien se plantea como una normativa con aspecto positivo, esta ha recibido numerosas críticas de distintos sectores, entre ellos el docente y otros estatales, alegando que el aumento gradual de este aporte puede afectar su salario neto, y por ende tender a una disminución de su poder adquisitivo.

Además, algunos han señalado que la ley no ha resuelto los problemas del sistema previsional, como el reconocimiento de los años trabajados antes de la afiliación provincial, por lo cual los sindicatos docentes reclaman reformas más profundas que aborden realmente los problemas estructurales del sistema previsional, en lugar de aumentar los aportes de los trabajadores.

Según un informe publicado por el sitio “Prensa Obrera”, titulado “Docentes en Córdoba: por el ajuste se perdieron diez salarios en los últimos cinco años”<sup>318</sup>, los docentes se han visto afectados debido a los recortes en educación. Esta situación dificulta notablemente su calidad de vida y su capacidad para seguir realizando la labor de manera eficaz. Además, el informe ha señalado que la pérdida del poder adquisitivo del salario afecta especialmente a los docentes con menor experiencia y a aquellos que trabajan en zonas rurales de la provincia.

Es necesario también destacar, que los derechos humanos están en juego cuando los docentes ven sus ingresos reducidos, ya que esto no solo afecta la situación económica del trabajador/a y su familia, sino también su calidad de vida, y su capacidad de ejercer derechos básicos, como el acceso al cuidado de la salud, la educación, la recreación, entre otros.

Además, se ha generado un impacto violento en las condiciones laborales adecuadas para realizar su trabajo de manera eficiente, como por ejemplo el acceso a recursos propicios o la capacitación continua, lo que se traduce en una

<sup>317</sup> Ley 10694. Programa de Fortalecimiento de la Solidaridad y Sostenibilidad del Sistema Previsional de la Provincia de Córdoba; Legislatura de la Provincia de Córdoba. Mayo 2020. Boletín Oficial.

<sup>318</sup> Prensa Obrera. Docentes en Córdoba: por el ajuste, perdieron diez salarios en los últimos cinco años. 2023 <https://prensaobrera.com/sindicales/docentes-de-cordoba-se-perdieron-diez-salarios-en-los-ultimos-cinco-anos>

formación deficientes de los estudiantes.

En este contexto, se hace necesario actuar para proteger y sumarle valor a la importancia del rol que tienen estos profesionales, quienes educan a nuestras infancias y adolescencias. Siendo fundamental que se establezcan políticas públicas que tengan como fin garantizar la protección y respeto de los derechos humanos laborales de los docentes del mundo y fundamentalmente de Argentina.

Establecer salarios dignos, garantizar una jubilación justa y proveer un ambiente adecuado de trabajo son pasos fundamentales para lograr una educación de calidad.

## **V. Marco normativo, doctrinario y jurisprudencial**

El marco jurídico que protege a los trabajadores, incluyendo a los docentes, está compuesto por normas nacionales e internacionales y ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia.

A nivel internacional, hay que tratados de derechos humanos y laborales, que establecen el derecho de todas las personas al trabajo, y una remuneración digna, así como el derecho a la educación y a la formación continua. Así, por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23 reconoce el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure al trabajador y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana. También podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde los Estados parte reconocen el derecho a toda persona al disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables. Además, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha fijado normas que sirven como pautas sobre el derecho al salario justo y la protección de los trabajadores. El Convenio 95 de la OIT, llamado Convenio sobre la protección del salario, establece ciertas medidas para garantizar que los trabajadores reciban una remuneración precisa y puntual por su trabajo, y que el salario sea protegido contra descuentos indebidos. Otro importante es el 87 denominado Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, donde se contempla que los trabajadores tienen derecho a constituir sindicatos y a negociar colectivamente las condiciones de trabajo, incluyendo salarios.

A su vez podemos mencionar el Convenio 131, que establece la obligatoriedad de los estados miembros de establecer un salario mínimo vital y suficiente para los trabajadores que lo necesiten, con el objetivo de promover la justicia social y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores a través de la protección del salario mínimo.

En Argentina, la Constitución Nacional es una fuente fundamental en lo que respecta al reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores de la educación, incluyendo los derechos al salario digno y justo.

Con respecto al tema la misma regula en su artículo 14 bis el derecho de los trabajadores a un salario justo, una jornada de trabajo limitada y condiciones dignas con protección ante despido arbitrario. Así mismo, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución establece que el Congreso Nacional tiene que promover medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato en materia de educación.

Asimismo, en el ámbito nacional, existen normativas que establecen el derecho al trabajo, a una remuneración justa y a una educación de calidad. Es importante destacar también la Ley de Educación N° 26206, en donde se establecen los principios y objetivos de la educación, así como también las responsabilidades y deberes de las diferentes instancias educativas. En cuanto al salario docente, la ley establece la necesidad de garantizar un salario justo y digno para los docentes y fija como objetivo de la educación el reconocimiento social del valor de la tarea docente y su correspondiente remuneración.

A su vez, la Ley de Financiamiento Educativo N°26075, establece que se debe garantizar un fondo específico para el pago de salarios y el financiamiento de las instituciones educativas.

Así también, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) ha abordado en el estudio titulado “ La encrucijada de la educación en América Latina y el Caribe”<sup>319</sup>, el tema de los salarios docentes en América Latina en su conjunto. Este señala que la baja remuneración de los docentes es una de las principales barreras para alcanzar una educación de calidad y equidad. Destaca que el salario docente en la región es insuficiente para garantizar una vida digna y por lo tanto los docentes se ven obligados a tomar múltiples empleos para subsistir, lo que lleva a la pérdida de calidad en la educación. Además, remarca que los salarios de éstos varían entre los diferentes países de la región, siendo más bajos en aquellos con mayores desigualdades socioeconómicas. Se destaca la necesidad de mejorar las condiciones laborales y salariales de los docentes, como factor clave para mejorar la vida y la calidad educativa.

En cuanto al marco doctrinario, y jurisprudencial, se ha establecido que los maestros son responsables de formar ciudadanos capaces de enfrentar los retos del mundo actual y para ellos deber tener sus derechos humanos laborales garantizados. Se reconoce de igual forma, la libertad sindical para el desarrollo de los maestros y la mejora en la calidad educativa.

## **VI. Conclusiones**

La desalarización en la docencia es un tema relevante y urgente que me-

---

<sup>319</sup> CEPAL. La encrucijada de la educación en América Latina y el Caribe. 2022. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48153/1/S2200834\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48153/1/S2200834_es.pdf)

rece una reflexión profunda por parte de todos los miembros de la comunidad educativa. A pesar, de que el área educativa es una de las más importantes y necesarias para crear una sociedad más equitativa, los salarios de los profesionales que forman parte de este sector no ven reflejada esta importancia.

La docencia es una profesión noble y sacrificada que requiere de una inversión significativa de tiempo, esfuerzo y recursos, ya que de la misma salen aquellos que tienen la tarea de acompañar, guiar a las futuras generaciones en su proceso de aprendizaje, por lo cual es imperioso que se les brinde una capacitación adecuada y una actualización constante de habilidades y conocimientos.

Tenemos que comenzar a reflexionar que esta problemática no solo trae consecuencias negativas para los docentes, sino también para los estudiantes y la sociedad en general. Tener docentes desmotivados por salarios bajos, puede afectar o afecta directamente la calidad de la educación que tenemos.

Es por ello, que la desalarización en el sector docente debe ser prioridad en la agenda de todos los gobiernos. Los docentes deben cobrar salarios justos que reflejen el valor de su labor y la satisfacción de las necesidades para una vida digna. Para esto es necesario que se tomen medidas que impliquen mejoras en las condiciones de trabajo, en el salario y en la capacitación profesional de los mismos.

Para ello, es de suma importancia que los Estados comiencen a respetar los derechos humanos laborales contemplados en distintas normativas internacionales y nacionales, asegurando una eficiente protección de estos con medidas concretas.

Es necesario que los gobiernos trabajen en conjunto con las organizaciones sindicales de manera colaborativa para encontrar soluciones eficientes que aborden el tema y proporcionen al trabajador los derechos humanos laborales y la protección de estos.

También resulta trascendente ligado a esta problemática, que se impulsen políticas que fomenten la creación de fuentes de empleo y la formalización laboral. En muchos casos, los trabajadores se ven forzados a aceptar trabajos precarios debido a la falta de opciones laborales formales. Por lo tanto, para garantizar condiciones laborales justas para todos los trabajadores, es necesario fortalecer la economía y crear más oportunidades de empleo.

Asimismo, es necesario asegurar el acceso a una educación de calidad que permita a los trabajadores adquirir habilidades necesarias para acceder a su vez a trabajos mejor remunerados y a mejores oportunidades laborales. Al mismo tiempo, es fundamental fomentar la equidad de género en el mercado laboral y garantizar que todos los trabajadores independientemente de su género tengan acceso a condiciones laborales justas y equitativas.

Abordar esta problemática y garantizar los derechos humanos laborales requiere de un enfoque integral que incluya la participación de diversas partes interesadas, incluyendo al gobierno, sindicatos, empresas privadas, organizaciones sociales y a la sociedad en general. Solo tomando esta postura colaborativa se puede avanzar en la construcción de una sociedad más justa.

En palabras de Mustafá Kemal Atatürk, “Un maestro es como una vela, se consume para iluminar el camino de los demás”, lo que nos hace reflexionar acerca de la importancia de la labor docente y el impacto que los maestros tienen en la vida de cada estudiante. Y donde se refleja el sacrificio que realizan para guiar a las futuras generaciones, por esto es que deben ser valorados y sus derechos deben ser respetados.

# BRECHA SALARIAL: ¿POR QUÉ EN LA REALIDAD ARGENTINA EXISTE UNA DESIGUALDAD ENTRE LOS SALARIOS QUE PERCIBEN LAS MUJERES Y LOS HOMBRES POR IGUAL TAREA?

*Por: Brenda Natali Juarez  
Tutoría: Carla Zeballos*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Principios laborales. III. Evolución histórica. IV. Legislación aplicable. V. Actualidad: A. Causas que originan la brecha salarial. B. Medidas adoptadas por el Gobierno para erradicar la brecha. C. La importancia de lograr una igualdad de remuneración salarial. VI. Conclusión

## I. Introducción

Existe una problemática que atraviesan las mujeres: la brecha salarial. Esta es la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos. La historia da cuenta de que las mujeres han sido sometidas a distintos tipos de violencia a través del tiempo. En el ámbito de trabajo, hablamos de violencia laboral según el art. 4 de la Ley 26485 Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, como de aquella que produce un menoscabo en sus recursos económicos y patrimoniales a partir de la percepción de un salario menor por igual tarea. Si bien la violencia contra las mujeres se encuentra amparada en la legislación, tanto nacional como internacional, esto es en el plano formal, porque en la realidad no se cumple.

En el presente análisis, trataré distintos aspectos respecto a este fenómeno de la brecha salarial. En particular, los principios laborales, la evolución histórica y cómo este tema sigue siendo un problema en nuestra realidad.

La Ley Contrato de Trabajo regula, entre otros, el principio de no discriminación, el cual impide cualquier tipo de trato desigual en razón de distintos motivos, y entre ellos en razón del género. No pueden ser postergados el cumplimiento de los derechos de una trabajadora por el hecho de ser mujer y sin<sup>320</sup>

<sup>320</sup>Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre igualdad de remuneración, C100, 6 de junio de 1951, disponible en: Convenio C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) (ilo.org)



embargo, las mujeres son víctimas de numerosos tipos de discriminación, por su condición femenina. En el mundo laboral, padecen de abusos y violencias, entendidas como comportamientos o prácticas que son susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico.

Mencionaré un fallo de interés que describe a la perfección las desigualdades a las que las mujeres se encuentran expuestas cotidianamente, para ejemplificar la problemática a la que hago referencia. Específicamente, la igualdad de remuneración entre hombre y mujer en Argentina, comenzó a regir a partir de la ratificación del convenio 100 de OIT en el año 1956. Esto introdujo la posibilidad de que las mujeres recibieran el mismo salario que los hombres por un trabajo de igual valor. Pero claro, este fue un reconocimiento formal y en la práctica, aún es difícil que se cumpla por lo que relataré a continuación.

Con la última reforma constitucional, en el año 1994, los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Relativo a los derechos de las mujeres, en este plano internacional, existen dos tratados internacionales, cuyo objetivo principal es la protección de la mujer. Por un lado, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)<sup>321</sup>, la cual determina que la discriminación contra las mujeres viola el principio de igualdad de derechos y respeto de la vida humana y dificulta la participación de la mujer en la vida política, social, cultural de su país. Y por otro lado, la convención Belém Do Pará<sup>322</sup>, que establece en su preámbulo que la violencia contra la mujer es considerada una violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales, limitando el goce de sus derechos y libertades.

Si bien existe un gran volumen de legislación que ampara a la mujer, las desigualdades continúan persistiendo en la actualidad. Entonces, el interrogante de esta investigación es ¿Por qué la brecha salarial existe en la realidad de Argentina?

## II. Principios laborales

El derecho del trabajo advierte dos principios que entran en conflicto con la situación de la brecha salarial: principio de no discriminación y principio de igualdad de trato. Por un lado, el principio de no discriminación es definido en el Art. 18 de la ley 20.744<sup>323</sup> y prohíbe cualquier tipo de discrimi-

---

<sup>321</sup> CEDAW, La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés CEDAW (Convention on the Elimination of All Discrimination against Women), [cedaw\\_SP.pdf](#) (ohchr.org), consultada el 12 de junio de 2023.

<sup>322</sup> Convención Belém do Pará, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, untitled (argentina.gob.ar), consultada el 12 de junio de 2023.

<sup>323</sup> ARTICULO 18 — Ley de Contrato de Trabajo, Ley 20.744, texto de la norma: Ley 20744/1974 | [Argentina.gob.ar](#)

nación entre los trabajadores por razones de sexo, raza, nacionalidad, religión, políticos, motivos gremiales o de edad.

Por lo tanto, el sentido de este principio es erradicar cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral. Se encuentra prohibida la discriminación por razón de género, y, por tanto, las mujeres no deberían sufrir ningún tipo de discriminación, violencia o acoso. Por otra parte, el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 81 de la ley 20.744<sup>324</sup>, obliga al empleador/a a otorgar un igual trato en igualdad de circunstancias a sus trabajadores/as. Este artículo prohíbe cualquier tipo de discriminación arbitraria fundada en razones de sexo, religión o raza.

### III. Evolución histórica

Los derechos de las trabajadoras durante un largo tiempo no fueron objeto de legislación. En la década del 40 comenzaron a consagrarse los derechos considerados de segunda generación, que regulan cuestiones sociales, económicas y culturales. Pero estos derechos beneficiaban solamente a quienes en aquellos tiempos podían trabajar, es decir a los hombres.

La regulación del trabajo femenino tuvo sus principios con los informes encargados por el Ministerio del Interior bajo la gestión de Joaquín V. González a principios del siglo XX y con el Proyecto de Ley Nacional de Trabajo en 1904 que no logró su aprobación<sup>325</sup>. Sin embargo, fue recién regulado por primera vez mediante la ley 5.291, en el año 1907. Esta ley regulaba la licencia posnatal de 30 días, el empleador debía conservarle su puesto de trabajo a la mujer mientras gozaba de esta licencia, asimismo se prohibió también que las mujeres realicen el trabajo considerado insalubre como así también que trabajará durante la noche.

También en el mismo año, se creó el Departamento Nacional de Trabajo (DNT), que demostró interés en el trabajo femenino. Se dedicó a la supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de género. La desigualdad de remuneración entre el hombre y la mujer fue objeto de informes del DNT, pero su principal preocupación era la protección de la madre trabajadora tomada en cuenta sólo desde el aspecto como madre. Las mujeres sin hijos hasta

<sup>324</sup> ARTICULO 81 — Ley de Contrato de Trabajo, Ley 20.744, texto de la norma: Ley 20744/1974 | Argentina.gob.ar

<sup>325</sup> QUEIROLO, Graciela. “Igual salario por igual trabajo”: La Organización Internacional del Trabajo y el Estado argentino frente al trabajo femenino (1919-1960). En: L. Caruso y A. Stagnaro (Coords), *Una historia regional de la OIT: Aportes sobre regulación y legislación del trabajo latinoamericano*. La Plata, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. (Estudios Investigaciones). En Memoria Académica. 2014. Disponible en: <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/libros/pm.4763/pm.4763.pdf>

este momento histórico carecían de derechos, derivada de la visión machista que predomina en esa época, donde la principal función de la mujer era la reproducción.

La ley 11.317 sancionada en 1924, reemplazó a la ley 5.291, contempló la duración de la jornada laboral, la edad de las trabajadoras, la maternidad, el descanso diario y la prohibición del trabajo nocturno y de realizar otras tareas. Pero no se reglamentó la igualdad de remuneración.

En el año 1934, la ley 11.933 implementó una regulación sobre la maternidad, estableciendo la licencia prenatal y posnatal y el pago de un subsidio durante el lapso de licencia. Las leyes 11.933 y 11.317 estuvieron vigentes hasta 1970, aunque sufrieron algunas reformas.

La ausencia de regulación en cuanto a la remuneración, mantuvo la desigual distribución salarial, que estaba acompañada de prácticas discriminatorias. El salario femenino era considerado una ayuda para el hombre, responsable de la familia. El trabajo femenino era considerado excepcional.

Luego en 1943, se produjeron grandes cambios con motivo de la Revolución de junio, el Departamento Nacional de Trabajo se convirtió en la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (STP). Y al año siguiente se creó dentro de la secretaría, la División del Trabajo y Asistencia de la Mujer.

En los años posteriores se produjo una importante movilización política llevada a cabo por las mujeres. Esto obedece a la creciente conquistas de derechos políticos, dado que durante el primer gobierno de Perón se consagró el derecho a voto<sup>326</sup> que hasta ese momento solo era ejercido por varones. Se incrementó la participación de las mujeres asalariadas por el crecimiento de las actividades comerciales, administrativas e industriales. Pero este incremento estuvo atravesado por la desigualdad salarial, las mujeres no podían acceder a los puestos de trabajo superiores porque eran ocupados por varones. Esta inequidad era disfrazada bajo la mejora en las condiciones de trabajo para algunas mujeres, aunque no tuvieran el mismo acceso.

La Revolución Libertadora fue el gobierno de facto que ratificó el convenio 100 de OIT sobre igualdad de remuneración, a través del decreto 11.595 en el año 1956.

La reforma constitucional del año 1957, mantiene el artículo 14 bis incorporado en la constitución del año 1946 que regula los derechos del trabajador y establece el derecho y deber de *“igual trabajo por igual salario”*. El principal objetivo de esta norma es lograr que la retribución sea justa, evitando las discriminaciones arbitrarias que puedan sufrir los trabajadores y así corregir las desigualdades sociales.

---

<sup>326</sup> Las mujeres ejercieron por primera vez el derecho a sufragio el 11 de septiembre de 1951.

#### IV. Legislación aplicable

El cuerpo legislativo que regula esta problemática es amplio. Comenzando por nuestra Constitución Nacional en su artículo 14 bis<sup>327</sup>, que como ya adelanté, asegura la igual remuneración por igual tarea, prohibiendo cualquier tipo de discriminación a los trabajadores y alcanzando la propia Ley de Contrato de trabajo que establece en su artículo 81 la igualdad de trato por parte del empleador a todos los trabajadores en identidad de situaciones

Además de los dos tratados internacionales anteriormente mencionados que fueron incorporados con la Reforma Constitucional de 1994, la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485 regula en su artículo 3 los derechos protegidos dentro de los cuales se establece que las mujeres gozan de igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres. Su art. 5 establece los distintos tipos de violencia y la cuestión laboral queda amparada en la violencia patrimonial y económica dado que la mujer percibe un salario menor por igual tarea en el mismo lugar de trabajo. Asimismo, su Art. 6, que prevé las modalidades de violencia contra las mujeres, establece que es considerado violencia quebrantar el derecho igualdad de remuneración.

Finalmente, la Organización Internacional del Trabajo sancionó tres convenios relevantes en esta materia.

En primer lugar, el antes mencionado, convenio 100 de OIT sobre igualdad de remuneración, que define remuneración, establece las medidas y mecanismos que deben adoptar los Estados miembros para asegurar la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

En segundo lugar, el convenio 111 de OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación)<sup>328</sup> que define también a la discriminación, obliga a formular a los Estados políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y a adoptar métodos adaptados a las circunstancias y prácticas nacionales.

Por último, el convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo<sup>329</sup> (190 OIT) define el acoso y violencia laboral, el ámbito de aplicación, estableciendo que los miembros deben adoptar medidas idóneas y obligar a los empleadores a prevenir la violencia y acoso laboral.

<sup>327</sup> ARTÍCULO 14 bis — Constitución Nacional Argentina. Texto de la norma: Texto completo | Argentina.gob.ar

<sup>328</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT) Convención sobre la discriminación (empleo y ocupación), C111. 4 de junio de 1958, disponible en: Convenio C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) (ilo.org)

<sup>329</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT) Convención sobre la violencia y el acoso. 10 de junio de 2019. Disponible en: Convenio C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) (ilo.org)

El convenio 100 de OIT<sup>330</sup> fue sancionado en 1951 en la Conferencia Internacional del Trabajo N° 34. Allí se decidió adoptar proposiciones relativas a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Este convenio que fue ratificado por Argentina incorpora la igualación de salario y posee 14 artículos, de los cuales analizaré los primeros cuatro:

El convenio define remuneración, y designa las tasas de remuneración sin discriminación en cuanto al género (artículo 1). El principio se aplica a través de la legislación, convenios colectivos, entre otros (Art. 2). Conforme este convenio, se deben adoptar medidas necesarias para la evaluación objetiva del empleo y los métodos deben ser elegidos por los órganos competentes. También establece que las diferencias de las tasas de remuneración, que no obedezcan a cuestiones de sexo, no serán consideradas una violación al principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. (Art 3). A mi parecer, La Organización Internacional del Trabajo estima conveniente regular de manera específica este principio dado que la desigualdad en materia de remuneración es un problema que continúa afectando a todos los países. Cabe destacar que la discriminación, entendida como aquella distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, religión, color, opinión política, ascendencia nacional, origen nacional, incluso el sexo que tenga por finalidad alterar o anular la igualdad de oportunidades o de trato se encuentra amparado por el convenio 100 de OIT. Los países que ratifiquen este convenio deberán colaborar con las organizaciones de los empleadores y trabajadores. (Art. 4).

La organización Internacional del Trabajo, desde sus comienzos, se interesó por la protección de las mujeres. Así lo establece el Tratado de Versalles (1919) que dio origen a la OIT, en el cual la defensa de las mujeres integraba las cuestiones a regular para combatir la injusticia, la miseria y las privaciones. Dicho tratado contempló en su artículo 427 el principio de salario igual, sin distinción de sexo para el trabajo de igual valor. Este artículo fue el antecedente del Art. 41 de la Constitución de OIT.

Con el tiempo, los empleadores lograron burlar este principio otorgando un valor distinto a las mujeres que a los hombres. Además, se sostenía en muchos países, que a los hombres les correspondiera percibir una mayor remuneración por su responsabilidad familiar, dado que las mujeres no debían sostener económicamente a su esposo e hijos, eso era tarea sólo del varón.

La OIT ante la falta de resultados, aconsejaba a los países a adoptar medidas destinadas a erradicar la desigual retribución salarial, tendientes a lograr la concesión a las mujeres de las mismas posibilidades que a los hombres en re-

---

<sup>330</sup>QUEIROLO, Graciela, Ob. Cit. págs. 93 a 104.

lación a la orientación y formación profesional, acceso a los empleos y ascenso.

A modo de conclusión, considero importante desarrollar el convenio sobre igualdad de remuneración porque implementó en Argentina este principio. Desde el año 1956, al menos un plano formal, los varones y mujeres deben percibir el mismo salario si desarrollan la misma labor.

## V. Actualidad

En el mundo laboral actual, las mujeres continúan percibiendo un salario menor a los hombres en un trabajo de igual valor. Desde hace veinte años la brecha salarial supera el 20%.

El informe “La participación de las mujeres en el trabajo, el ingreso y la producción”<sup>331</sup>, realizado con los datos del segundo semestre del 2022, demuestra que la brecha salarial alcanzó un 28,1%. Este porcentaje aumenta en el caso de empleo informal (34,6%) y disminuye en el empleo formal (23,9%). En algunos sectores esta desigualdad se intensificó, cómo por ejemplo servicios sociales y salud(31,6%), en comercio (36,0%), en servicios comunitarios (32,7%), en la industria manufacturera (30,1%) y en las actividades primarias (34,6%). Dado que las mujeres se insertan en ramas menos valoradas y dinámicas, resultando como consecuencia salarios más bajos. Mientras que los hombres se desenvuelven en áreas dinámicas y estratégicas, permitiendo acceder a un salario mayor.

Se tomará como ejemplo en particular para demostrar la brecha salarial, el caso de las trabajadoras de casas particulares<sup>332</sup>. Este empleo se considera el más feminizado (97,5%) en el mundo laboral, además de ser destacado por tener una de las mayores tasas de informalidad y salario extremadamente bajos. En el segundo trimestre del 2022, los sueldos que percibían los hombres por desarrollar estas tareas era \$31.208, los que eran percibidos por las mujeres no supera el monto de \$23.143. La brecha salarial alcanzó el 25,8%, incluso en el trabajo donde mayormente se desenvuelven las mujeres, los hombres continúan recibiendo una remuneración mayor. Pero el ámbito de trabajo donde la brecha salarial alcanzó su máximo apogeo fue en el comercio, alcanzando el 36%. Esto obedece a factores como la diferencia de horas trabajadas (las mujeres se desarrollan en el comercio menos cantidades de horas en relación a otros trabajos dado que luego deben realizar las tareas del hogar y de cuidado) y la feminización de las tareas de comercio, por lo general los trabajos con baja remuneración son cumplidos por mujeres.

<sup>331</sup> informe-desigualdad\_en\_el\_trabajo-igualar-segundo\_trimestre\_2022.pdf (derechoalasnoticias.com.ar)

<sup>332</sup> las\_brechas\_de\_genero\_2do\_trimestre.pdf (argentina.gob.ar)

Además se presenta una baja cantidad de mujeres emprendedoras en nuestro país<sup>333</sup>. En mi opinión, esta situación obedece a que el mundo de los negocios se encuentra altamente masculinizado, lo que implica a la mujer un desafío desenvolverse en ese ámbito, muchas veces abandonando su cumplimiento por la dificultad que conlleva

Paradójicamente en el nivel educativo, son más las mujeres graduadas en carreras universitarias de grado y posgrado que los hombres, alcanzando un 60%. Sin embargo, una vez graduadas las mujeres generalmente se desarrollan en áreas peor remuneradas, mientras que los hombres se desenvuelven en puestos de trabajos mejores pagos.

En abril del 2023, un informe basado en datos brindados por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CI-PPEC)<sup>334</sup>, determinó que la brecha salarial alcanzó los 27 puntos y los 35,6% en el caso del trabajo no registrado. La falta de registración afecta directamente a la remuneración de la mujer y deja librado su monto a la arbitrariedad del empleador, que generalmente opta por pagar menos a las mujeres, aumentando la brecha salarial encaso de las empleadas no registradas adecuadamente. Este porcentaje se calcula sobre los salarios de la economía total.

Estudiando la evolución histórica de la brecha salarial, para encontrar un porcentaje superior al actual (27%) deberíamos remontarnos al 2008. Actualmente el sueldo promedio que percibe un hombre es de \$74.601 y el de la mujer \$55.172. Para mejor comprensión, lo que un hombre recibe en 12 meses de trabajo, la mujer lo percibe en 15 y debería trabajar 8 días y 1 hora más para cobrar lo mismo que un hombre.

La desigualdad aumenta o disminuye según el puesto de trabajo: En la posición Junior la diferencia es 5,5%; Posición de Sénior y Semisenior 24,4%; Cargos de liderazgo, gerencia o dirección 39,5%. Esto es la prueba del “techo de cristal”, la limitación de las mujeres al ascenso laboral. La influencia de los roles y estereotipos de género impide que puedan ocupar cargos directivos en las diferentes organizaciones. Es un techo que limita sus carreras profesionales, imposible de traspasar y que impide el desarrollo en el mundo del trabajo. Es invencible e inevitable porque no existe legislación que ampare esta situación.

### **A. Causas que originan la brecha salarial**

Las mujeres y los hombres deberían percibir la misma remuneración por un trabajo de igual valor. Existen diferentes factores que provocan una des-

---

<sup>333</sup> TN (2021). Brecha salarial, maternidad y techo de cristal: porque las mujeres no acceden a los directorios de las empresas. Obtenido de: Brecha salarial, maternidad y techo de cristal: por qué las mujeres no acceden a los directorios de las empresas | TN

<sup>334</sup> <https://factorialhr.ar/blog/brecha-salarial-argentina/#%C2%BFcual-es-la-brecha-salarial-en-argentina>

igualdad en la remuneración basada en cuestiones de género<sup>335</sup>. Entre otros:

- Educación y formación: Hace relativamente pocos años que las mujeres tienen acceso a la educación<sup>336</sup>. En comparación con los hombres, por eso mujeres de avanzada edad desistieron de la formación académica y eligieron no trabajar fuera del hogar.
- Interrupciones laborales: las mujeres ponen en suspenso su labor con el nacimiento de sus hijos.
- Trabajo a tiempo parcial: las mujeres predominan en los trabajos a tiempo parciales. Puede ser por elección propia, pero generalmente se debe a una desigual responsabilidad familiar.
- Segregación ocupacional según el sexo: el cupo femenino se concentra en puestos de empleos menos remunerados, de menor jerarquía y escaso poder de decisión.
- Sindicación y negociación colectiva: Las mujeres tienden a ser empleadas por empresas pequeñas que tienen menos probabilidades de pertenecer a un sector que cuente con sindicatos.
- Discriminación salarial: se trata de una discriminación sutil e indirecta que consiste en fijar sueldos inferiores en sectores ocupados por mujeres.

### **B. Medidas adoptadas por el Gobierno para erradicar la brecha salarial**

La brecha salarial es un hecho real que ataca a la igualdad de género en nuestro país<sup>337</sup>. El actual gobierno nacional tomó medidas teniendo en cuenta la segregación vertical y la segregación horizontal. Para combatir la primera, que hace referencia a la menor presencia de mujeres en puestos jerárquicos y toma de decisión, adoptó medidas como reducciones en contribuciones patronales para la incorporación de mujeres y personas trans en cargos jerárquicos y la obligación de incluir mujeres en el directorio de las empresas y otras asociaciones. En relación a la segregación horizontal, entendida como la participación desigual de mujeres y varones en distintos sectores de la economía, generalmente vinculados a estereotipos, el Estado desarrolla políticas destinadas a sumar mujeres a sectores estratégicos de la economía como el mercado del conocimiento, tecnología y transporte.

### **C. La importancia de lograr una igualdad de remuneración**

El efectivo cumplimiento al derecho de la igualdad de remuneración trae consigo una serie de ventajas para la trabajadora<sup>338</sup>. Cabe destacar:

<sup>335</sup> <https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/discrimination/tackling-sex-discrimination-through-pay-equity#pay-equity-is-about-fairness-in-pay>

<sup>336</sup> Las mujeres comenzaron sus estudios superiores en Argentina en la década de 1880.

<sup>337</sup> 21 las\_brechas\_de\_genero\_2do\_trimestre.pdf (argentina.gob.ar)

<sup>338</sup> <https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/discrimination/tackling-sex-discrimination-through-pay-equity#pay-equity-is-about-fairness-in-pay>



- Aumenta la independencia económica de la mujer y mejora su posición de poder respecto al hogar y su comunidad.
- Reduce el riesgo de la pobreza.
- Asegurar un nivel de vida adecuado de las jubiladas.
- Reduce la posibilidad de recurrir al trabajo infantil o forzoso.
- Se considera una ventaja para la atención de salud pública y privada.
- Aumenta la posibilidad de las empresas de preservar personas competentes y calificadas.
- Aumenta la competitividad de las empresas y ayuda al desarrollo nacional.
- Reduce los juicios por discriminación, las costas judiciales e indemnizaciones.

## VI. Conclusión

En la actualidad, las mujeres continúan percibiendo una remuneración menor que los varones. El objetivo de esta investigación es visibilizar las desigualdades que las mujeres continúan padeciendo en la actualidad. Estas diferencias entre hombres y mujeres nos atraviesan de distintas maneras, en particular, la remuneración.

La idea de varón proveedor de las necesidades básicas a su familia, carece de fundamentos que lo sostengan en la actualidad. La mujer es sumamente capaz de sostener a su familia, pero esto se ve impedido debido a la desigual retribución salarial que obedece a razones de discriminación.

La legislación acompaña a la creciente conquista de derechos de las mujeres, pero en la práctica decae, la normativa no es cumplida por los empleadores.

Esta desigualdad en materia de remuneración, posiciona a la mujer en condiciones de vulnerabilidad. Si bien las desigualdades han sido reguladas, no cambian la posición en la que se encuentra la mujer en determinadas situaciones. La conquista de derechos llevada a cabo por las mujeres en los últimos años es extraordinaria.

La idea es visibilizar esta problemática, impulsada por el reconocimiento de derechos, para lograr una igualdad entre la mano de obra femenina y masculina. La brecha salarial es un problema que impide la equidad. Debería ser tratada para suprimir de todos los ámbitos laborales en los que se desarrollan las mujeres. La solución propuesta no es continuar sancionando leyes, convenios o tratados, sino reconocer el problema y desarrollar mecanismos idóneos para combatir y erradicar las violencias, discriminaciones y abusos en materia de género en el mundo laboral.

Considero que un mecanismo capaz de subsanar estas desigualdades sería establecer un órgano de inspección en materia de igualdad de remuneración, es decir, un órgano con competencia para conocer e investigar si en las grandes, medianas y pequeñas empresas se cumple este principio. También establecer una sanción a quien viole el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. La sanción que estime conveniente sería pecuniaria, que podrá ser invertida en una capacitación brindada por parte de quien incumple.

Además, considero que debería existir una página que proporcione los medios necesarios para realizar denuncias (permitiendo que sean de manera anónima, para preservar la identidad de las trabajadoras así evitamos cualquier tipo de arbitrariedad por parte del empleador), proporcione información, medidas preventivas, entre otras.

Por último, estimo conveniente que se debería incrementar las vías de difusión que proporcionan información con el fin de lograr que todas las mujeres conozcan sus derechos para así poder exigir su cumplimiento.

Considero que llegó el momento de erradicar cualquier tipo de violencia que tenga como objeto perjudicar a las mujeres, en este caso trabajadoras. Me encuentro en una posición esperanzadora, donde la igualdad entre hombres y mujeres en materia de remuneración contribuye a generar una sociedad más justa.

# INCUMPLIMIENTO AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

*Por: Sol Macías*

*Tutoria: Juan Caminos y Sebastián Almada*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Fundamentos. III. El ámbito de aplicación del derecho a la desconexión IV. El incumplimiento patronal V. La protección por parte de los Derechos Humanos VI. Antecedentes normativos en el mundo VII. Recepción normativa en Argentina VIII. Conclusiones

## I. Introducción

La finalidad de la presente investigación es poder plantear la situación del incumplimiento al Derecho a la Desconexión, no solamente en referencia a las modalidades de trabajo a distancia sino también a aquellos empleos con jornada laboral presencial, en el que el trabajador continúa realizando tareas de su trabajo en su hogar una vez que culmino su jornada de trabajo, y recibe comunicaciones de su empleador para otorgarle tareas que debe cumplir y/o cualquier otro tipo de mensaje relacionado al trabajo. Durante el tiempo de Pandemia el trabajo a distancia fue una gran alternativa para la continuación de empleos que podían desarrollarse bajo esa modalidad por su naturaleza; pudiendo hoy en día continuar bajo esa modalidad o de manera híbrida (es decir, variando entre presencialidad y virtualidad).

A partir de esto, se propone analizar si el trabajo efectuado a través de las nuevas tecnologías más allá de la jornada establecida, puede encuadrarse bajo la figura de horas extras o alguna otra institución del Derecho Laboral, siempre teniendo como guía normativa la Ley de Contrato de Trabajo y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que son base tutelar de las personas trabajadoras. Asimismo, se abordará cuáles serían las posibles medidas que podrían aplicarse a los empleadores ante sus incumplimientos en el marco de las situaciones mencionadas en párrafos anteriores, como a su vez cuales son las consecuencias que podría provocar en la persona del trabajador y en la relación laboral.

Para ello se recurrirá al análisis de algunas legislaciones internacionales, y al plexo normativo local, para poder clarificar las respuestas jurídicas adoptadas en distintas partes del mundo y compararlas con las de nuestro país, teniendo

en cuenta las diferencias de culturas y modos de vida. Ello teniendo presente en todo momento los principios y caracteres en que se basan los Derechos Humanos Universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles, ya que todos los seres humanos son titulares de los mismos por el simple hecho de ser personas, sin importar su género, etnia, nacionalidad, religión, lenguaje, lugar de residencia, ni ninguna otra característica. Estos derechos están fuertemente ligados con la no discriminación y el aspecto íntimo de la persona y su familia. Su centralidad, se ve reflejada a partir de su protección de larga data por medio de diversos instrumentos internacionales durante el devenir de la historia.

El Código Civil y Comercial de nuestro país, establece en el artículo (art.) 1 que todos los casos que se encuentran regidos por este, deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. Esto, remarca la importancia que el plexo normativo le otorga a los Derechos Humanos desde una visión más universal ya que se encuentran diversos tratados internacionales que velan por su protección y defensa. El mundo del trabajo no resulta ajeno a esta lógica tutelar, ya que uno de los derechos de las personas es el Derecho a Trabajar receptado en el art. 14 de la Constitución Nacional, gozando de protección especial en su art. 14 bis.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), puede destacarse la Declaración de Filadelfia, adoptada el 10 de mayo de 1944, la cual define los objetivos de la organización. Esta, fue considerada como documento decisivo para la configuración del orden mundial de aquel entonces y de inspiración para la elaboración de otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Hasta el día de hoy, la Convención de Filadelfia sigue en plena vigencia pese a todos los cambios, innovaciones y etapas que se han visibilizado en el mundo del trabajo. Bajo la luz de estas premisas, se efectuará una interpretación en aras de analizar el marco tutelar para la protección del Derecho a la Desconexión, más precisamente en aquellos supuestos en los cuales exista una situación de incumplimiento por parte del empleador.

## **II. Fundamentos**

La comunicación en los tiempos actuales es de suma importancia en el desarrollo de las actividades económicas y por ende laborales. Por ello, es necesario establecer pautas normativas que pongan límites a los abusos en el uso de la mismas, y así resultar efectiva dentro de las relaciones laborales. Ello tendrá implicancias positivas sobre la persona trabajadora como así también hacia el propio trabajo y al futuro del lugar de trabajo en que se desenvuelva.

Entonces, es necesario poder conocer y analizar el Derecho a la Desconexión que en los tiempos actuales es tema preponderante dentro del mundo jurídico, en razón de resultar un elemento de suma relevancia dentro de una relación laboral. Por lo cual sería de gran importancia debatir sobre los efectos del incumplimiento por parte del empleador considerando especialmente que ello no solo rige en modos de trabajo a distancia en el cual impera la virtualidad, sino también en aquellos trabajos que son de manera presencial.

Para ello nos planteamos los siguientes objetivos en el presente trabajo; Dar conocimiento de posibles herramientas que proporciona el Derecho ante situaciones de incumplimiento del Derecho a la Desconexión por parte de empleadores, como también concientizar sobre consecuencias que repercuten en la relación laboral ante el incumplimiento del Derecho a la Desconexión por parte del sujeto empleador y el sujeto trabajador, sin soslayar que resulta de gran relevancia observar escenarios de aplicación de dicho Derecho a la Desconexión.

### **III. El ámbito de aplicación del derecho a la desconexión**

Este derecho faculta a todas las personas trabajadoras a desconectarse de sus dispositivos digitales y a no ser contactados por sus empleadores fuera del horario de trabajo, ni durante sus vacaciones<sup>339</sup>. El mismo se encuentra receptado en la Ley 27.555, más específicamente en su art 5 se conceptualiza en que consiste.

Podemos mencionar que el mismo pretende lograr la efectiva limitación de la posibilidad de contacto por asuntos laborales fuera del marco de la jornada a través de cualquier tecnología de comunicación (mensajes de WhatsApp y/o de texto, correos electrónicos, llamados telefónicos, información en la nube, etc.) garantizar el tiempo de descanso y/o vacaciones de las personas que trabajan. Esta prohibición de contacto es de suma importancia porque influye no tan solo en la salud del trabajador, sino también en su esfera laboral y en su vida personal.

Como se sabe, el trabajo a distancia tuvo su auge durante el transcurso de la Pandemia COVID-19. Sin embargo, el mismo sigue en ejercicio hasta el día de hoy, pasando a formar parte de nuestra cultura de trabajo. Aun así, el derecho a la desconexión no concierne solamente a esta forma de trabajar, sino que también debe de alcanzar otras modalidades.

El desafío actual del mundo jurídico es progresar en la tutela de las personas afectadas ante sus nuevas necesidades, buscando otorgarles seguridad, estabilidad y protección con un marco normativo acorde. Ello, obviamente, sin

---

<sup>339</sup> CHAVES, María Noel. Derecho a la desconexión: qué es y por qué es crucial para tu calidad de vida. En: BID, Factor Trabajo. 14/10/2022. Recuperado de: <https://blogs.iadb.org/trabajo/es/derecho-a-la-desconexion-que-es-y-por-que-es-crucial-para-tu-calidad-de-vida/> (consultado el día 25/06/2023).

perder de vista todo lo construido hasta ahora en materia de Derechos Internacionales en relación a la limitación de la jornada. Ya que los debates actuales, no son más que reversiones de viejos dilemas en relación a las necesidades básicas que dieron motivo a un sinnúmero de luchas obreras y populares.

#### **IV. El incumplimiento patronal**

La Ley de Teletrabajo regula derechos y obligaciones para aquellos trabajadores que sean contratados bajo esta modalidad, la cual en principio no difiere de los derechos y obligaciones que le asisten a las personas que desempeñan su labor de manera presencial.

Por lo tanto, podemos afirmar sin hesitación que el Derecho a la Desconexión no se agota en la modalidad de teletrabajo, sino que, por el contrario, todos los trabajadores gozan de dicho derecho independientemente de la modalidad en que lleven a cabo su labor. Entonces, resulta necesario analizar esta legislación con un marco de amplitud y con fines tutelares a todas las personas trabajadoras que integran el mundo del trabajo, no imitándola solamente a quienes realicen teletrabajo.

La jornada de trabajo es todo tiempo el cual el trabajador está a disposición del empleador en tanto no pueda disponer en su actividad en beneficio propio, y la contracarta de la jornada de trabajo es descanso. Resulta conocido que el derecho a una jornada limitada implica establecer un límite a la duración de la misma. Nuestra Ley Nro. 11.544, intentando seguir lo dispuesto por el Convenio Nro. 14 de OIT, establece que la misma no puede exceder de las 8 horas diarias o 48 horas semanales.

Ante los abusos y explotación, el Derecho del Trabajo aparece con el fin de regular y limitar los incumplimientos por parte del empleador. En la actualidad, el problema luce reversionado. El avance de tecnologías conjuntamente con modos de comunicación que cada vez son más instantáneos e inmediatos, lo que por un lado resulta muy fructífero para mantener un contacto, pero por otro lado termina deformando el límite del derecho a la intimidad, privacidad, descanso que toda persona debe gozar por el simple hecho de ser humano.

Partiendo de esta base, nos queda por dar respuesta a las consecuencias jurídicas que deberían de aplicarse cuando los empleadores incumplen la prohibición determinada por el derecho a la desconexión.

El debate no es menor. Resulta lógico que la persona que decide hacer uso de su legítimo derecho a desconectarse no pueda ser sancionada. Sin embargo, no es claro que sucede en caso de que se viole dicha prohibición, ya que ello puede traer aparejado consecuencias un tanto negativas en la salud del trabajador (como por ejemplo situaciones de inquietud, angustia, stress,

síndrome de burnout, etc.) que repercutirán no tan solo en el vínculo laboral en sí mismo, sino también en el resto de aspectos de la vida de la parte afectada.

Ante ello, puede recurrirse a la aplicación de multas previstas por incumplimientos laborales (como las impuestas por la Ley Nro. 25.212) y a su vez a lo prescripto por el instituto de las horas extras, buscando de tal manera que la disposición del tiempo resulte remunerado efectivamente.

La Ley de Contrato de Trabajo establece que el empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Ello nos da para pensar que si la ley regula incumplimientos por parte del trabajador ¿Porque no sería viable poder analizar algún tipo de sanción hacia el empleador cuando incumple el pleno ejercicio del derecho a la desconexión por parte del trabajador?

La aplicación y cumplimiento de este derecho trae múltiples beneficios para empresas y trabajadores. Por ejemplo aumento de confianza y comunicación entre trabajadores y empleadores, disminución del ausentismo, reduce estrés por causas laborales, aumenta la motivación y apego a la empresa, influye positivamente en el estado de ánimo de los empleados y en su compromiso con la empresa, disminuye la sensación de aislamiento al disponer de tiempo para otras actividades, mejora la reputación de las empresas por tratarse de organizaciones que cuidan a su personal, favorece la recuperación física y psíquica de las personas trabajadoras, etc.

En el año 2019 la OIT informaba a través de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo que el establecimiento de límites de las jornadas de trabajo excesivamente largas reducirá los accidentes de trabajo y los riesgos psicosociales asociados a dichas jornadas. Por ello se puede analizar este derecho a la desconexión como una forma de prevención de riesgos laborales, riesgos psicosociales, enfermedades profesionales.

Esto nos puede dar un indicio de que importa la salud del trabajador que hace al trabajo decente impulsado por la OIT, un día para llamar a la reflexión e unión de trabajadores, empleadores y gobiernos para así unir fuerzas de manera unánime y a través de implementación de buenas prácticas poder hacer que el trabajo decente sea una realidad y seguir impulsándolo a través del tiempo, siempre con el fin de tutelar y proteger a la persona humana, tal y como lo indica toda la estructura del Derecho Internacional del Trabajo.

## **V. La protección por parte de los Derechos Humanos**

Desde hace un tiempo, OIT construyo con los actores del mundo del trabajo el concepto de trabajo decente. Esto implica que no todo trabajo reviste per se dicho carácter, sino que solo podrá ser considerado como tal aquel en el

que se respeten los derechos básicos y fundamentales, como la limitación de la jornada, la libertad de asociación y la protección social. Este concepto multi-dimensional debe de aplicarse a todo tipo de trabajo, más allá de su modalidad o forma de prestación.

En la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo puede verse reflejado lo dicho al principio de este título siendo la expresión del compromiso de gobiernos y de las organizaciones de empleadores y trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales, lo cual reviste vital importancia tanto en el plano social como económico. Cabe destacar que este instrumento, reafirma obligaciones y compromisos ya asumidos, como ser: Un entorno de trabajo saludable y estable y la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y/o obligatorio, entre otros.

No hay que olvidar que los Derechos Humanos se encuentran protegidos a nivel internacional a través de diferentes pactos como establece nuestra Constitución Nacional, siendo legitimados activos todas las personas por el solo hecho de ser humanas, independiente de su ideología, orientación religiosa y sexual, edad, genero, nivel económico, etnia, etc.; siendo su vida y dignidad los bienes jurídicos a proteger.

Por ello, el Derecho del Trabajo debe de erigirse de modo congruente con la protección de los Derechos Humanos, dando respuestas tutelares a todas las necesidades que se generen a partir de todos los avances tecnológicos y de las nuevas formas de empleo.

Una de las mejores políticas que puede realizar una empresa o empleador es poder respetar y hacer valer al trabajador para así poder mantener una buena producción y que su labor cumpla con los objetivos impulsados por el empleador.

Estos puntos en específico serán de gran importancia como fundamento frente al incumplimiento del respeto del Derecho a la Desconexión por parte del empleador

## **VI. Antecedentes normativos en el mundo**

Hoy en día no debemos olvidar de que estamos en un mundo globalizado y por ello alguna problemática que se presente en nuestro país puede suceder que haya pasado en alguna otra parte del mundo.

Por ello es de gran interés poder observar cómo han afrontado estas problemáticas diferentes países del mundo y como ha sido su legislación. Y además la llegada de la Pandemia por el COVID-19 fue un disparador para que muchos países logren regular el teletrabajo en sus textos legales de manera más específica y definida.



Durante el año 2016, Francia fue pionera en la regulación, introduciendo el derecho a la desconexión como un tema obligatorio en la negociación colectiva. Se modificó el Código de Trabajo Francés (*Code du Travail*) estableciendo una obligación para el empleador de realizar políticas de actuación para la implantación de una efectiva desconexión.

Por su parte, Corea del Sur en el mismo año dictó una legislación a favor de aquellos trabajadores que reclamaban el derecho a desconectarse del trabajo, erigiendo la misma desde una perspectiva del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores.

Italia en el año 2017, aprobó Ley N° 81, 22/5/17 reconociendo el derecho a la desconexión digital en forma genérica en el Art 19, estipulando el derecho de descanso de los trabajadores que prestan servicios en la modalidad de *lavoro agile* (trabajo ágil) – actividad flexible en la que alterna la presencia física en la empresa con el trabajo a distancia. Se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos fundamentales de esta modalidad de “trabajo ágil”.

España, por otro lado, el 5 de diciembre del año 2018 sancionó la Ley Orgánica (LO) 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. El derecho a la desconexión se encuentra contemplado en el artículo 88.1 de la LO, que comienza disponiendo que los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar entre otras cuestiones no menores que se abordan.

India, promulgó en enero de 2018 la ley “Derecho a Desconectarse”, que confiere a cada empleado la libertad de desprenderse de las redes comunicacionales que lo vinculan con su trabajo, como ser correos electrónicos o llamadas telefónicas, durante las horas fuera del horario y en las vacaciones. La ley es clara en definirse como un derecho del trabajador a “*negarse a responder llamadas fuera del trabajo*” sobre cualquier materia relacionada a lo productivo. También establece que la Autoridad Laboral reconocerá los acuerdos que establezcan sindicatos de trabajadores con el empleador, en definir cuáles son las horas no laborales, sobre las cuales no se podrán realizar contactos.

Respecto a Latinoamérica, en el mes de marzo 2020 se promulgó en Chile la Ley N° 212205, que modifica el Código de Trabajo en materia de trabajo a distancia. Dicha ley establece entre otras cuestiones el Derecho a Desconexión, en el que garantiza que los trabajadores no se encuentran obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos de parte del empleador durante al menos 12 horas continuas en un período de 24 horas, y que el empleador no podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u

otros requerimientos durante los días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores. Este tiempo debe quedar expresamente pactado en el contrato de trabajo, respetando los tiempos mínimos antes señalados.

Brasil por su parte el 15 de Diciembre del 2011 modificó el art 6 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo a través de la Ley 12.551 en el cual se equiparaba los efectos jurídicos de la subordinación ejercida por medios telemáticos e informatizados con la ejercida por medios personales y directos. Posteriormente, la Ley 13.467 (de reforma laboral del año 2017) modifica la consolidación de leyes laborales en la que la prestación de servicios por parte del empleado en régimen de teletrabajo deberá cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley. El 22 de marzo de 2020, por la pandemia, entre otras normas se dictó la Medida Provisoria N° 927 que establece medidas laborales para hacer frente al estado de Pandemia reconocido por el Decreto Legislativo N° 6, de 20 de marzo de 2020, y la emergencia de salud pública de importancia internacional resultante del coronavirus (covid-19).

También hay diferentes empresas en el mundo que han adoptado ciertas iniciativas en las cuales tenían como objetivo la desconexión laboral una vez cumplida la jornada de trabajo de sus trabajadores, como por ejemplo en el año 2011 Volkswagen desconectaba ciertas comunicaciones de los móviles de sus empleados en las horas de descanso. Michelin en el año 2016 desaconsejaba e evitaba conexiones de trabajo durante los horarios de descanso. Mercedes Benz en el mismo año, redirigía a otras direcciones correos electrónicos de trabajadores durante sus vacaciones (mail on holiday).

Todo esto nos puede ayudar a reflexionar de que muchas empresas se han preocupado por esta problemática mucho antes de que se sancionen legislaciones relativas al tema en diferentes países del mundo y que puede traer aparejado diversas consecuencias en la persona trabajadora impactando de modo directo en su rendimiento (y por ende pone en juego el futuro de la empresa), siendo lo más importante el respeto de la dignidad de quienes trabajan y conviven a través de ella.

## **VII. Recepción normativa en Argentina**

En nuestro país en el año 2020 se sanciona la aludida Ley de Teletrabajo, la cual recepta el Derecho a la Desconexión por primera vez de manera expresa en nuestra legislación argentina, es oportuno mencionar, que en la provincia de Tucumán el 1 de Julio del año 2020, la Corte Suprema emitió una acordada en la cual garantizaba el Derecho a la Desconexión a los empleados judiciales, cuyo fundamento era que dichos trabajadores tienen el derecho a la desconexión digital a los fines de garantizar fuera del trabajo legal o con-

vencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, como también de su intimidad personal y familiar. A su vez se estableció que el empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones por ningún medio, fuera de la jornada de trabajo. Todo lo cual, se erige de modo congruente con el derecho a una jornada de trabajo limitada garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y por los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por el país.

A su vez, en el año 2022 se sancionó el Registro de Empresas que desarrolla la Modalidad de Teletrabajo, el cual indica que deben registrarse en dicho registro todas las empresas, empleadores que adopten y/o se encuentren aplicando la modalidad de Teletrabajo. El trámite debe ser realizado de forma online, completando un formulario con la nómina de trabajadores que realizan esta modalidad de trabajo y acreditando el software o plataforma a utilizar, todo lo cual será comunicado a la organización sindical correspondiente.

Muchas empresas de manera indiscriminada han recibido notificación con la obligación de llevar a cabo esta registración, lo cual fue motivo de controversias, críticas y resistencias. En especial, ante la incógnita sobre una posible sanción ante la omisión de registro.

Todo ello, sin dejar de lado que el derecho a la desconexión no es más que otra faceta de la jornada limitada, la cual, como se dijo, no tan solo encuentra una regulación expresa dentro del marco de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, sino también a nivel suprallegal y constitucional.-

## **VIII. Conclusiones**

A mérito de ello, es posible afirmar que, pese a la regulación normativa del derecho a la desconexión, no resulta claro determinar que consecuencia jurídica debe de aplicarse ante el incumplimiento de la prohibición patronal.

Por ello es necesario realizar un exhaustivo análisis e interpretación para poder brindar una solución a esta problemática que hoy en día con el avance de la tecnología y modos de trabajo se presenta en especial por su repercusión en la vida de la persona y en el funcionamiento de la empresa.

Claro está, que el incumplimiento de una norma debe de ser sancionado. Por lo tanto, sería viable acudir a sanciones por los daños causados y generados sobre la persona del trabajador, a lo cual debe de adicionársele las multas correspondientes por la autoridad de aplicación y el pago salarial correspondiente por las horas efectivamente laboradas.

Los operadores del Derecho tenemos el desafío de ser lo suficientemente críticos, conscientes, adaptables y empáticos para poder otorgar algún tipo de solución más allá de lo que establezca de manera expresa y clara la Ley, suplien-

do lagunas de Derecho.

Todo ello, teniendo como piedra angular lo dispuesto por los Derechos Humanos, herramienta invaluable de carácter universal para la protección de las personas, siempre en miras de velar por un trabajo decente.

# ¿TRABAJO DECENTE UNA REALIDAD O UNA UTOPIA PARA EL PERSONAL DE CASAS PARTICULARES? ¿LA VULNERABILIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN PRESENTES?

*Por: Lourdes Orellano*

*Tutoría: Noelia Pedrino y Carla Zeballos*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Consideraciones personales. III. Contenido histórico. IV. Desarrollo de la investigación. V. Entrevistas personales. VI. Posibles soluciones. VII. Conclusión.

## **I. Introducción**

El presente trabajo tiene como objetivo visibilizar la problemática laboral de la falta de registración que sufre el personal de casa particular, problema que existe hace ya mucho tiempo y permanece en la actualidad.

Me he familiarizado con la problemática, al encontrarme en mi vida cotidiana con mujeres que prestaban sus servicios en casas de familias ya sea realizando limpieza, cuidado de niños o adultos mayores, las cuáles al no estar registradas sufrían menoscabo en sus derechos laborales, por ello esta oportunidad pareció adecuada para transmitir la “voz” de todas ellas, tantas veces invisibilizadas.

## **II. Consideraciones personales**

Desde mi punto de vista considero primordial plantear este tópico, dado el hecho de que en nuestro país este sector laboral de “personal de casas particulares” conlleva la misma importancia y derechos que el resto de los trabajos.

En Argentina y en el resto del mundo, este tipo de trabajo más de una vez se encuentra en estado de vulneración y discriminación por su empleador/as y el resto de la sociedad.

## **III. Contenido histórico**

La labor doméstica ha estado vinculada a la esclavitud y otras formas de servidumbre. Como se puede observar data de épocas en donde las familias de gran alcurnia tenían, a su servicio o más de una vez bajo esclavitud, a aquellos

que se encontraban en situaciones de inferioridad. Debemos recordar que en tiempos pasados la sociedad se manejaba por estratos sociales, donde aquellos que tenían en su poder inmuebles de grandes dimensiones eran quienes explotaban mayor cantidad de sirvientes y criados. El trabajo doméstico se sirvió de un sistema de aprendices, y permitía a los trabajadores un avance a través de rangos jerárquicos. Sin embargo, también era un trabajo arriesgado, en especial para las mujeres, ya que no existía protección de los empleadores escrupulosos y otros miembros de la familia, en especial en cuanto al abuso sexual que las mismas sufrían.

Tiempo después comenzaron a existir las agencias de reclutamiento para este tipo de empleo. El trabajo doméstico se pensaba como el más femenino y existía una remuneración económica en el servicio del hogar, se adoptó como una forma de eliminación de la servidumbre y esclavitud en este tipo de trabajo.

Actualmente las tareas que se llevan a cabo en casas particulares es un trabajo vigente y que aporta muchísimo a la economía del país, mayormente realizado por personal femenino. Si bien ya no nos encontramos, como dije anteriormente, en una situación de esclavitud o servidumbre y la situación no es tan precaria como hace un siglo atrás, actualmente sí es un trabajo que presenta muchas desventajas, y entonces me pregunto ¿Por qué aún con el avance de los años y el reconocimiento de muchos derechos no se promueven políticas donde se les reconozca la dignidad que merece dicha labor? ¿Por qué socialmente se estigmatiza la labor doméstica?

#### **IV. Desarrollo de la investigación**

Me enfocaré en primer lugar, para darle luz al panorama, en lo que la OIT establece en el Convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos del año 2011: “...*promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa...*” Entonces, como se desprende desde allí, su principal objetivo deja en claro que será el de promover la decencia y dignidad de todos y cada uno de los trabajos alrededor del mundo. No debemos olvidar que en los comienzos de la OIT uno de sus estándares fuertemente promovido fue y sigue siendo que “*la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente*”.

Por lo tanto, los 187 estados, dentro de los cuales, está el Estado Argentino, tienen el deber de garantizar que sus normas y principios sean respetados y llevados a cabo con sus políticas gubernamentales. Y aquí me detengo para realizar una mención importante, Argentina con anterioridad a la ratificación

del convenio nombrado anteriormente ya contaba con una regulación interna a través de la Ley 26.844 “Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares” del año 2013, es decir que pese a no haber ratificado el convenio si lo había receptado en su normativa hoy vigente. Y en el año 2014 se produce la ratificación por nuestro país.

El Convenio da cuenta de la labor contributiva de las y los trabajadores/as domésticos/as en la economía mundial, y a su vez muestra que es uno de los sectores laborales más infravalorado y marginado. Por eso, considera relevante y “*conveniente complementar las normas de ámbito general con normas específicas para los trabajadores domésticos, de forma tal que éstos puedan ejercer plenamente sus derechos*”<sup>5</sup>.

Así, en el artículo 7 del convenio establece: “*Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos*”<sup>6</sup>. En cuanto a este punto, se prevé que mediante contratos se brinde la información laboral y así resguardar al/la trabajador/a. Éste es un punto importante, le da seguridad a ambas partes de la relación laboral, logrando un respaldo fehaciente de todos aquellos derechos y deberes que surjan de éste vínculo. Sin embargo, en la realidad dicho contrato escrito nunca se realiza, primando la informalidad que caracteriza este tipo de contratos laborales.

Además, existe la Recomendación N° 201 que se aplica de manera conjunta con el convenio, donde se establece una serie de derechos para esto/as trabajadores/as, de los cuales nombraré los más importantes: información de la remuneración que percibirá el personal, que disfruten de la libertad sindical, la eliminación de la discriminación en materia de empleo, limitación estricta de sus horarios de trabajo, etc.

Debido a lo analizado hasta este momento, me parece pertinente pensar que si una persona no está registrada ¿cómo podría ejercer plenamente de esos derechos? Así las cosas, es evidente que el Estado Argentino debe brindar protección especial al personal de casas particulares, conforme a lo ordenado por el convenio de la OIT.

Y a estas alturas me surge la inquietud de si ¿éste será también un problema que radica en nuestra sociedad?

El antecedente más antiguo normativo en nuestro país está constituido por un proyecto de ley elaborado por la diputada Delia Degliuomi de Parodi, que fue debatido y aprobado en la Cámara de Diputados en septiembre de 1955 (Diario de sesiones, 7 y 8 de septiembre de 1955). La llamada “Revolución Libertadora” impidió que el proyecto prosperara, pero la iniciativa es reto-

mada por el gobierno de facto, cuatro meses más tarde, al dictar una regulación decreto ley N° 326/56 para el sector, en el año 1956, el que rigió hasta el año 2013. De esta manera, las trabajadoras domésticas fueron la última categoría que ingresó a la institución de protección social y al derecho laboral a través del mencionado Estatuto del Servicio Doméstico.

En su primer artículo establecía: *“El presente decreto ley regirá en todo el territorio de la Nación sobre las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos presten dentro de la vida doméstica y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico, no siendo tampoco de aplicación para quienes presten sus servicios por tiempo inferior a un mes, trabajen menos de cuatro horas por día o lo hagan por menos de cuatro días a la semana para el mismo empleador...”*

Como se puede observar la particularidad de la normativa hace alusión a algunas cuestiones en ese momento relevantes y que actualmente siguen teniendo vigencia. Estas cuestiones, hacen sobre todo al ámbito de desarrollo de este tipo de tareas, el doméstico, privado de una familia, que obviamente no debe tener fines de lucro con respecto a la realización de estas labores.

Respecto de esta última cuestión que el trabajo doméstico no debe importar para el empleador un lucro económico, puesto que *la ausencia de beneficio económico para el empleador se traduce, en los hechos, en una limitación de los beneficios y derechos a los que tienen acceso los trabajadores que se insertan en esta actividad*<sup>B</sup>

En el año 2013 se promulgó la Ley 26.844 “Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares” y su decreto reglamentario 467/2014, derogando de esta manera el estatuto de servicio doméstico de hacía más de 70 años. Así, tras la ratificación del convenio 189 del año 2014 en Argentina, éste representaría otro paso en favor de los/as trabajadores/as domésticas y la protección de sus derechos, y reforzando las medidas ya adoptadas a nivel nacional, como la aprobación de la reciente ley que tiene por objetivo mejorar las condiciones laborales de esta categoría vulnerable donde priman sobre todo las mujeres trabajadoras.

Uno de los beneficios aportados por esta normativa que marcaría una diferencia del régimen del decreto 326/56, es que la ley 26.844 presume y considera la existencia de relación laboral, independientemente de la cantidad de horas que los/as trabajadores/ras presten servicios en el ámbito doméstico, es decir no se le quitarán derechos al personal por el simple hecho de que su jornada laboral sea reducida. La nueva y vigente ley fija una jornada de trabajo normal con posibilidad de realizar horas extras, trabajar menos de cuatro horas por día, pudiendo prestar su labor cualquier cantidad de tiempo, por ejemplo, dos horas por día.



Pero aún con este progreso normativo, socialmente esta labor doméstica al ser un trabajo que sigue siendo mayormente realizado por mujeres y que se menosprecia muchas veces por tratarse de tareas que históricamente fueron gratuitas, la normativa no es tan favorable en comparación con la ley de contrato de trabajo. Razonando al respecto yo me planteo lo siguiente: ¿si no existieran personas que se aboquen al trabajo de limpieza, cuidado de niños, de adultos mayores, vigilancia, jardinería y demás, es decir a las tareas de cuidado, ¿sería posible, sin personas que se dediquen exclusivamente a su realización, el crecimiento de las demás fuentes laborales?

Creo que, si bien sus contribuciones en el hogar no hacen al lucro directo de los empleadores, las mismas les permiten a éstos que puedan realizarse laboralmente, realizar otras tareas, permanecer dentro del vasto mercado financiero, adquirir los derechos brindados por la seguridad social y el sistema del derecho laboral, mientras que ellas sin registración legal, subastan su futuro previsional.

La misma sociedad pareciera tener implícita en sus costumbres que dicho trabajo no es importante y ello ocasiona que estos no asuman la responsabilidad de registrar de manera adecuada a sus trabajadoras domésticas, perpetuando una clara discriminación de este sector. De hecho, la misma OIT se precavió de ello al decir que la explotación de los trabajadores domésticos puede ser, en parte, *“atribuida a los déficits en la legislación nacional del trabajo y del empleo y con frecuencia refleja discriminación en relación al sexo, raza y casta”*. Por ello es que Argentina en su regulación da una protección especial para las/os trabajadoras/os domésticas/os, regulación que es distinta de las demás ramas laborales.

Las personas que no se encuentran registradas se ven privadas de los derechos que le brinda la seguridad social jerárquicamente establecida tanto por la OIT, como en la Constitución Nacional en el artículo 14 bis y demás derechos. La omisión del deber del empleador de registrar debidamente a su empleada es una clara violación de esos derechos elementales. Quien no está registrado no cuenta con aportes con destino a los distintos subsistemas de la seguridad social. En consecuencia, no podrá solicitar las prestaciones que de ellos se derivan y que hacen a las cuestiones vitales como la salud, la subsistencia económica ante contingencias, protección ante la vejez, etc. Es decir que está en jaque la dignidad de este sector de trabajadores por un acto discriminatorio de la sociedad y un incumplimiento del estado ante la falta de control en cuanto a registración.

En un artículo periodístico publicado por el Diario Clarín en el año 2022 se obtuvo el siguiente dato estadístico: “La mayoría de las empleadas domésticas en Argentina -aproximadamente el 70%- está “en negro”, lo que significa que no está correctamente registrada en AFIP. En muchos casos se

trata de trabajadoras que son el sostén económico de sus hogares y tienen hijos menores a cargo...<sup>340</sup>". Por ende, el sueldo del cual gozan tampoco será el monto correspondido por ley, lamentablemente no sólo no tienen los beneficios de la seguridad social, sino que también se encuentran restringidas de llevar una vida digna, teniendo que ajustarse en base a economías precarizadas.

No cabe duda que es de carácter preocupante la revisión de las condiciones en las cuales se encuentran más de la mitad del personal de casas particulares en nuestro país.

También debemos añadir porque es una realidad palmaria, que es un sector vulnerable al acoso, como dice otro artículo consultado: *"Antes era conocido como el derecho de pernada", parte de los "derechos" asumidos por los dueños de la casa sobre sus trabajadoras mujeres. Era conocido también que los hijos de los dueños de casa se iniciaban sexualmente con las empleadas. Era como que se validaba que ellas "prestaran" el cuerpo para que los jóvenes de la casa descubrieran su sexualidad..."*

Pese a que dicho artículo proviene de Ecuador, este país en colaboración con Argentina, realizaron el Manual Ilustrado del Convenio 190 de la OIT, el cual refleja una realidad que se puede presentar en cualquier circunscripción.

La OIT en el Convenio 190 establece que la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo refieren a 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.

Si bien no siempre se tratará de abusos de índole sexual, pueden ocurrir otros tipos de vulneraciones, pero en esta particular situación podemos pensar en el riesgo eventual que corren las trabajadoras domésticas al desarrollar sus labores en el ámbito de la privacidad, como son en los hogares, son de difícil probanza, al carecer de testigos, etc.

Nuestro país ha ratificado dicho convenio, y al hacerlo, debe adoptar todas las medidas posibles para asegurar a las trabajadoras domésticas una protección efectiva de cualquier forma de acoso, abuso y violencia.

## V. Entrevistas personales

Con el propósito de dar mayor argumentación al presente trabajo me propuse recabar datos, haciendo uso del instrumento que brinda la entrevista

<sup>340</sup> Empleadas domésticas: el riesgo de no tenerlas en blanco disponible en: [https://www.clarin.com/servicios/empleadas-domesticas-riesgos-tenerlasblanco\\_0\\_4Jk2nbXh2Z.html](https://www.clarin.com/servicios/empleadas-domesticas-riesgos-tenerlasblanco_0_4Jk2nbXh2Z.html)

cuyo fin es acercarnos a la realidad de estas trabajadoras que se encontraron o encuentran en situación de no estar registradas para compararlas de aquellas trabajadoras que sí gozan de tal documentación, y así tomar consideración de los derechos de los cuales se ven privadas.

El siguiente modelo de preguntas fue utilizado para todas ellas, y sus respuestas serán copiadas de manera textual conforme a lo que respondieron:

1. ¿De qué te viste privada durante el trabajo en casa particular sin estar registrada?

2. ¿Pediste ser registrada alguna vez? ¿Qué te respondieron a tal pedido?

Primera entrevista: Virginia, Arroyito, edad 27, actualmente personal de casa particular.

1. Me veo privada de los beneficios de una mutual, de un sueldo acorde a lo que la ley establece. En caso de que este enfermo o por algún impedimento no pueda ir a trabajar no me lo pagan. No me alcanza con el sueldo que recibo porque no llega al básico, en realidad es para lo justo y necesario.

2. No, no pedí ser puesta en blanco porque cuando me contrataron me dijeron que era lo que podían pagar y no más.

Segunda entrevista: Yamila, Arroyito, edad 27 años. Se desempeñó como personal de casa particular hasta el año 2021.

1. A mí me privaron de los beneficios de una cobertura social, de los aportes jubilatorios, de un aguinaldo. En mi caso tuve una operación dentaria por eso pedí dos días de recuperación y no me los quisieron dar, ya venía aguantando hace rato cuestiones así y esto me llevó a renunciar.

2. Si pedí. Lo que me contestaron fue que, si lo hacían, me iban a tener que bajar el sueldo para pagar los aportes. Lo que muchas veces pedí fue un aumento de sueldo y me lo negaron, bajo el pretexto de que se estaban levantando su casa y que su contadora les dijo que lo que me pagaban era acorde a la ley.

Tercera entrevista: Stella, Córdoba, edad 50. Se desempeñó como personal de casa particular del año 1993 al 2006.

1. Yo nunca tuve vacaciones, nada de obra social ni aguinaldo, tampoco los aportes, no podía sacar una tarjeta de crédito, al ser cama adentro no tenía un horario fijo de laburo era full timé ya que al vivir con ellos si se les ocurría tenía que trabajar de 7 de la mañana a 00 de la noche.

2. Si pedí y me lo negaron. Me dijeron que ellos no tenían para blanquearme, palabras que hasta hoy me retumban en la mente. Lo que yo pedía era aumentos en el sueldo porque si no lo pedía ellos no lo hacían.

Última entrevista comparativa:

Rosa, Arroyito, edad 59 actualmente se desempeña como personal de casa particular.

1. Yo gozo de los beneficios de aporte jubilatorio y una obra social. Tengo el privilegio del aguinaldo y un sustento seguro. A futuro voy a poder jubilarme y así poder cumplir mi sueño de viajar.

2. Nunca tuve que pedir ser puesta en blanco, ellos al contratarme lo hicieron legalmente. Y miss patroness *simper complex* con miss derechos.

Conforme a la información provista por estas mujeres que prestaron o prestan su fuerza laboral en casas particulares se puede observar que sí son conscientes de los derechos de los cuales se ven privadas, que en más de una ocasión el empleador no quiere contratarlas de manera legal porque no quieren pagar lo que la ley ordena. Todas ellas, lo primero que me señalaron es la falta de cobertura de salud al carecer de obra social, hacían hincapié en que si se enfermaban o tenían un accidente no contaban con un apoyo financiero y además tenían que ir a trabajar porque corrían el riesgo de perder el empleo.

Realmente al entrevistarlas podía notar en sus tonos de voz la angustia y bronca que ellas sentían y sienten. El no poder desarrollarse y no poder progresar dignamente como en el resto de los empleos es una coacción directa e inminente a los derechos humanos que las mismas debería gozar.

## **VI. Posibles soluciones:**

Realizando esta investigación, observando lo que la OIT y nuestra legislación establecen, se me ocurrieron algunas aproximaciones a soluciones protectorias para el trabajo doméstico las cuales detallaré a continuación:

- Promover una educación laboral desde los últimos años de la escuela secundaria, mediante una materia que tenga la adecuada importancia, dado que los jóvenes prontamente se incorporaran al mundo laboral. Cultivando una conciencia acorde a los principios de trabajos dignos y de esta manera se podría llegar a lograr que una nueva generación postule por puestos de trabajos decentes, y por personas que no aceptaran que sus derechos laborales sean pisoteados.
- Promover desde el estado la realización de entrevistas a la población argentina, al igual que se hacen en época de campañas electorales, con el objetivo práctico de conocer los sectores laborales más vulnerables y poder proponer soluciones que les brinde una efectiva y real protección de sus derechos.
- Comenzar una concientización a nivel social que desestructure esa creencia de que hay trabajos para los distintos sexos, o que hay algunos que tienen más valor que otros.

## VII. Conclusión

Finalmente concluyo sosteniendo que es la misma sociedad la que genera vulnerabilidad y discrimina al personal de casas particulares, pues pareciera que se considera que es un tipo de trabajo liviano y fácil por ejecutarse dentro de nuestros hogares. También que es un tipo de trabajo solamente para mujeres, lo cual claramente es un pensamiento anticuado porque los trabajos no requieren de un género específico y lo pueden realizar tanto hombres como mujeres. Formas de pensar de la sociedad respecto este sector que es terreno fértil para malas condiciones y precarización total.

Realmente es necesario, y lo digo como parte de esta sociedad, que nos pongamos en los zapatos las mujeres que históricamente están a cargo de nuestros cuidados y dejemos de “normalizar” situaciones de discriminación, reconociendo los derechos laborales que tiene toda ciudadana tanto en nuestro país como en otros.

# DISCRIMINACIÓN Y PERSECUCIÓN DE TRABAJADORES DERIVADAS DE SU ACTIVIDAD SINDICAL EN PROCESOS ELECTORALES

*Por: Anahí Ayelén Quinteros*

*Tutoría: Leticia Celli- Mirna Lozano Bosch*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Derechos humanos fundamentales, derechos laborales. III. No discriminación, derecho humano laboral. IV. Libertad sindical, derecho humano laboral. V. Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo. VI. Persecución sindical en procesos electorales. VII. Derecho de afiliarse, no afiliarse y desafiliarse. VIII. Conclusiones.

## I. Introducción

En el presente trabajo de investigación nos enfocaremos en la discriminación y la persecución sufrida por los trabajadores y las trabajadoras durante los procesos electorales sindicales en los que estos se manifiestan a favor o en contra de determinados candidatos o listas, quienes compiten por la conducción del sindicato y, en consecuencia, por defender los intereses y los derechos de las y los trabajadores.

Con frecuencia, en estos ámbitos de tensión y de disputa por detentar el poder sindical, los perjuicios más graves los sufren los trabajadores que, en búsqueda de cambios y mejoras laborales, apoyan a nuevas listas o a la continuidad de la conducción actual, sin necesariamente ser candidatos, por lo que no gozan de las garantías que brinda la tutela sindical.

Como consecuencia muchas veces son víctimas de atropellos discriminatorios, tanto por parte del empleador como por miembros de la entidad sindical. Todo esto, a los fines de que cesen su actividad sindical o su libre expresión de voluntad como elector. Entre las represalias más frecuentes padecidas por los trabajadores encontramos: amenazas, hostigamiento, suspensiones y despidos con causas inexistentes, desafiliaciones arbitrarias, todo en el marco de una actitud intimidante absolutamente reproachable que cercena la libre participación de los trabajadores.

El derecho a la libertad sindical garantizado por el libre ejercicio de dicha actividad y la igualdad de trato y no discriminación son principios funda-

mentales que han sido consagrados tanto en nuestra normativa nacional como en el bloque legislativo internacional. De hecho, se encuentra presente en la Constitución de la OIT de 1919. A su vez, existen ciertos mecanismos tanto administrativos como judiciales e institucionales encargados de garantizar la protección de dichos derechos.

Sin embargo, debemos preguntarnos si dichos mecanismos son efectivamente protectorios de estos trabajadores, si no debería haber otro accionar preventivo estatal a los fines de evitar que lo transcurrido caiga en una mera acción resarcitoria o de reinstalación, con consecuencias de retornar a un entorno laboral hostil o dejando al trabajador en desamparo económico, independientemente que sus créditos laborales hayan sido satisfechos, y que estas conductas se continúen reproduciendo con otros trabajadores, afectando la transparencia de las elecciones y la vida democrática de los sindicatos.

## II. Derechos humanos fundamentales, derechos laborales

A modo de iniciar el presente trabajo nos parece fundamental adentrarnos en algunos conceptos en particular a los fines de comprender acabadamente el contexto legislativo que rige la problemática descrita de manera introductoria.

Por un lado, cabe expresar que cuando hablamos de derechos humanos fundamentales hacemos referencia a los derechos atribuidos universalmente a todos los seres humanos, que son inherentes a su dignidad, sin discriminación alguna por el sólo hecho de ser personas. Estos deben ser respetados y garantizados por todos los gobiernos estatales, tanto nacionales, locales como internacionales, toda vez que formalmente se encuentran aceptados y/o ratificados por los países.

Dentro de estos derechos humanos fundamentales nos centraremos en los derechos de los trabajadores y las trabajadoras. Derechos humanos encarnados en la persona del trabajador, cuyo objetivo principal es la de garantizar las condiciones mínimas satisfactorias de empleo. Podemos mencionar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra en su artículo 23: *“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 Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo define al trabajo como *“... toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí.”* Esto es así tanto que el trabajo es inherente al hombre y a sus necesidades vitales, por lo que es fundamental para la subsistencia humana.

Tanto una vida en sociedad, como la procura permanente de la felicidad

de los pueblos por parte de quienes gobiernan precisan la aplicación de un derecho positivo, como es el Derecho del Trabajo a los fines de preservar y garantizar condiciones dignas de producción para todas las personas sin distinción de raza, religión, ideología, género, entre otras.

Tan importante es el trabajo en el desarrollo humano y en el progreso de las sociedades que garantizándolo se preservan otros derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad humana. El trabajador ante todo es persona, una persona que además trabaja, por ello, a los derechos que derivan de su propia dignidad se le anexan los derechos laborales.

### **III. No discriminación, derecho humano laboral**

Dentro del Derecho del Trabajo, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, se encuentra consagrada la igualdad de trato y la no discriminación como principio fundamental que rige las relaciones dentro de los vínculos laborales. Cabe aclarar, que los derechos emanados de dicho principio buscan compensar la asimetría de poder existente entre el empleador, titular de los medios de producción, y el trabajador, quien pone a disposición su fuerza de trabajo. Por ello, todo el sistema de derechos laborales buscará proteger al trabajador por sobre la patronal, atento a su situación de vulnerabilidad.

El fenómeno de la discriminación surge cuando una persona que trabaja recibe un trato diferente, menos favorable que el que reciben otras, debido a ciertas características que no tienen que ver con las competencias, atributos que se exigen para un empleo puntual. Todos los trabajadores, o aspirantes a un puesto de trabajo tienen derecho a recibir el mismo trato, tanto en la etapa previa de contratación, durante el vínculo laboral o a la finalización del contrato.

La no discriminación es un derecho fundamental de todos los seres humanos. Es de vital importancia para que los trabajadores puedan ejercer su libertad de elección de empleo, trabajar en condiciones dignas, desarrollar su máximo potencial y recibir un trato y remuneración justa basada en su mérito.

Existen numerosas normas internacionales del trabajo que abordan el tema de la discriminación. La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo insta a todos los Estados Miembros a promover y garantizar el derecho a estar libre de prácticas discriminatorias en el ámbito laboral. En esta declaración se identifican como convenios fundamentales el Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958, núm. 111) y el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951, núm. 100).

El Convenio 111 establece que la discriminación puede basarse en motivos como raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional



y origen social. Otros instrumentos de la OIT añaden motivos adicionales, como el VIH/SIDA, la edad, la discapacidad, las responsabilidades familiares, la orientación sexual y la afiliación o actividades sindicales. El Convenio 100 promueve el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Tanto la Declaración de 1998 como la Declaración sobre las Empresas Multinacionales (EMN) instan a las empresas a contribuir a promover la igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. Los directivos y los trabajadores de las empresas deben revisar sus prácticas, tanto en el proceso de contratación como en otros aspectos laborales, con el fin de eliminar cualquier forma de discriminación que pueda llevar a tratar de manera desfavorable a ciertos trabajadores o solicitantes de empleo debido a características que no están relacionadas con sus habilidades o cualificaciones requeridas para el trabajo.

Es responsabilidad de las empresas asegurarse de que las competencias, capacidades y experiencia sean la base para contratar, ubicar, capacitar y promover a su personal en todos los niveles.

Uno de los tipos de discriminación que podemos mencionar es por motivos ideológicos, que se basa en las creencias políticas, opiniones o afiliaciones ideológicas de una persona. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce que la discriminación en el ámbito laboral por motivos ideológicos es una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores y empleados. Por ello, todo lo relativo a la participación activa en elecciones sindicales podría entenderse incluida en esta forma de discriminación que debe evitarse para garantizar la libre actividad sindical, teniendo como eje la democracia y la transparencia en dichos procesos.

#### **IV. Libertad sindical, derecho humano laboral**

Para adentrarnos aún más en el análisis de lo que prontamente desarrollaremos como una problemática que se suscita dentro de las relaciones de poder existentes en el marco del Derecho del Trabajo, es fundamental conceptualizar lo relativo al derecho de libertad sindical que poseen todos los trabajadores y trabajadoras.

Dicho principio fundamental garantiza el derecho de los trabajadores y empleadores a formar y a afiliarse a organizaciones sindicales de su elección, según la actividad que realizan, así como el derecho de dichas entidades a llevar a cabo sus actividades sin interferencias indebidas.

La libertad sindical es considerada esencial para el desarrollo de relaciones laborales justas y equitativas, el fortalecimiento de la democracia y la promoción del diálogo social entre trabajadores, empleadores y gobiernos. En Argentina, la institución pública encargada de tutelar este principio en el Mi-

nisterio de Trabajo de la Nación.

Esta libertad implica varios aspectos claves a tener en cuenta, como son: derecho a la afiliación sindical, derecho a la creación de sindicatos, derecho a la negociación colectiva y el derecho a la libre actividad sindical.

La OIT promueve y protege la libertad sindical a través de sus convenios y recomendaciones, y supervisa su cumplimiento por parte de los Estados miembros. El Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación es el principal instrumento internacional en este ámbito y establece los principios fundamentales de la libertad sindical.

## **V. Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo**

El Convenio núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un conjunto de reglas internacionales sobre los derechos sindicales. Fue creado en 1949 para proteger la libertad de los trabajadores y empleadores de unirse a sindicatos y negociar juntos.

El Convenio establece lo siguiente los derechos a la Libertad de unirse a un sindicato; la protección contra represalias; la negociación colectiva y protección legal: Los países que ratifican el Convenio deben adoptar leyes y medidas para asegurar el cumplimiento de estos derechos sindicales y resolver los conflictos laborales de manera justa. Este instrumento es fundamental porque busca garantizar que los trabajadores tengan la libertad de unirse a sindicatos, protegiéndolos de represalias y promoviendo la negociación justa entre empleadores y trabajadores. Muchos países han aceptado y aplican este Convenio para proteger los derechos de los trabajadores. Argentina lo ratificó el 20 de enero de 1950. Como resultado, el país está legalmente obligado a respetar y garantizar los derechos sindicales protegidos por este convenio, incluyendo la libertad de asociación, la protección contra actos antisindicales y el derecho a la negociación colectiva.

Dicho convenio nos interesa porque establece que los trabajadores deben estar protegidos contra cualquier forma de discriminación antisindical. Esto incluye el requisito de que un trabajador no sea obligado a afiliarse a un sindicato, no se le impida ser miembro de un sindicato o no sea despedido debido a su afiliación o participación en actividades sindicales.

Además, el Convenio garantiza que las organizaciones de trabajadores y empleadores estén protegidas contra cualquier interferencia de una parte hacia la otra. Se considera interferencia, por ejemplo, cuando un empleador o una organización de empleadores controla o financia organizaciones de trabajadores con el objetivo de someterlas a su control.

En resumen, el Convenio núm. 98 de la OIT busca asegurar que los trabajadores tengan la libertad de unirse a sindicatos y participar en actividades sindicales sin temor a represalias, y que tanto los trabajadores como los empleadores gocen de protección contra interferencias indebidas en sus respectivas organizaciones.

## **VI. Persecución sindical en procesos electorales**

La persecución de trabajadores en materia sindical durante procesos electorales es una problemática actual preocupante que ha sido denunciada en varios países y que afecta directamente los derechos humanos laborales y los derechos políticos de los trabajadores y las trabajadoras de determinada actividad que ejercen libremente la actividad sindical en apoyo de alguna de las listas o candidatos que se presentan para conducir los destinos de las entidades sindicales y como consecuencia, la defensa de los derechos de los trabajadores.

Nos interesa la discriminación que se realiza en el contexto electoral ya que consideramos que el trabajador se encuentra aún más desprotegido que en otras instancias atento que con el cambio de gestión sindical o con la apuesta a la continuación de la dirigencia actual se pone en juego un horizonte de adquisición de futuros derechos laborales que los candidatos prometen en favor de los trabajadores que buscan representar. Y con esto, se da una manifestación expresa de disconformidad respecto a sus condiciones laborales actuales, lo que motiva “cortocircuitos” en el ámbito laboral y una confrontación que desgasta los vínculos laborales.

Esta práctica puede tomar diferentes formas como: despidos injustificados, desafiliaciones arbitrarias, amenazas, acosos y discriminación laboral en contra de los trabajadores que participan activamente en organizaciones gremiales independientes, o que no apoyan a los candidatos o partidos políticos respaldados por los empleadores.

En algunos casos, los empleadores pueden utilizar su poder para coaccionar a los trabajadores a votar por un candidato o lista en particular, o para presionar a los sindicatos. Esto puede generar un clima de miedo e intimidación entre los trabajadores, limitando su capacidad para expresar libremente sus opiniones y participación en el proceso electoral para la preservación de su puesto de trabajo.

Es fundamental que los procesos electorales dentro de los sindicatos sean democráticos, transparentes y justos, y que se respeten las reglas y procedimientos establecidos en sus estatutos y en la legislación vigente para garantizar la participación de todos los miembros.

En algunos casos, puede haber intentos de influir en el resultado de las elecciones mediante la intimidación, el acoso o la discriminación laboral contra los trabajadores que no apoyan a ciertas candidaturas o posiciones políticas. También puede haber casos de fraude o irregularidades en el proceso electoral, que pueden afectar la legitimidad de los resultados.

Es importante que los sindicatos cuenten con reglamentos claros y transparentes para la elección de sus autoridades, que se garanticen las condiciones necesarias para la libre participación de todos los miembros, y que se establezcan mecanismos efectivos de supervisión y control para evitar cualquier forma de abuso o irregularidad en el proceso.

Sucede que los trabajadores que adhieren o son simpatizantes de determinada agrupación sindical o de determinados candidatos no gozan de **tutela sindical**, protección de la estabilidad en el puesto de trabajo que poseen los representantes sindicales o quienes detentan serlo (candidatos oficializados).

En Argentina, la legislación que garantiza dicha protección en particular es la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551. Sus artículos 48 relativa a los sujetos y 52 en que hace al procedimiento.

Cabe preguntarse entonces ¿qué mecanismos existen para que un trabajador exprese libremente su intención de votar en elecciones sindicales si no goza de esta tutela especial que lo defiende de las actitudes discriminatorias que violan sus derechos humanos fundamentales?

Es importante que los gobiernos estatales y las autoridades laborales tomen medidas para proteger los derechos de los trabajadores y para garantizar un ambiente libre de intimidación y acoso durante las elecciones. Esto puede incluir la promulgación de leyes y regulaciones que protejan la libertad sindical y la participación, y el monitoreo activo de los empleadores y de las entidades sindicales para garantizar que se respete la libre actividad sindical y la transparencia en los procesos electorales, sin inmiscuirse ni afectar la vida sindical.

Además, los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil tienen un papel importante que desempeñar en la denuncia de cualquier forma de persecución laboral y discriminación durante las elecciones sindicales y en la promoción de una cultura de respeto y tolerancia hacia la diversidad de opiniones políticas y sindicales.

La realidad de los hechos es que las personas recurren a la vía judicial sólo si inician acciones de amparo, atento al peligro en la demora que implica que los trabajadores no puedan participar libremente en las elecciones de su sindicato, siempre que amerite una demanda de esas características, ya que si se despide con motivos discriminatorios ideológicos sindicales puede interponerse persiguiendo una reinstalación o puede reclamarse las indemnizaciones derivadas de la arbitrariedad del caso.

## VII. Derecho de afiliarse, no afiliarse y desafiliarse.

Mariano Recalde, en su obra “El Modelo Sindical Argentino” expresa que la afiliación es “... *la inscripción espontánea de un trabajador en una asociación sindical representativa del universo en que realiza sus tareas. La decisión debe estar libre de presiones, francas o encubiertas. Si bien los estatutos regulan la conducta del trabajador respecto de su afiliación, no pueden obstaculizarla (...) De esta forma el sindicato que pretende representar una determinada actividad, oficio, profesión, categoría o empresa, está obligado a aceptar la afiliación de cualquier trabajador, sin distinción alguna, que se desempeñe en ese ámbito.*”<sup>341</sup>

Dicho derecho se considera un derecho humano fundamental inherente a toda persona trabajadora según la actividad que realice. Por esto, y en consonancia con lo que venimos desarrollando precedentemente, los trabajadores tienen el derecho a afiliarse a cualquier entidad sindical que lo deseen si se adecúa a las tareas que estos realizan en el ámbito laboral, con observancia de los requisitos exigidos en el estatuto sindical correspondiente.

Dicha afiliación es una de las condiciones que deben cumplir las personas trabajadoras para poder participar de las elecciones sindicales, además de cierta antigüedad en el empleo.

En numerosas oportunidades, los tribunales laborales han tenido que expresarse respecto a situaciones en las que el propio sindicato, en procura de sostener la conducción, ha negado discriminatoriamente la afiliación de uno o varios trabajadores o los ha desafiliado arbitrariamente, acción que según la Ley de Asociaciones Sindicales es voluntaria y debe realizarse por escrito, a los fines de evitar su participación en la vida sindical.

Así, Recalde respecto al derecho de desafiliación o no afiliación expone: “Nuestro sistema reconoce el aspecto “negativo” de la libertad sindical a pesar de que no se encuentra previsto en los convenios de la OIT sobre libertad sindical (Convenios 87 y 98). El derecho de “no afiliarse” y de “desafiliarse” también se encontraba garantizado en nuestro país en las normas que precedieron a la actual Ley de Asociaciones Sindicales y ello a pesar de distintas experiencias legislativas en la normativa nacional, todas ellas orientadas a modelos destinados a promover la fortaleza de las organizaciones de los trabajadores.”

El derecho a la “desafiliación” implica que los trabajadores que se han afiliado previamente a un sindicato tienen la facultad de renunciar o retirarse en cualquier momento, sin sufrir represalias, discriminación o consecuencias negativas por parte del sindicato o del empleador.

Por otro lado, el derecho a la “no afiliación” se refiere al derecho de los

<sup>341</sup> RECALDE, Mariano, El Modelo sindical argentino. Régimen jurídico, (1ra edición), Eduvim/UNSAM, Villa María, 2015

trabajadores de decidir no afiliarse a ningún sindicato. Esto significa que los trabajadores tienen la opción de no formar parte de ninguna organización sindical y no pueden ser obligados a unirse a un sindicato en contra de su voluntad.

Para ello y a modo de comprender la intervención estatal administrativa y judicial subsidiaria en estos casos, traemos a colación lo expresado por el Dr. César Arese en *Derechos Humanos Laborales*<sup>342</sup>: “...En la LAS, el control administrativo se dispara en dos oportunidades: falta de convocatoria a elecciones e impugnaciones electorales (3er. y 12 del art. 15 Dec. 467/88). En el primer caso intimando a la entidad a hacerla bajo apercibimiento de disponerla a través de delegados electorales y, en el segundo, indicando la obligación de expedirse. En caso de que no lo haga “en un plazo prudencial” o, si es impugnada, el Ministerio Empleo, Trabajo y Seguridad Social “podrá” implantar la medida cautelar destinada a paralizar actos definitivos como son la puesta en posesión en el cargo de las autoridades electas. Se le imponen dos condiciones: a) verosimilitud de la impugnación; b) posibilidad de la frustración de derechos frente a la demora. No obstante, la controversia queda dentro de la vía asociacional y el sistema recursivo que prevean los estatutos. En la práctica, la obstrucción asociacional, la morosidad o politización de la autoridad de aplicación en sus intervenciones, la distancia entre la localización de los sindicatos y la centralidad administrativa y judicial en caso de recurrirse las resoluciones dictadas por ente nacional ante la CNAT, alejan y diluyen la posibilidad de garantizar en muchos casos la efectiva participación en los comicios internos<sup>343</sup>.”

Agrega: “De ahí que la excesiva mediatización de la instancia judicial aún a requerimiento de parte o a instancia facultativa amenace con frustrar derechos y garantías constitucionales relativas a la libertad sindical. Sostenemos que, justificada sumariamente la gravedad e importancia del agravio a los derechos ligados a la democracia y libertad sindical internos, la vía directa del amparo sindical establecido en el art. 47 LAS o, en su caso, la acción del art. 1 de la Ley 23.592, son absolutamente idóneas y necesarias, aún sin haberse agotado, aunque sí iniciada o instada, las vías asociacional o administrativa”.<sup>344</sup>

<sup>342</sup> ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, (2da edición), Ed. Rubinzal Culzoni, 2022, Santa Fe.

<sup>343</sup> Indica: “Nótese que la CSJN “Giménez, Rosa Elisabe c/ Comisión Médica Central y/o ANSeS”, 15-7-21 declaró la inconstitucionalidad del art. 49, inciso 4, primer párrafo, de la ley 24.241 que otorga a la Cámara Federal de la Seguridad Social radicada en Buenos Aires el control judicial de las resoluciones de la Comisión Médica Central por lesionar el acceso a tutela judicial efectiva (ars. 8 y 25 de la CADH). Representantes sindicales, candidatos, activistas que deben ocurrir ante el MTESS o la CNAT, ambos radicados en Buenos Aires, para dirimir conflictos, se encuentra con la misma objeción”.

<sup>344</sup> Acota el autor: “Esta posición, con todo, no se encuentra exenta de inconvenientes ya que el fuero laboral no ostenta a nivel nacional ni provincial con la formación, medios y especialización necesaria para incursionar en la resolución de controversias obviamente muy politizadas. De ahí la necesidad de estructurar un fuero laboral colectivo con capacidad para atender a estas contiendas.”

Comprendiendo esto y compartiendo lo planteado por el Dr. Arese, como remedio posible ante los agravios padecidos, la necesidad de un fuero laboral colectivo especializado, estamos en condiciones de enfocarnos en la jurisprudencia local.

Tomando un caso jurisprudencial cordobés referido a la temática “*Reyna, Dario Marcelo y otros c/ Asociación Cordobesa de Empleados de Casinos (ACEC) - procedimiento sumario*”. El conflicto se suscitó a raíz de que treinta y tres trabajadores que desempeñaban sus tareas en distintos casinos de la provincia de Córdoba presentaron un amparo contra su sindicato (ACEC) luego que se les hubiera negado, de manera expresa o tácita, en reiteradas oportunidades la afiliación sindical de manera arbitraria y sin justificación. El Juzgado de Conciliación y Trabajo 2º Nom. Secretaría 4 de la Ciudad de Córdoba resolvió ordenar: “... a la demandada la recepción de las fichas de afiliación de los actores, la que se instrumentará en la forma ordenada en el considerando respectivo, debiendo la accionada arbitrar los medios necesarios para que se cumpla de conformidad a la normativa vigente, bajo apercibimiento en caso de inobservancia, de aplicar *astreintes* en su contra (art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación). IV) Exhortar a las autoridades de la ACEC para que: 1) En adelante establezcan un mecanismo claro, ágil, sencillo e impersonal (que no dependa de la voluntad - “buena o mala” - del personal o la autoridad de turno), que permita a cualquier trabajador del rubro la posibilidad de peticionar su afiliación a la entidad sin cortapisas. 2) Evitar la reiteración de conductas arbitrarias como las observadas en el presente pleito, que socavan las bases democráticas sobre las que se debe construir y sostener toda entidad gremial que aspire a ejercer una debida representación del colectivo de trabajadores de su sector”.

Todo ello S.S. lo encuadró jurídicamente en el art 14 bis de nuestra Constitución Nacional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (Ley 23054), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313) en su art. 8, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su art. 22, en la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ley 17.722) en su art. 5 inc. e, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer en su Art. 7, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, particularmente en el Convenio 87 en su art. 2 , en la Ley de Asociaciones Sindicales y en el Estatuto de ACEC.

Resulta relevante dicho precedente judicial atento a la falta de jurisprudencia respecto a dicho tema, ya que es común que los magistrados no interfiran en los conflictos sindicales, argumentando la necesidad del respeto del principio de la autonomía sindical. Por ello, fue de extrema importancia tanto haber resuelto en favor de estos trabajadores que exigían garantías de transpa-

rencia y de participación en el proceso electoral que estaban transitando como así también el exhorto que realiza el juez Dr. Quiroga respecto a las conductas esperables por parte de las autoridades de ACEC a partir de la resolución del litigio, como son establecer un mecanismo claro para la recepción de afiliaciones que no permita distintas interpretaciones antes la voluntad de los trabajadores de afiliarse al sindicato y evitar futuras conductas arbitrarias que afectan directamente en la vida democrática sindical.

En conclusión y retomando lo exteriormente expuesto, el atropello a la libertad de afiliación de los trabajadores constituye una de las formas en las que puede manifestarse la discriminación en el contexto de la persecución de trabajadores para cercenar su participación en procesos electorales.

## **VIII. Conclusiones**

A modo de cierre cabe preguntarse si los Estados pueden garantizar la transparencia en los procesos electorales y la libre participación de los trabajadores en la vida democrática de los sindicatos, sin intervenir abruptamente condicionando su funcionamiento ni cuestionando lo ordenado por sus estatutos especiales.

Durante este trabajo hemos abordado varios aspectos y formas relacionados con la discriminación de trabajadores respecto su actividad sindical durante periodos de procesos electorales, así como la importancia de proteger el derecho a la libertad sindical y combatir dicha discriminación laboral.

Hemos mencionado el artículo 14 bis de la Constitución Nacional de Argentina, que garantiza el derecho de los trabajadores a organizarse sindicalmente, y la Ley de Asociaciones Sindicales número 23.551, que establece el marco legal para la actividad sindical en nuestro país.

Además, hemos destacado la importancia que tienen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la protección de los derechos sindicales y la no discriminación en el ámbito laboral. Estos convenios, como el Convenio 98 de la OIT, promueven la protección contra la discriminación antisindical, tanto para los trabajadores como para las organizaciones sindicales.

También se ha destacado la existencia de jurisprudencia en nuestra ciudad de Córdoba que sienta precedente respecto a la negativa de afiliar trabajadores de manera arbitraria y, en general, respecto a discriminación laboral por motivos sindicales, así como la importancia de contar con buenas prácticas sindicales que hacen a la vida democrática de estas entidades.

Todas estas fuentes son fundamentales a los fines de garantizar la protección de los derechos humanos laborales de los trabajadores en instancias electorales y deben aplicarse en conjunto por parte de los operadores jurídicos y del



Estado para garantizar la transparencia de los procesos democráticos sindicales.

El interrogante es, sin embargo, si el Estado brinda una protección de estos derechos de manera tardía y no inminente al momento en que son cercenados o si actúa de manera resarcitoria, atento a los tiempos procesales que apremian. Al menos, el amparo es una respuesta efectiva para brindar dicha garantía en el caso de la negativa a la afiliación, conducta que nos interesa por demás atento que es una condición para ejercer el derecho a voto que tienen estatutariamente los trabajadores afiliados.

También planteamos como posible remedio ante las conductas temerarias por parte de los sindicatos y de los empleadores, la necesidad de contar con un fuero laboral colectivo especializado en la protección de los derechos colectivos laborales que, sin inmiscuirse en la vida de los sindicatos, puedan garantizar el principio de democracia sindical si este ha sido cercenado aun mediando el Ministerio de Trabajo de la Nación, quien es el encargado de fiscalizar la transparencia de los procesos electorales sindicales. Consideramos que ello puede ser una alternativa a la negativa de los magistrados de atender a determinados reclamos judiciales que consideran ser cuestiones meramente políticas, pero que traen aparejadas violaciones de derechos colectivos e individuales de trabajadores, que en su mayoría no pertenece a una lista, sino que adhiere a la misma, y por ello, no goza de la tutela sindical de candidato.

En resumen, es menester asegurar un entorno laboral justo y equitativo a través de la protección de la libertad sindical. Asimismo, combatir la discriminación laboral por motivos sindicales es de suma importancia. Para esto podría colaborar el cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales, el seguimiento de la jurisprudencia y la adopción de buenas prácticas sindicales. Estas acciones son esenciales para salvaguardar los derechos de los trabajadores y promover una cultura laboral inclusiva y respetuosa.

# UN NUEVO INTERROGANTE EN MATERIA LABORAL ¿ES LA PROTECCIÓN AMBIENTAL UN FENÓMENO AJENO AL MUNDO DEL TRABAJO?

*Por: Donata Ludmila Scalisi  
Tutoría: Héctor David Medina*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Fundamentos. III. Objetivos. IV. Planificación. V. Derecho laboral y su interconexión con un medio ambiente sano, VI. La industria textil como fuente de trabajo y contaminación. VII. Protección del ambiente desde la empresa; VIII. participación y propuestas sindicales a nivel internacional. IX. Empleo verde. X. conclusión.

## I. Introducción

El Derecho del Trabajo presenta en la actualidad un innegable y trascendental desafío: integrar los diálogos entre las distintas fuentes normativas.

Se propone analizar en este trabajo como puede coadyuvar la normativa laboral en la prevención y defensa de un medio ambiente sano.

No podemos dejar de pensar que los derechos humanos laborales, tienen un punto de encuentro con otros derechos humanos, con importantes impactos sociales. De esta manera se presentará al Derecho del Trabajo y la interconexión con un medio ambiente sano, enfocado puntualmente en un área del mercado laboral que es la industria textil como fuente de trabajo y contaminación.

## II. Fundamentos

En la actualidad la industria textil, tuvo un importante desarrollo e impacto en la economía local y regional de nuestro país.

A su vez, es imposible ocultar la agresividad que implica el proceso productivo. Para la realización de cada prenda se gastan grandes cantidades de agua y químicos, muchos de ellos tóxicos para la salud de los trabajadores, la sociedad, y el medio ambiente.

De acuerdo con todo lo mencionado, me interesa visibilizar que, como

ocurre en nuestro país y en el resto del mundo, de una fuente de trabajo puede derivar una gravísima problemática ambiental que nos afecta a todos por igual, especialmente a las generaciones futuras. El desafío es entonces compatibilizar desarrollo con protección ambiental.

### **III. Objetivos**

Por un lado, en tiempos donde la idea de crisis ambiental se actualiza constantemente, con este trabajo, se pretende:

Determinar los nuevos desafíos que presenta el Derecho Laboral en su punto de encuentro con el Derecho Ambiental.

Describir la situación que atraviesan algunos países con el crecimiento de la industria indumentaria, y lo alarmante de cómo eso mismo está afectando al medio ambiente.

### **IV. Planificación**

A fin del desarrollo de la temática planteada, se va a analizar el impacto positivo de la industria textil, como fuente generadora de empleo, y negativo como fuente de contaminación.

Asimismo, en esa línea de ideas, se establecerá cómo hacer viable la protección del ambiente desde las empresas, tutelando a la vez la salud de los trabajadores como primer eslabón en la cadena de producción.

### **V. Derecho laboral y su interconexión con un medio ambiente sano**

Todo parece indicar que los problemas ambientales están estrechamente relacionados, y condicionados por la producción económica.

Durante los siglos XVIII y XIX se generó un proceso conocido como revoluciones industriales<sup>345</sup>. Consecuencia del progreso tecnológico, económico, las largas jornadas de trabajo, la deficiencia sanitaria, la falta de ventilación, y principalmente porque las máquinas empleadas operaban sin protección, comenzaron a suceder accidentes que perjudicaron de manera directa a los trabajadores y a la producción. Transitábamos un momento histórico<sup>346</sup> donde lo humano, comenzó a desestimarse frente a lo esencial que era producir en cantidad.

Es recién después de la Primera Guerra Mundial con la creación de la

<sup>345</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n\\_Industrial](https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_Industrial) (Consultado el 23/06/2023).

<sup>346</sup> El contexto político era el propio de la modernidad, con sus ideas liberales; y en lo económico el capitalismo como sistema de organización de la producción.

OIT donde cobra importancia promover los derechos laborales. Pero no sería sino a partir de la segunda post guerra, que desde el Estado de Bienestar se fomentaría un mayor reconocimiento de derechos a los trabajadores. Recién llegando a finales del siglo XIX se comenzaría a promover entre otras cosas, el concepto de trabajo decente<sup>347</sup>.

La protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo no es únicamente un derecho de tinte laboral sino un derecho humano fundamental, y uno de los principales objetivos de la OIT asignados por su Constitución. Asimismo en el año 2022, la OIT introduce como parte de la declaración de principios fundamentales del trabajo, el entorno seguro y saludable<sup>348</sup>.

El preámbulo de la constitución de OIT expresamente dice: *“Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, protección de los trabajadores contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo”*.

Por lo mencionado, advertimos que las primeras normas dictadas por la mayoría de los Estados se centraron principalmente sobre medidas de protección de seguridad e higiene. Lo fundamental era prevenir los accidentes de trabajo que ocurrían como consecuencia del maquinismo presente a la hora de producir. Mientras que al legislador histórico le preocupaba reparar los efectos de un accidente ya producido, las actuales normas laborales plantean la cuestión con mayor amplitud aceptando que, por ejemplo, las vibraciones y también la contaminación pueden ser en sí mismo considerados riesgos para el ambiente de trabajo y para el medio ambiente en general.

Concretamente en el año 1977 el convenio número 148 de la OIT, no ratificado por Argentina, relaciono por primera vez la protección y salud de los trabajadores con el medio ambiente de trabajo, estableciendo la prevención y limitando los riesgos profesionales debido a la contaminación del aire, ruido y vibraciones.

Así, al conceptualizar el ruido como riesgo, se establece que el mismo puede provocar no solo la pérdida de la audición, resultando nocivo para la salud. De la misma forma lo hace con los términos contaminación de aire y

<sup>347</sup> <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm> (CONSULTADO EL 23/06/2023).

<sup>348</sup> “En su 110ª reunión, celebrada en junio de 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo decidió enmendar el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) para incluir «un entorno de trabajo seguro y saludable» como principio y derecho fundamental en el trabajo, e introducir las consiguientes enmiendas en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) y en el Pacto Mundial para el Empleo (2009)”. CITA TEXTUAL EXTRAÍDA DE: <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/areasofwork/fundamental-principle/lang--es/index.htm> (CONSULTADO EL 23/06/2023)

vibraciones. El convenio 148 supone un punto de inflexión y una mejora de las condiciones en que se prestan las relaciones laborales donde la salud de los trabajadores es objeto de protección y no únicamente la seguridad e higiene industrial.

Recapitulando y volviendo al inicio de estas líneas, en definitiva, con la Revolución Industrial los obreros vivieron en deficientes condiciones de trabajo y vida, donde se vio afectado el aire, el suelo, el agua; por tal motivo surgieron y se consolidaron los movimientos obreros que luchaban por la cuestión social. Y más adelante comenzaron a advertir que no solo la dimensión social y la salud estaban siendo afectadas directamente por la industria, sino también el medio ambiente.

En relación con la cuestión ambiental, ella comienza a gestarse en torno al conflicto de 1888 de los mineros y campesinos de Huelva, España. Este es considerado como el caso obrero ambiental más trágico y heroico; los trabajadores se manifestaron contra la contaminación del aire de las minas de Río Tinto, hecho que culminó en una masacre obrera, pero se decretó el fin de las calcinaciones al aire libre y se impuso a las empresas buscar otras formas de beneficiar el mineral. Tal evento representó un verdadero conflicto de poderes y medioambiental.<sup>349</sup>

Por ello afirmamos que, desde siempre, existe una interacción recíproca entre:

- El ambiente de trabajo (elementos que pueden influir en la actividad productiva, como las condiciones de seguridad e higiene) y;
- El ambiente natural (conjunto de componentes externos en los que interactúan los seres vivos)

En esta interacción tanto el trabajador como la comunidad sufren las consecuencias de no cuidar la tierra, los recursos naturales y ecosistemas.

## **VI. La industria textil como fuente de trabajo y contaminación**

En la actualidad, una cultura global de naturaleza tecno industrial invade todos los ámbitos mundiales. La industria textil, como dato generalmente desconocido, es considerada la segunda más contaminante del planeta<sup>350</sup>, después de la petrolera. Parece necesario visibilizar que somos testigos y protagonistas de un consumo masivo de prendas que se usan, a lo sumo, una temporada y se descartan. Y ello está provocando un desastre económico, ambiental y de derechos humanos.

<sup>349</sup> Disponible en (<https://www.elsaltodiario.com/historia/ano-de-los-tiros-masacre-riotinto-huelva-1888>) CONSULTADO EL 23/6/23

<sup>350</sup> CITA TEXTUAL EXTRAIDA DE (<https://news.un.org/es/story/2019/04/1454161>)

Por caso, es alarmante la situación que atraviesa Bangladesh, su éxito textil está envenenando y agotando el agua. Los diferentes ríos, que proporcionan agua potable a la población del lugar, están siendo contaminados con desechos tóxicos consecuencia de la producción de jean índigo y curtiembres de cuero.

De hecho fabricar ropa provoca la contaminación de agua potable en todo el mundo. Si a las absurdas cantidades de agua que se utilizan en el proceso de producción le sumamos el desecho y no reciclaje las cifras se tornan alarmantes. Un estudio de la ONU indica que:

- Se requieren 7500 litros de agua para producir apenas unos jeans.
- El sector del vestido usa 93.000 millones de metros cúbicos de agua cada año, una cantidad suficiente para que sobrevivan 5 millones de personas
- La industria de la moda es responsable del 20% del desperdicio total de agua a nivel global
- La producción de ropa y calzado produce el 8% de los gases de efecto invernadero
- Cada segundo se entierra o quema una cantidad de textiles equivalente a un camión de basura
- La producción de ropa se duplicó entre 2000 y 2014<sup>351</sup>

Sin embargo, no debemos perder de vista que pese al daño, esta fuente de trabajo es necesaria en los países asiáticos. La explotación de la industria textil contribuye al PBI indispensable para el desarrollo de su economía local. Con lo cual los trabajadores no tendrían para subsistir sin estas fuentes de trabajo, y a la vez las empresas no podrían fabricar sin la mano de obra.

Del este lado del continente, la industria indumentaria argentina crece desde hace un tiempo a pasos agigantados, generando muchísimos puestos de trabajo asalariados formales. La Cámara Industrial de Indumentaria reportó que en enero de dos mil veintitrés la moda genera 400.000 puestos de trabajo. Provincias como La Rioja y Catamarca son el centro de esta industria. En la capital Riojana se generaron alrededor de quinientos cincuenta puestos nuevos de trabajo vitales. Y posicionando el Norte Argentino, en Catamarca se crearon más de setecientos cincuenta puestos en costura. A su vez en ambas provincias hay empresas nuevas de confección, de esta manera alrededor de ciento de familias tienen su trabajo privado registrado<sup>352</sup>.

Pese a las alentadoras estadísticas en cuanto a las fuentes de empleos creados, al igual que el deterioro ambiental, las condiciones de trabajo son alarmantes por ser una de las industrias más explotadoras del planeta; ya que su

<sup>351</sup> CITA TEXTUAL EXTRAIDA DE (<https://news.un.org/es/story/2019/04/1454161>) consultado el 19/6/23

<sup>352</sup> Disponible en (<http://www.ciaindumentaria.com.ar/camara/category/informes-sectoriales/>)

finalidad es producir a menor precio y en cantidades extraordinarias. A saber, que trabajadores de países como Perú y Colombia mencionaron que “*sufren problemas como tendinitis por culpa de la sobrecarga de trabajo*”. También explicaron que “*enfrentan accidentes y enfermedades laborales porque las empresas los consideran “máquinas humanas”*”<sup>353</sup>.

Por tales motivos en Latinoamérica, los sindicatos del sector textil se reunieron a fin de negociar sus condiciones laborales con las empresas, puntualizando en la importancia de que se respeten el derecho a la salud y a la seguridad laboral<sup>354</sup>. Es por ello que expertos de la OIT en salud y seguridad de los sectores textil, vestido, cuero y calzado lograron actuar en consecuencia y adoptaron un repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad y salud en los sectores mencionados<sup>355</sup>.

Desde el punto de vista económico y laboral, todo parece conducir directo al éxito para las empresas con la consiguiente la creación de empleo. Sin embargo, no debemos perder de vista que como ocurre en nuestro país y el resto del mundo, de una fuente de trabajo puede derivar una devastación ambiental que nos afecta a todos, especialmente a las generaciones futuras.

## VII. Protección del ambiente desde la empresa

Se ha afirmado que el foco de peligro más evidente y grave para el ambiente es el industrial. En este sentido se configura a la empresa como factor criminógeno.

La Conferencia Internacional del Trabajo N° 102 del año 2013<sup>356</sup>, estableció la posibilidad de la defensa del medio ambiente desde las empresas mediante un desarrollo sostenible. Es decir que combinando instrumentos de políticas, como pueden ser la inversión pública, los gobiernos pueden dar apoyo a las empresas y crear un entorno propicio que promueva la adopción de prácticas en el lugar de trabajo respetuosas con el medio ambiente.

En miras a concretar el desafío que implica un verdadero desarrollo sostenible, viene adquiriendo protagonismo la denominada responsabilidad social de la empresa. Países como Argentina con la participación de empresarios y dirigentes sindicales ya celebraron el primer foro de responsabilidad social empresarial. ¿Qué es la responsabilidad social empresarial? Se conceptualiza como

<sup>353</sup> Puede verse en <https://www.industriall-union.org/es/trabajadores-del-sector-textil-piden-respeto-a-la-salud-y-seguridad-laboral>.

<sup>354</sup> Puede verse en <https://www.industriall-union.org/es/trabajadores-del-sector-textil-piden-respeto-a-la-salud-y-seguridad-laboral>.

<sup>355</sup> Puede verse en <https://www.industriall-union.org/es/trabajadores-del-sector-textil-piden-respeto-a-la-salud-y-seguridad-laboral>.

<sup>356</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_210289.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf)(consultado el 23/6/23)

las acciones y buenas prácticas que las organizaciones o empresas tienen con el ambiente y la sociedad, es decir, es un tipo de gestión integral de negocios que considera tanto el crecimiento económico de la empresa como el bienestar social y la protección del medioambiente<sup>357</sup>.

Claramente la responsabilidad del Estado en materia ambiental se encuentra en plena evolución y la razón es muy clara: con viejos esquemas no podemos solucionar los nuevos y trascendentales problemas vitales para la supervivencia del planeta y sus especies.

Se considera que tradicionalmente se ha examinado la problemática ambiental desde un punto de vista ético y no jurídico, por ello las nuevas formas de pensamiento permiten visibilizar que las ciencias que se aíslan están cada vez más lejos de ofrecer una solución. Es momento de hacer a un lado la racionalidad científica neutra para hacer frente a las exigencias de esta nueva época.

## VIII. Participación y propuestas sindicales a nivel internacional

Para hablar de propuestas, debemos partir del siguiente interrogante: ¿qué participación se le otorga a los trabajadores y sindicatos en la defensa y promoción del desarrollo sostenible?

Sin duda, una de las mayores dificultades que enfrentan los trabajadores y sindicatos es la falta de capacitación, participación y espacios de diálogo en la defensa y promoción del desarrollo sostenible. Todo parece indicar que ante situaciones extremas solo les queda recurrir a la huelga para ser oídos.

Un claro ejemplo es la situación que atraviesa Chile con el cierre de la Estatal Codelco<sup>358</sup>. Siendo la mayor productora de cobre que cesó con la fundición de metal después de varias décadas de actividad contaminante. Antes del cierre definitivo los trabajadores acudieron a una huelga en busca de soluciones para no perder sus puestos y solicitaron que se haga una importante inversión para cumplir con las normas medioambientales y continuar con la actividad, esto no ocurrió y el cierre ya es un hecho.<sup>359</sup>

Desde otro punto de vista, diversa es la situación de los países Europeos. Por caso España, en la última década las organizaciones sindicales y el gobierno alcanzaron un acuerdo por el que se crea por primera vez la figura del delegado de la prevención y medio ambiente<sup>360</sup>.

<sup>357</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad\\_social\\_corporativa](https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_social_corporativa) (Consultado el 23/6/23)

<sup>358</sup> Disponible en <https://www.bloomberglinea.com/2022/06/22/trabajadores-de-la-chilena-codelco-inician-huelga-nacional/>

<sup>359</sup> Disponible en <https://www.dw.com/es/el-cierre-del-chernobyl-chileno-aviva-el-debate-entre-salud-y-econom%C3%ADa/a-62292514>

<sup>360</sup> Disponible en <https://www.daphnia.es/revista/21/articulo/309/Por-primera-vez-se-crea-la-figura-conjunta-del-Delegado/a-de-Prevencion-y-Medio-Ambiente>



El delegado cuenta con competencias definidas, ellos serán la base sobre la que debería estructurarse la participación de los trabajadores en todo lo relacionado con la salud en el puesto de trabajo, y con la protección del medio ambiente en el entorno laboral.

También se ha logrado regular su participación en aquellos sectores de actividad con clara incidencia en el medio ambiente, especialmente tóxicos, contaminantes o peligrosos, tales como la industria química.

La mencionada industria cuenta con el Convenio General número XV<sup>361</sup>. Específicamente el artículo 67 y 67 bis establecen que cada organización sindical podrá designar en los centros de trabajo, un delegado de medio ambiente entre los delegados de la prevención y se delimitan sus funciones y competencias.

Pese a los avances, que sin dudas son importantes, nuestro conocimiento ecológico sigue encontrándose fuertemente limitado consecuencia de la ignorancia.

## IX. Empleo verde

En los párrafos anteriores hemos intentado aproximarnos y conocer la importancia y lo difícil que es lograr un ambiente sano. Podemos preguntarnos entonces ¿cómo puede el Derecho del Trabajo contribuir en la difícil tarea de utilizar los recursos que nos brinda la tierra sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras?

En la búsqueda de encontrar una repuesta, nos ayudara situarnos en el año 2008. Es este año cuando se publica el primer informe global sobre empleo verde<sup>362</sup> a iniciativa del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Confederación Sindical Internacional (CSI) y la Organización Internacional de Empresarios (OIE). Según el informe, la definición amplia de “empleo verde” es todo empleo decente que contribuye a preservar o restablecer la calidad del medio ambiente, ya sea en la agricultura, la industria, los servicios o la administración<sup>363</sup>.

Aunque el programa es nuevo, los resultados son alentadores gracias a la contribución de la OIT. Mencionaremos a continuación algunos aspectos de los resultados logrados:

- Por ejemplo, en países como China y Kenya se puso a prueba con éxi-

<sup>361</sup> Disponible en <https://industria.ccoo.es/63e8f0786576ca2d6e38aa74c2edf3a8000060.pdf>, pág. 81.

<sup>362</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_210289.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf) (consultado el 23/6/23)

<sup>363</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_210289.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf) (consultado el 23/6/23)

to la formación diseñada por la OIT sobre las opciones de empresas verdes para los jóvenes empresarios y a su vez continúan formulando políticas y programas para su ampliación.

- Otro caso es Indonesia, donde el Ministerio de Turismo y Economía Creativa, con la ayuda de la OIT desarrollaron un proyecto de empleos verdes para jóvenes que revitalizó 15 destinos turísticos.
- En Sudáfrica también con la participación de la OIT, en una cumbre nacional sobre la economía verde se impulsó la asistencia de seguimiento para los programas de evaluación del empleo y de ampliación de obras públicas<sup>364</sup>.

La realidad de países como China, Kenya, Sudáfrica e Indonesia nos muestra que el desafío es difícil, pero cuando se logra incorporar en la agenda política nacional el desarrollo sostenible como tema central se puede arribar a importantes avances. Resaltando que lo necesario es la participación los trabajadores, empleadores y el gobierno, quienes deberán enfocarse en medidas que garanticen el trabajo decente al mismo tiempo que protegen el ambiente.

La promoción de empleos verdes abre grandes oportunidades como la creación de puestos de trabajo, mejora de los puestos ya existentes, e inclusión social; al mismo tiempo que logran integrarse las cuestiones medioambientales.

## X. Conclusión

Con el desarrollo efectuado, se ha intentado visibilizar cómo la acción humana, y en concreto la acción productiva, está afectando directamente la biosfera y cada ecosistema en particular.

Históricamente el progreso se ha medido por el índice de consumo, una gran energía mental se usa para crear las llamadas nuevas necesidades e instigar a los clientes a aumentar su consumo material, caso contrario la crisis económica y el desempleo pronto se presentarán.

Sin dudas el camino hacia sociedades más ecológicas y ambientalmente sostenibles no será fácil pero es necesario. A su vez como se plasma en la presente investigación, pareciera pertinente afirmar que uno de los grandes desafíos que tiene el Derecho del Trabajo es involucrarse para combatir el deterioro ambiental con la participación de las grandes y pequeñas empresas, los trabajadores junto al estado, las organizaciones sindicales y agencias internacionales especializadas.

En definitiva como ya lo adelantaba Lorenzetti en las primera páginas de su libro Justicia y derecho ambiental en las Américas, “*vivimos una era de*

<sup>364</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_210289.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf) (Consultado el 24/6/23)

*verdades implacables en la que la naturaleza está mostrando sus límites*<sup>365</sup>.

Por eso cada uno de nosotros necesita reflexionar acerca de la relación que tiene con la tierra, desde que es inconcebible que una relación ética con ella pueda existir sin respeto, admiración, y consideración por su valor.

---

<sup>365</sup> LORENZETTI, Ricardo; LORENZETTI, Pablo, Justicia y derecho ambiental en las Américas, OEA,2021. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/docs/Justicia\\_y\\_Derecho\\_Ambiental\\_en\\_las\\_Americas\\_Lorenzetti\\_OEA\\_OAS\\_2021.pdf](http://www.oas.org/es/sla/docs/Justicia_y_Derecho_Ambiental_en_las_Americas_Lorenzetti_OEA_OAS_2021.pdf)

# LA INSERCIÓN DE LA MUJER EN EL DEPORTE PROFESIONAL

*Por: Julián María Scavolini  
Tutoría: Noelia Pedrino y Carla Zeballos*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El rol clave que cumplen las mujeres en la toma de decisiones. III. El fútbol, un espacio reservado históricamente para el hombre. IV. El fútbol femenino en argentina. a) Primera etapa. b) Segunda etapa. c) Situación actual. V. El caso “Sisneros” VI. Derechos de las deportistas profesionales en relación a la maternidad. Casos internacionales y normativa vigente en nuestro país. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

Esta investigación está dirigida hacia la inclusión de las mujeres en el deporte de elite, su lucha por la igualdad y la equidad, la brecha de género existente en el deporte y el panorama actual. El principal objetivo de este trabajo es profundizar en el tema, dilucidar ciertas cuestiones y abrir camino a distintos cuestionamientos, reflexiones y nuevos planteos. Se analizarán las razones de la existencia de la desigualdad laboral en el ámbito del deporte profesional entre hombres y mujeres, y a su vez. Se determinarán cuáles son las estructuras y los prejuicios existentes en la sociedad para el desarrollo del deporte profesional femenino. Intentaremos observar, por otra parte, cual es el régimen laboral que tienen los profesionales del deporte, y, por último, que solución legislativa podemos aportar a dicha problemática desde la perspectiva de los derechos humanos.

A lo largo de la historia podemos observar cómo, en diversos ámbitos, se ubica a la mujer en segundo plano con respecto al hombre. Los más cuestionados son el ámbito político, el ámbito social, el ámbito legal y el económico. Pero, si bien no es prioridad en la agenda, el ámbito del deporte también históricamente fue un espacio reservado, en principio, al varón. Si nos remitimos a la época de la revolución industrial, en la que se consideraba que la función productiva solo era llevada a cabo por el varón, y que por lo tanto el merecía de ese tiempo libre que le permitiera practicar algún deporte. Por otra parte, la mujer, encargada a las tareas del hogar, no corría la misma suerte.

Otro de los fundamentos discriminatorios utilizados en esa época eran las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer: “...*Se consideraba la “debilidad” física de las mujeres como un impedimento, y se pensaba que el deporte sería dañino para la salud de la mujer, sobre todo para su cuerpo en su función reproductiva...*”<sup>366</sup>.

Lo expresado en el párrafo anterior es un aspecto clave. El deporte no está exento de las múltiples discriminaciones sufridas por la mujer a lo largo de la historia. Ya sea por motivos biológicos, por razones de interés o por su rol dentro de la sociedad del siglo XIX, las mujeres no lograron un desarrollo equitativo e igualitario con el hombre. Al género femenino se le exige más para demostrar que tiene las capacidades y habilidades suficientes para participar en el deporte y alcanzar sus metas profesionales.

Es importante recordar, para el desarrollo de esta temática, las ratificaciones hechas por nuestro país de normativa internacional e incorporadas al ordenamiento interno (artículo 75, inc. 22 y subsiguientes de nuestra Constitución Nacional) que contemplan la cuestión de la eliminación de la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral. A su vez, la incorporación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (año 1994), como así también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, año 1996). Además, el art. 1 el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación, empleo y ocupación define lo que se entiende por discriminación laboral<sup>367</sup>.

Por lo tanto, observamos que existe normativa que protege el deporte como ejercicio profesional para el género femenino; sin embargo, en la práctica no dejan de existir trabas para el crecimiento de la mujer como deportista profesional, y se vislumbra el constante incumplimiento de dichos instrumentos.

A continuación, analizaremos dichas diferencias para dar un contexto más específico sobre las desigualdades entre el deporte masculino y el deporte femenino. Si bien dicha brecha se ha acortado en muchas disciplinas, aún existe mucho camino por recorrer.

En el presente trabajo, y con el objetivo de no extendernos en demasía, abordaremos a modo ejemplificador lo que ocurre en los deportes en general,

<sup>366</sup> DIEZ MINTEGUI, Carmen. “Deporte y construcción de las relaciones de género”, 1996. País Vasco, San Sebastian, España. Disponible:<http://www.gazeta-antropologia.es/?p=3566>.

<sup>367</sup> “A los efectos de este Convenio, el término discriminación 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”.

a través del fenómeno observado dentro del mundo del fútbol, por ser este el deporte más popular y que de una manera transversal atraviesa todos los estratos y ámbitos de la sociedad.

## II. El rol clave que cumplen las mujeres en la toma de decisiones

Un aspecto muy importante en el desarrollo del deporte femenino a futuro, es la inclusión de la mujer en cargos de relevancia dentro de las entidades, clubes, organizaciones y comités que se encargan del crecimiento deportivo a nivel mundial.

Este es uno de los aspectos en los que menos se ha avanzado. Las decisiones las siguen tomando los varones. Queremos resaltar la dificultad que trae aparejada dicha cuestión, ya que es prácticamente imposible hablar de crecimiento e inclusión de la mujer en el deporte profesional mientras no existan mujeres que, desde su punto de vista, lleven adelante políticas y estrategias tendientes a modificar las ideas sociales imperantes que existen sobre el deporte, y que las instituciones más importantes del mundo se encargan de proteger y mantener incólume.

En el ámbito del deporte olímpico, la participación del género femenino en la administración y en cargos directivos del IOC (Comité Olímpico Internacional) se mantiene en niveles bajos. Según una encuesta de dicha institución del 2015, solo el 8 % de las mujeres ocupaban el cargo de presidente de los diversos comités olímpicos. Algo similar ocurría en las federaciones internacionales, en las que solo cuatro federaciones tenían presidenta de género femenino<sup>368</sup>.

En nuestro país, los números no son muy distintos. Según la investigación *Sexo y poder en el deporte*, realizada por Fundación Mujeres en Igualdad (MEI) del año 2022, “solo 2 de cada 10 cargos en comisiones directivas deportivas de Argentina están ocupados por mujeres. Además, a mayor jerarquía del puesto les cuesta más llegar. De las 38 instituciones deportivas nacionales, solo una tiene una presidenta (3% del total); del total de 4201 clubes de barrio, solo 514 tienen una mujer como máxima autoridad (12.6%) y por último en el sector público, sólo 5 provincias tienen una mujer en el puesto de más alta autoridad (21%)”.

El panorama es claro, hay que trabajar sobre un aspecto clave, que es el liderazgo de las mujeres. Consideramos que ellas pueden aportar una mirada de cooperación, de consenso y de solidaridad dentro de las instituciones, aspectos estos, claves para el desarrollo del deporte en su totalidad.

<sup>368</sup> MARTÍNEZ, Luisa Aitana, “La brecha de género en el deporte: El caso de una marginación histórica y socialmente consentida”. Interdisciplinaria Revista de Psicología y Ciencias Afines. Vol. 38, núm. 2, 2021. P 73-86.

### III. El fútbol, un espacio reservado históricamente para el hombre.

El deporte más importante, o por lo menos, el más practicado y conocido en todo el mundo, no está exento de esta discriminación hacia la mujer. Inclusive podríamos llegar a sostener que probablemente es la actividad en la que más obstáculos encuentran las mujeres que desean formar parte de ella. Más allá del lugar que quieran ocupar, sea como deportista (amateur o profesional), espectadora, dirigente o periodista, la estructura machista del “mundo” del futbol intenta impedir que la mujer ocupe dichos espacios.

Conde sostiene que “...el fútbol constituye un espacio de educación sentimental para los varones. La presencia de las mujeres en el fútbol, como espectadoras, comentaristas y hasta estudiosas, introduce, por el contrario, una línea racional en uno de los pocos espacios en que los varones - dominados por la dicotomía moderna razón/pasión - se permiten otro tipo de manifestaciones. Pero la presencia de las mujeres no implica una alteración de ese espacio, que permanece cerrado, pues solo los varones, únicos capaces de practicar el juego, pueden vivir la verdadera pasión. Son ellos quienes guardan la llave...”<sup>369</sup>.

Uno de los argumentos más utilizados, a modo de ejemplo, es la imposibilidad que existe para la mujer a la hora de opinar sobre futbol. Esto se debe, según esta estructura machista y desigual que envuelve a este deporte, a que las mujeres nunca practicaron este deporte. Lo que se sostiene es que no puede darse por válida su opinión, si nunca jugaron al futbol.

De este modo, cuando el futbol significa un lugar de educación sentimental para el hombre, donde desenvuelve sus pasiones y donde practica su deporte preferido, a la mujer se le niega esta posibilidad, reafirmando los estereotipos arraigados hasta el momento, y sobretodo reproduciendo una desigualdad de reconocimiento y condición legal.

### IV. El futbol femenino en Argentina

#### a. Primera etapa

En nuestro país estamos muy lejos de lograr la paridad de género. El machismo está arraigado en el mundo del futbol. Desde la formación cultural de los niños, los medios de comunicación, las redes sociales y hasta los espectáculos deportivos. Es un deporte o un juego hecho para “valientes, audaces y atrevidos”, características que, según la sociedad, solo poseen los hombres.

En la década de los 90', el fútbol femenino era una práctica que pasaba casi desapercibida para el gran público en Argentina. La situación de las juga-

<sup>369</sup> CONDE, María Inés, “Las mujeres en el fútbol”. Revista Nueva Sociedad 218, 2008. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/las-mujeres-en-el-futbol/>

doras era realmente muy precaria: la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) no las quería bajo su órbita, los clubes se negaban a tener equipos y, en muchos ámbitos, sufrían tratos denigrantes. En ese momento se crea La Asociación Argentina de Fútbol Femenino (AAFF) con el objetivo de darle cierta organización al fútbol amateur femenino y otorgar cierta contención a las mujeres que lo practicaban.

Más allá de lo deportivo, se buscaba asistir a las jugadoras de fútbol en todas sus necesidades: salud (lesiones), alimentación, cuidado y contención de sus hijos, etc. Hasta ese momento no existía ningún aporte del máximo ente regulador del fútbol en nuestro país, y ninguna intención de hacerse cargo. Esta asociación logro realizar en la década del 90' el primer campeonato de fútbol femenino en nuestro país, por supuesto, de condición amateur.

#### b. Segunda etapa

La FIFA, institución que gobierna las federaciones del fútbol a nivel global, allá por el año 1991 obligó a las distintas federaciones nacionales que incluyeran a la disciplina de mujeres. Entonces fue cuando la AFA (Asociación del Fútbol Argentino) decidió absorber a la AAFF (Asociación argentina de fútbol femenino). Pero esta incorporación no significó un cambio para las mujeres, ya que la disciplina se mantuvo en el amateurismo por casi tres décadas, hasta el año 2019.

El 16 de marzo de 2019 se oficializó la profesionalización del fútbol femenino en Argentina. Las causas fueron los distintos reclamos de jugadoras (entre ellas las de la selección argentina), que lucharon por dicha profesionalización durante años, hasta que finalmente fueron escuchadas por el organismo máximo a nivel nacional. Las jugadoras pasaron a ingresar en el Convenio Colectivo de Trabajo N°557/09 y la actividad comenzó a regirse por el Estatuto del jugador profesional (Ley N° 20.160) como sus colegas varones, en un régimen semejante a las primeras tres categorías del fútbol argentino, accediendo a un régimen semi-profesional.

Se estableció la obligación de los clubes de contratar un mínimo de ocho futbolistas y se fijó un mínimo en la remuneración de quince mil pesos (equivalente a un contrato de la cuarta división del fútbol masculino, es decir, la Primera C). Además, se estableció que los clubes, a medida que pasen los años, deberán ir aumentando el número de jugadoras profesionales (en el año 2023 es obligatorio tener quince jugadoras profesionales con contrato, según el plan estratégico de la AFA 2021 - 2026 para el fútbol femenino).

Cabe recordar que en nuestro país se encuentra ratificado el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración del año 1951, el cual en su Art. 2 inc. 1 establece: “*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”.*

Como se observa, en Argentina, se equiparó el sueldo de las mujeres a una de las categorías más bajas del fútbol de varones, mostrando una clara desigualdad, cuando se le exige a las mujeres un entrenamiento diario, disputar partidos y viajes todos los fines de semana, etc. Estamos en condiciones de decir que la profesionalización de tan solo ocho contratos dentro de los planteles de fútbol femenino (cuando, además es un deporte en el que se necesitan once jugadoras) supone una supuesta igualdad que en la realidad termina siendo ficticia. Estamos en presencia de una igualdad aparente. Nuestro país, al ratificar este convenio, debe velar por su cumplimiento, asegurando una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a la práctica del deporte profesional, en este caso, el fútbol.

### c. Situación actual

En la actualidad, en la primera división del fútbol femenino en nuestro país, hay instituciones con todo su plantel profesionalizado, mientras que otros no cumplen con el piso mínimo establecido de jugadoras con contrato profesional. La gran mayoría de los clubes, se encuentra en una situación de salarios impagos, falta de acondicionamiento de espacios para el desarrollo del fútbol femenino, desorganización y ausencia de estructura para el desarrollo de fútbol infanto-juvenil femenino. Ya sea por una cuestión de recursos o de desinterés, el fútbol femenino está muy lejos de lograr su cometido con la supuesta profesionalización conseguida en el año 2019.

Existen testimonios de distintas jugadoras profesionales que manifiestan no tener cubiertas ni las condiciones básicas de higiene, a tal punto que en días en los que están en periodo de menstruación deciden no ir a entrenar, ya que el club no cuenta con baños y vestuarios para el plantel femenino. Por otra parte, también manifiestan la falta de lugares adecuados para el desarrollo del deporte profesional, ya que muchas veces las obligan a entrenar en predios o complejos que no cuentan con campos de juego acordes a lo que exige el fútbol profesional.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (ley 23.179), en el art. 11 ap. F establece: *“Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”*

Por lo tanto, es obligación del estado velar por la salud de las futbolistas

profesionales, y castigar el incumplimiento de dicha obligación por parte de las instituciones.

Por otra parte, la Ley 26.485 (ley de protección integral a las mujeres), establece en su Art. 3: “*Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: la salud, la educación y la seguridad personal...*”.

Por último, las deportistas manifiestan verse obligadas a hacerse cargo de los costos de los viajes correspondientes a la competición, y no reciben la cantidad meses de entrenamiento que les corresponde por su contrato profesional.

No existen planes de trabajo ni estrategias para intentar solucionar estos asuntos. A las mujeres se les exige igual que a los varones, que cuentan con otro tipo de respaldo, no solo de la institución sino de marcas deportivas, sponsors y empresarios que los apoyan y potencian, mientras a las mujeres no se les garantiza ni las condiciones mínimas de trabajo. Es utópico arribar a un desarrollo físico, mental y deportivo sin siquiera tener cubiertas dichas prestaciones básicas.

## V. El caso “Sisneros”

Es importante extraer algunas cuestiones que fueron analizadas en una investigación realizada en el Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, titulada “*Profesionalización del fútbol femenino en Argentina. Una conquista de derechos e igualdad aparente*”, en la que se menciona al fallo “Sisnero”<sup>370</sup> para hablar de los espacios históricamente reservados para los hombres, entre estos, los que conllevan una actividad profesional.<sup>371</sup>

En el caso “Sisnero”, una mujer demanda para ser admitida como conductora de transporte público de pasajeros, a pesar de cumplir con los requisitos exigidos por las empresas.

Lo que se plantea en este antecedente, es que hay lugares que son exclusivos para los hombres, y que cuando las mujeres intentan formar parte de los mismos, se dan falsas explicaciones o argumentos (como, por ejemplo, la diferencia biológica entre el hombre y la mujer para practicar un deporte) que esconden su verdadero propósito, y sostienen estereotipos instalados a lo largo de la historia, con el objetivo de excluir a las mujeres.

<sup>370</sup> “S. M. G. y otro c/Tadelta SRL y otros s/amparo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014

<sup>371</sup> GARCIA, Melisa, “Profesionalización del fútbol femenino en Argentina. Una conquista de derechos e igualdad aparente”, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/619>

## VI. Derechos de las deportistas profesionales en relación a la maternidad. Casos internacionales y normativa vigente en nuestro país

En mayo de 2022, una jugadora de fútbol islandesa (Sara Björk Gunnarsdóttir) se convirtió en la primera futbolista en ganar un reclamo contra un club en base al Reglamento de Maternidad de la FIFA. El reglamento, fue sancionado por el máximo ente regulador de este deporte a nivel mundial en el año 2021. Las normas dictadas en este reglamento otorgaban el derecho a la futbolista a percibir la totalidad de su salario durante su embarazo y hasta el inicio de su licencia por maternidad mientras estuvo en el club francés en el que se desempeñaba como deportista profesional (el Olympique Lyonnais).

En un principio, el club omitió pagar el sueldo, apoyándose en la normativa francesa que contemplaba las distintas bajas de los trabajadores por enfermedad (en ese momento, el Covid-19, ya que la deportista había decidido, al ser parte del grupo de riesgo durante la pandemia, regresar a su país y allí transitar su embarazo), en lugar de aplicar el reglamento establecido por FIFA que contemplaba la licencia por maternidad.

Por estas razones, se planteó un caso laboral ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA, el cual venció la jugadora islandesa. Este es el primer caso de una futbolista profesional que reclama por su derecho a cobrar el sueldo mientras transita un embarazo.

Es muy importante, respecto a este caso, destacar el convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad (2000), que en su art. 4 inc. 1 reza: *“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 determinen 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.”*

Con respecto a nuestro país, si bien dicho convenio no se encuentra ratificado, es importante destacar que la duración de esta licencia no resulta desproporcionada, sino que responden a criterios objetivos internacionalmente adoptados.

Además, hay que remarcar que la AFA, en el convenio suscripto entre dicha Asociación y FAA (Futbolistas Argentinos Agremiados) el 16 de octubre de 2019<sup>372</sup>, informa que el embarazo deja de ser considerado una lesión para las futbolistas, sean profesionales o aficionadas, que participen de torneos organizados por AFA. Las futbolistas, entonces, conservarán su empleo y su salario durante el lapso de gestación y de maternidad con licencia.

<sup>372</sup> Asociación del Fútbol Argentino. Boletín N° 5717. (2019)

El mencionado convenio establece la imposibilidad de participar de los entrenamientos y partidos oficiales por parte de las futbolistas desde la notificación fehaciente al club de su embarazo, y la presentación del certificado médico con la fecha presunta del parto, hasta la fecha de un segundo certificado médico que habilite el reinicio de la actividad. Por otra parte, las jugadoras deberán firmar antes de cada partido una declaración de no embarazo.

En el hipotético caso de que la futbolista se encuentre apta para el reinicio de la actividad y su contrato laboral se encuentre vencido, la AFA deberá abrir el libro de pases, con un plazo adicional de 20 días hábiles para posibilitar su incorporación al club de su preferencia. Además, en caso de despido sin causa justificada a una jugadora embarazada, el club deberá pagarle una indemnización especial, teniendo en cuenta antigüedad y omisión de preaviso.<sup>373</sup>

## VII. Conclusión

Llegando al final de nuestro trabajo, nos planteamos ciertos cuestionamientos. ¿Podemos decir que existe legislación suficiente que garantice la igualdad entre el varón y la mujer para el desarrollo del deporte profesional femenino, fundamentalmente analizando los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos? Y si esto es así, ¿Por qué sigue existiendo una gran desigualdad?

Al primer cuestionamiento, y luego de haber analizado la normativa internacional, respondemos afirmativamente. Más allá de la necesidad de seguir avanzando en legislación en favor de la igualdad de género, consideramos que existen normas sumamente importantes en las cuales los Estados deben apoyarse para defender el derecho de las mujeres.

Sumado a ello, la multiplicidad de leyes, decretos y convenios dictados en nuestro país con el objetivo de velar por la protección de la mujer y, por consiguiente, las deportistas profesionales.

Ahora bien, con respecto al segundo interrogante, pensamos que ahí reside el verdadero problema. Existe un constante incumplimiento por parte del Estado, y por lo tanto de sus instituciones, asociaciones, clubes y de la sociedad en su conjunto, de las normas que consagran la igualdad entre el varón y la mujer. Como se ha dicho, *“el deporte ha sido un ámbito tradicionalmente masculino al que las mujeres no solo no han tenido un acceso fácil, sino que tuvieron una participación limitada por los estereotipos y los roles asignados socialmente a cada sexo...”*<sup>374</sup>.

<sup>373</sup> AFA –FFA: régimen de la relación de trabajo de la futbolista profesional. boletín n° 5717 (2019).

<sup>374</sup> SAULEDA MARTÍNEZ, Luisa Aitana, La brecha de género... cit. pp. 73-86.

Por lo tanto, es necesario un cambio a nivel social y legislativo. Partiendo desde las instituciones, con políticas y planes de acción que verdaderamente respeten las normas y que coloquen a la mujer en una verdadera posición de igualdad.

Es necesario un gran cambio en la sociedad, la principal responsable de que hoy sigan vigentes estereotipos y estructuras que mantengan al varón en una posición dominante con respecto a la mujer.

## DIFICULTADES DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

Por: Rodrigo Agustín Zurita

Tutoría: Juan Caminos – Sebastián Almada

**SUMARIO:** I. Contrato de trabajo, globalización y tecnologías de información y comunicación. II. El trabajo remoto: A. ¿Qué es el teletrabajo? ¿Cómo se diferencia de las modalidades de trabajo a distancia, trabajo a domicilio y trabajo basado en el domicilio?; B. ¿Qué determina que una actividad sea considerada como trabajo a distancia?; C. Teletrabajo en el ámbito nacional; D. Teletrabajo internacional. Regulación nacional y su déficit. Dificultades en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; E. Regulación internacional: 1. Normativa de la OIT. 2. Fenómeno: nómades digitales. Derecho comparado y nacional. 3. Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, acuerdos marco globales, redes sindicales transnacionales, como posibles soluciones a los conflictos del teletrabajo transnacional; III. Conclusiones.

### I. Contrato de trabajo, Globalización y Tecnologías de información y comunicación

Preliminarmente, resulta de interés hacer referencia al concepto del contrato de trabajo, el que en términos de la Dra. Bosio<sup>375</sup>, dentro del régimen normativo argentino, es entendido como aquella convención o acuerdo, escrito u oral, por medio del cual una parte, denominada trabajador, pone su actividad profesional en relación de dependencia o subordinación de otra, denominada empleador, quien, a su vez, asume la obligación de realizar una contraprestación, consistente en pagar una remuneración. La relación de trabajo, surge cuando efectivamente ambas partes han cumplido con la obligación que les compete por el contrato laboral suscripto.

En la actualidad, las relaciones interhumanas, están sufriendo un proceso incipientemente mundial que nos afecta a todos, denominado **globalización**<sup>376</sup>; las relaciones determinadas por la cercanía geográfica, son traspasadas

<sup>375</sup> Bosio, Rosa Elena, “Lineamientos Básicos Del Derecho Social- tomo 1”, edición 1ª, editorial Advocatus Ediciones, 2019.

<sup>376</sup> Iglesias, A. Fernando, “La Modernidad Global, una revolución copernicana en los asuntos humanos”, Sudamericana, 2011.

por fenómenos supranacionales y des territorializados. Cuando las actividades humanas generan consecuencias en toda la geografía del planeta, las normativas locales de cada país tienden a ser insuficientes para regular la mencionada actividad.

El incesante desarrollo de tecnologías tendientes a la eliminación de las distancias, al menos virtuales, entre las personas llevan a la ruptura de las concepciones jurídicas basadas en el espacio, y el ámbito del derecho laboral no es ajeno a este fenómeno.

En este contexto, en el que la percepción social es de achicamiento de distancias, contracción del mundo y colapso del espacio geográfico como tal; surge la importancia de un derecho internacional que sienta las bases para regular las relaciones interhumanas en este nuevo entorno globalizado. Particularmente, para las relaciones laborales, toma importancia el derecho internacional del trabajo, denominado según Rene Mirolo<sup>377</sup>, como el conjunto de instituciones o servicios interestatales que tienden a lograr un desarrollo universal del trabajo y de la seguridad social. Para Mario de La Cueva y De La Rosa,

“Esta disciplina no será ni derecho internacional público ni derecho internacional privado. Sino un tipo nuevo, consistiendo su misión en regular universalmente los principios fundamentales de las legislaciones internas del trabajo”<sup>378</sup>.

Las tecnologías de la información y comunicación<sup>379</sup>, son el conjunto de herramientas, recursos tecnológicos y programas informáticos, que permiten procesar, administrar y compartir información, mediante el uso de distintos soportes tecnológicos, como computadoras, teléfonos, reproductores, televisores, etc. La inclusión de esta tecnología en las relaciones sociales, ha generado grandes cambios que facilitaron los procesos globalizantes; en el mundo moderno, la manera en cómo nos comunicamos y compartimos los seres humanos, ha variado significativamente a como era unos años atrás, siendo lo más característico de este proceso la inmediatez.

Obviamente, las relaciones laborales también se han visto afectadas por las TIC's<sup>380</sup>, siendo quizá la manifestación más notoria de esta mezcla, el **teletrabajo**<sup>381</sup>, que es entendido como una subcategoría del trabajo a distancia,

<sup>377</sup> Mirolo, René R, citado en: Bosio, Rosa Elena, “*Lineamientos Básicos Del Derecho Social- tomo 2*”, edición 1ª, Advocatus Ediciones, 2019. Pág. 1297.

<sup>378</sup> Mario de la Cueva y de la Rosa, citado en: Bosio, Rosa Elena, “*Lineamientos Básicos Del Derecho Social- tomo 2*”, edición 1ª, editorial Advocatus Ediciones, 2019. Pág. 1297.

<sup>379</sup> Pagina web: <https://www.ulatina.ac.cr/articulos/que-son-las-tic-y-para-quesirven#:~:text=Las%20llamadas%20Tecnolog%C3%ADas%20de%20la,%2C%20tel%C3%A9fonos%2C%20televisores%2C%20etc.> Visitada 01/06/23.

<sup>380</sup> TIC, Tecnología de la información y comunicación.

<sup>381</sup> Nota técnica de OIT, “*COVID-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo- Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el*

que engloba a aquellos trabajadores que realizan su labor, plena o parcialmente, en una ubicación distinta al lugar donde tiene su asiento la empresa contratante, y que para desempeñar su actividad laboral deben utilizar TIC's.

La actividad productiva de las empresas que aplican TIC's, se ha visto enormemente beneficiada en cuanto a eficiencia y agilidad se trata, pero esto no impidió que se desarrollen efectos nocivos en las esferas de derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente sobre los derechos a la intimidad y dignidad de estos. Efectos que se potencian cuando se tratan de relaciones laborales internacionales, en las que no hay un marco normativo sustantivo que se aplique.

## II. El Trabajo Remoto

**A.** ¿Qué es el teletrabajo? ¿Cómo se diferencia de las modalidades de trabajo a distancia, trabajo a domicilio y trabajo basado en el domicilio?

Antes de conceptualizar y describir de que se trata el teletrabajo, es preciso ubicarlo debidamente con relación a las otras modalidades de trabajo que son: trabajo a distancia, trabajo a domicilio y trabajo basado en el domicilio. El teletrabajo, ocupa un puesto dentro de la modalidad denominada **trabajo a distancia**<sup>382</sup>, esta es comprendida como el ejercicio de la actividad laboral fuera del domicilio de la unidad económica de la empresa contratante, pudiendo realizarla en esta.

Si bien, en los distintos países no hay una unificación conceptual acerca de qué es el teletrabajo, podemos entender que es aquel que se lleva a cabo fuera del lugar predeterminado para realizar la actividad económica de la empresa, valiéndose a tal fin de la utilización de dispositivos tecnológicos como computadoras, teléfonos celulares, etc. O sea, utilizando tecnología de información y comunicación.

El trabajo a distancia, está compuesto por otros dos subtipos. Uno, es el trabajo a domicilio, entendido como aquella modalidad en la que las tareas laborales se desempeñan en cualquier tipo de vivienda en que resida normalmente el propio trabajador; mientras que el trabajo basado en el domicilio, es la modalidad en la que el trabajador lleva a cabo sus tareas en domicilios privados, que no son el propio. La nota característica que presenta el teletrabajo y que lo diferencia de estos, es la utilización de las TIC'S como medio para mantener la interrelación de los trabajadores entre sí.

---

*domicilio*", 22/07/2020.

<sup>382</sup> Nota técnica de OIT, "COVID-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo- Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio", 22/07/2020. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--stat/documents/publication/wcms\\_758333.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--stat/documents/publication/wcms_758333.pdf)



El teletrabajo, tuvo su auge durante los tiempos de pandemia a tal punto que constituyó una modalidad que permitió amortiguar los efectos negativos de la pandemia generada por el COVID-19, en cuanto a trabajo se refiere. En efecto, tal como demuestran los estudios realizados por la OIT, casi 23 millones de personas convirtieron sus hogares en sus puestos de trabajo, haciendo uso de las ventajas que las nuevas tecnologías ofrecen para mantener la interrelación laboral activa.

### **B. ¿Qué determina que una actividad sea considerada como trabajo a distancia?**

Las subcategorías de trabajo a distancia pueden mezclarse entre sí, por ejemplo, se puede dar el supuesto de que el teletrabajo se haga en el domicilio del trabajador, o que se lleve a cabo en el domicilio de un privado. Pero lo fundamental para identificar un trabajo a distancia, es determinar cuál es el domicilio predeterminado para la actividad en cada caso concreto. El lugar o sitio de trabajo, es aquel espacio en el que se espera que el trabajador lleve a cabo sus actividades laborales para su empleador, según el puesto por este ocupado; se suele presumir que, este, es aquel donde se desempeña las actividades económicas de la empresa contratante, pero lo cierto es que no se cumple con esta regla en todo momento. Algunos trabajadores desempeñan sus labores en el domicilio del cliente que contrata a la empresa, o en espacios públicos sin un lugar permanente a esos fines. En el caso de una persona que se dedica a la venta ambulante que desempeña su labor en espacios públicos, su lugar de trabajo está dado precisamente por tales espacios. Lo mismo sucede en el supuesto de una persona que desarrolla su actividad de manera independiente, y en su propia casa, la cual es considerada a los fines de esta clasificación, como unidad económica, por lo que sería su lugar predeterminado de trabajo. Entonces, ¿Cuándo un trabajo es a distancia? Cuando sea presumible que un trabajo se pueda llevar a cabo en los locales comerciales de la empresa, pero se ejecutan por el trabajador fuera de estos.

### **C. Teletrabajo en el Ámbito Nacional**

Como consecuencia del aumento de las relaciones laborales remotas que surgieron en nuestro país, como secuela casi directa de la pandemia. Si bien es cierto que en nuestro país ya se venía implementando esta modalidad desde algún tiempo anterior, no fue hasta que el confinamiento detuvo la actividad de muchas empresas que éstas se vieron obligadas finalmente adoptar el teletrabajo como medio para continuar recibiendo la prestación laboral de sus empleados y, con ello, el desarrollo de su actividad económica.

Así fue que, en el año 2020, se sancionó la Ley 27.555<sup>383</sup> con el objeti-

<sup>383</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/341093/norma.htm>. Bs. As., 14/08/2020.

vo primordial fijar los presupuestos legales mínimos para el desarrollo de esta actividad en el territorio argentino. El contenido de esta norma, se agrega al régimen de contrato de trabajo (Ley

20744), en su Título III, creando el Art. 102 bis, dando lugar al capítulo VI, denominado “Del contrato de Teletrabajo”<sup>384</sup>.

Como principales caracteres de esta norma, se destaca que el teletrabajo es voluntario, es decir, que quien desarrolla su labor de manera presencial, tiene que optar voluntariamente variar a la modalidad remota; los trabajadores bajo esta modalidad, tendrán los mismos derechos, obligaciones y remuneración que los trabajadores que opten por la modalidad presencial. Además, es reversible, en subsidio con el carácter de voluntariedad, si el trabajador decidiese volver a la modalidad anterior puede hacerlo con el simple requerimiento a su empleador y ante la negativa de este a reestablecer la presencialidad, podrá colocarse en situación de despido indirecto, correspondiéndole toda indemnización por ley reconocida.

Los equipamientos de trabajo – software y hardware-, las herramientas de trabajo y los soportes para el cumplimiento de este, que deben ser provistos por el empleador; asumiendo no solo los gastos de instalación, mantenimiento y reparación de los mismos, sino también, aquellos gastos en los que incurra el trabajador, por los mayores gastos de conectividad y consumo de servicios.

Por otra parte, cualquier accidente que ocurra durante el cumplimiento de la jornada laboral, será considerado como accidente en los términos del régimen de la Ley de Riesgo de Trabajo, aunque no se regula concretamente en torno a las enfermedades laborales y como deben ser resueltas por lo que, en todo caso, estimo que debe acudirse a lo reglado en el Régimen de Reparación de Infortunios Laborales Ley 24557, Ley complementaria 27.348, sus modificatorias y reglamentarias.

La ley, entre otras cuestiones, regula lo pertinente a la jornada laboral, que debe estar en orden a lo reglado según la normativa vigente y determinada expresamente en el contrato de trabajo firmado por las partes. No obstante, aclara que la TIC utilizada por la empresa tiene que estar desarrollada en función de mencionada jornada, para no perturbar al trabajador fuera de ella.

En consonancia con lo anterior, el art. 5 íb. establece el derecho a la desconexión digital, que implica que la persona trabajadora tiene derecho a no ser contactada y a desconectarse de las tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los periodos de licencia.

**D. Teletrabajo internacional. Regulación nacional y su déficit. Dificultades en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.**

<sup>384</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>. Bs. As., 13/5/1976.

Con relación al tema, sobre el que se va a centrar este trabajo de investigación, el trabajo remoto o teletrabajo internacional, la ley en su Art. 17<sup>385</sup>, establece que en estos supuestos de prestaciones que se realizan a favor de empresas en el extranjero, se aplicará el derecho dispositivo del lugar donde el trabajador lleva a cabo sus tareas o donde resida formalmente, según cual sea más favorable para este.

A mi entender, dicha regulación por remisión resulta insuficiente. Pues, quedan muchas cuestiones de vital importancia sin ser tratadas por el legislador argentino. Entre ellas, se destaca lo relativo a la remuneración, pero también otras derivadas de trabajar para una empresa radicada en el exterior.

En este sentido, se debe tener presente que los trabajadores transnacionales optan por estos trabajos, muchas veces dejando de lado derechos fundamentales laborales, solo para percibir una remuneración que les permita alcanzar un nivel de vida más o menos digno o, al menos, mejor al que encuentran en la oferta laboral interna, considerando incluso los efectos perniciosos de la inflación y de la depreciación monetaria ya que estos factores influyen directamente sobre el poder adquisitivo alcanzado mediante el salario.

Es que, en la mayoría de casos, la contraprestación dineraria ofrecida por las empresas extranjeras es notablemente superior a la media en el país con la particularidad que, además, es abonada monedas extranjeras más estables; usualmente en dólares estadounidenses.

Sin embargo, ello que, en principio, resulta favorable también apareja ciertas complicaciones. Por ejemplo, tener una cuenta bancaria para operar con moneda extranjera conlleva elevados costos de mantención e impuestos, como también el pago de comisiones por las transacciones realizadas. Y, esos costos, con el actual marco jurídico vigente, son irremediablemente asumidos por el trabajador, a diferencia de lo que ocurre con las cajas de ahorro conocidas como cuentas de sueldo que son gratuitas para el trabajador formal que se desempeña para un empleador nacional o al menos con asiento y actividad radicada –inscripta a los fines tributarios y previsionales– aquí.

A lo anterior, se suman las onerosas cargas impositivas impuestas por el Estado Argentino para la operatoria con moneda extranjera, como también la brecha cambiaria originada en las restricciones nacionales y que, en definitiva, deriva en que estos trabajadores generalmente cambien su “salario” percibido

---

<sup>385</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/341093/norma.htm>. “Artículo 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones.”

por la moneda de curso legal en el mercado paralelo, pese a que estos es lo que precisamente se supone que se intenta evitar con aquellas regulaciones.

Todo esto no hace más que afectar negativamente el salario neto percibido por cada trabajador.

Otra cuestión, es el hecho de que las empresas que contratan argentinos para estas tareas, al menos la mayoría de ellas, están domiciliadas en el exterior y no cuentan con domicilios en el territorio nacional, lo que provoca serias dificultades procesales.

Si bien es factible interponer acciones judiciales en estos supuestos, no lo es menos que resulta sumamente dificultoso todo lo relativo a las notificaciones (Vgr. intercambio epistolar, notificación de demanda, etc.). Todo esto, deriva en la imposibilidad o al menos excesivamente costoso y engorroso del trabajador para reclamar sus derechos más básicos y elementales, como una remuneración estable, los correspondientes aportes al sistema previsional, el salario anual complementario, periodo de vacaciones pagos, estar bajo el resguardo de una aseguradora de riesgo de trabajo ante cualquier enfermedad o accidente de carácter laboral.

Al respecto, actualmente la ley 19.550<sup>386</sup>, en su sección XV “de las sociedades constituidas en el extranjero”, establece una serie de requisitos para que las empresas provenientes de otros países puedan llevar a cabo los actos consecuentes con el objeto social de la misma, en el territorio nacional; entre ellos, el deber de acreditar la constitución formal de la sociedad con arreglo a las leyes regulantes del país de donde provienen, constituir un domicilio dentro del territorio y cumplir con las obligaciones de publicidad y registración de nuestra ley societaria y, por último, designar un representante que este a cargo de la administración dentro del territorio argentino.

No obstante, sea por ignorancia o por inobservancia deliberada, la mayoría de las empresas que emplean trabajadores argentinos en las condiciones que se vienen analizando, en general no cumplen con estos requisitos y tampoco hay un control suficiente y eficaz de ello por parte del Estado argentino.

De todos modos, no es nítido que sea exigible el cumplimiento de esos recaudos por el tipo de actividad que tratamos. El trabajador argentino brinda un servicio desde su residencia en argentina a un cliente situado también en el extranjero, mediante la utilización de internet y otras tecnologías de comunicación e información (TIC). Entonces, ¿Es factible hablar de que la empresa lleva a cabo su actividad dentro del territorio argentino? Es muy importante determinar esto, debido a que la aplicación de los requisitos está supeditado a que la empresa cumpla su objeto social en el país.

<sup>386</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>. Bs. As. 20/03/1984.

El tipo de contrato que analizamos, es un contrato informático de tipo internacional, y ninguna de las teorías doctrinarias respecto al lugar de ejecución, considera el lugar donde reside quien lleva a cabo el servicio informático solicitado, salvo por supuesto, se trate de un trabajo autónomo y la persona actúe como proveedor, pero no es el caso del trabajador que desarrolla una actividad para una empresa, que es la proveedora. Por lo que pareciera pertinente afirmar, que el domicilio del trabajador funciona como un elemento indistinto para este tipo de contrato, por lo que, de igual manera se analiza, respecto al lugar donde cumple el objeto social la empresa extranjera.

Otro de los problemas, que muy pocos consideran de importancia, pero que hace al derecho de intimidad y desarrollo de la vida personal de cada trabajador, es la modalidad elegida por cada empleador para monitorear el efectivo cumplimiento de las tareas del trabajador a su cargo y el manejo que este hace de la información recolectada, en cuanto a su almacenamiento y tratamiento.

La información que los empleadores recaban sobre sus trabajadores y aspirantes a puestos de trabajo, no solo buscan cumplimentar con fines tendientes a lograr mayor eficacia y rentabilidad, sino que también atienden cuestiones normativas de cada país. Y, si bien el tratamiento de datos personales se debería efectuar de manera ecuánime y lícita, y solo limitarse a datos directamente vinculados con el puesto laboral, es notable destacar la dificultad que la modalidad de teletrabajo imprime en esta cuestión, debido a que la línea entre la vida personal y laboral de cada persona se encuentra altamente desdibujada. Entonces, el potencial para violentar el derecho a la intimidad de los teletrabajadores, que tienen los avances tecnológicos, genera que sea un tema en constante cambio y cuya regulación, muy necesaria.

La ley de Contrato de Trabajo, respecto a este tema, menciona dentro del capítulo VII, “De los derechos y deberes de las partes” (arts. 62 al 89), destinado a los derechos y obligaciones del empleador, que estos pueden llevar a cabo los controles pertinentes a los trabajadores, pero siempre salvaguardando la dignidad y llevados a cabo con discrecionalidad sobre la totalidad de la nómina de trabajadores, debiendo, además, ser de conocimiento para el trabajador y que la autoridad de aplicación (Ministerio de trabajo) este facultada para verificar que dichos controles no perjudiquen la dignidad de este. También, el empleador, tanto antes como durante la ejecución del contrato de trabajo, tiene prohibido realizar encuestas o averiguaciones sobre datos sensibles del trabajador, entendidos por la ley 25.326, como datos que revelan orígenes raciales y étnicos, opiniones políticas, convicciones religiosas, morales o filosóficas, y demás datos sobre salud sexual y afinidad sindical.

En la modalidad de teletrabajo, este margen de intimidad se ve aún más afectado, debido a que la modalidad que más utilizan los empleadores para

supervisar las tareas realizadas, es mediante sistemas informáticos que están instalados en las computadoras de los trabajadores, que, en numerosos casos, son de tipo personal. Estos sistemas informáticos, acceden a más datos personales de los que el trabajador tiene conocimiento, y más de los que son requeridos en virtud del puesto laboral que estos ocupan. Por Ejemplo: accesos al almacenamiento interno del dispositivo, al control de notificaciones, a las redes de internet en las que el sistema se conecta; hay sistemas aún más invasivos que ejecutan acciones en los dispositivos, como sacar prints de pantalla, bloquear otros programas o compartir en tiempo real las acciones que se ejecutan en el ordenador. El uso y trato que se le da a ese tipo de información, es de completo desconocimiento para el trabajador, y particularmente en los casos de trabajo internacional, en virtud de la distancia y la poca vinculación entre las partes de la relación laboral, hace aún más complicado tomar conocimiento sobre como se cuida y almacena esta información recolectada.

## **E. Regulación internacional.**

### **1. Normativa de la OIT.**

La Organización Internacional del trabajo, en su convenio 177 del año 1996, establece conjunto de normas que son de aplicación para las relaciones laborales a domicilio, quedando incluida dentro de esta, el teletrabajo. Comienza, definiendo que es el trabajo a domicilio “el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello”<sup>387</sup>, exceptuando a aquellas personas que gozan de un grado de autonomía y de independencia económica que fuera necesario para ser considerado como trabajador independiente.

Como mencione anteriormente, el teletrabajo es considerado como una subcategoría dentro de los tipos de trabajo a domicilio, con la particularidad de que se lleva a cabo mediante el uso y aplicación de TIC’s, que lo vuelven posible.

Si bien, lo que establece el convenio, es de carácter general y deriva en los países la regulación exhaustiva de esta modalidad de trabajo, funciona como norte para los legisladores, ya que establece principios básicos a respetarse, como el de igualdad de trato entre los trabajadores presenciales y los teletrabajadores, respecto de la remuneración y demás derechos.

En complemento con el Convenio 177 de OIT, encontramos la Reco-

<sup>387</sup> [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322).

mendación 184<sup>388</sup> del mismo año, en la que se establecen pautas relativas a cuestiones organizativas del trabajo a distancia. En efecto, se refiere a cómo debería ser el control del trabajo a domicilio, estableciendo una serie de registros que el empleador tiene que llevar a cabo como cantidad de trabajadores bajo esa condición, y que trabajo se le encomienda a cada uno. Establece un límite de edad, basado en lo establecido en cada legislación puntual.

Respecto a los derechos sindicales y de negociación colectiva, garantiza la posibilidad de los trabajadores para afiliarse a federaciones o confederaciones sindicales. En cuanto a la remuneración, establece el deber de fijar tasas salariales mínimas para el tipo de trabajo del que se trata, incluyendo en esta una compensación a favor del trabajador por los gastos en los que incurra, tanto en su labor como en el mantenimiento de los elementos laborales necesarios. Por último, relacionado a la seguridad y salud en el trabajo, establece una serie de deberes a cumplir por el empleador, tales como, informar de posibles riesgos al trabajador, garantizar elementos para el trabajo y para la prevención de accidentes.

Respecto a los problemas que el teletrabajo pueda traer aparejado, el convenio y recomendación analizados, no ahondan lo suficiente para establecer un mínimo legal para regular estas cuestiones, dejando en manos del legislador de cada país, la tarea de solucionarlos en virtud de su ordenamiento legal.

## **2. Fenómeno: nómades digitales. Derecho comparado y nacional.**

El fenómeno de los Nómades Digitales, aparece como una respuesta o consecuencia de la flexibilidad y movilidad que permite tener el teletrabajo a aquellos bajo esta modalidad. El teletrabajador, haciendo uso de las nuevas tecnologías, rompe con la barrera que impartía la oficina tradicional y lleva a cabo sus tareas laborales en lugares muy distintos a los que usualmente uno esperaría, pudiendo ser un bar, en la playa, durante un viaje, etc.

El carácter puntual de este estilo de vida o de trabajo, es que se esta en constante movimiento, el trabajador nómada, puede cumplir con su débito desde cualquier sitio donde haya una conexión a internet que le permita relacionarse con sus compañeros.

Los enormes beneficios del teletrabajo en este sentido, solo son opacados por las dificultades jurídicas que este fenómeno puede implicar. Tal como se viene sosteniendo, el teletrabajo transnacional, por sí solo, ya genera ciertas complicaciones jurídicas que afectan a los trabajadores. Ahora, ello se ve intensificado si le sumamos que el trabajador se encuentra en constante movimiento, con breves estancias en distintos países, ya que se hace aún más difícil la determinación de la normativa aplicable, dado que no existe una residencia ni un lugar de ejecución estable.

<sup>388</sup> [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R184](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R184).

Argentina, establece en la Disposición N°758/2022<sup>389</sup> de la Dirección Nacional de Migraciones, una serie de requisitos que deberán cumplir estos teletrabajadores nómades, para prestar servicio en forma remota mediante TIC's, a favor de personas jurídicas o humanas domiciliadas en el exterior. Entre ellos, deben presentar sus datos personales, un curriculum vitae con la información de su profesión y grado de estudio alcanzado, pasaporte valido y cualquier documentación probatoria de la actividad que desarrolla.

Esta normativa tiene como fin hacer posible que los migrantes que elijan el país como lugar para desempeñarse laboralmente, puedan acceder a los derechos humanos básicos inherentes por su calidad de ser humano, además de facilitar la integración no solo cultural y social, sino también económica.

Un camino similar siguió España, sancionando en 2002 la Ley de Startups<sup>390</sup>, con el objetivo de atraer el talento y capital de otros países, otorgando visas a los teletrabajadores para residir en el territorio en el lapso de 1 año como **visado**, y transcurrido este tiempo el régimen será el de **residencia**, que se extiende hasta por 5 años, además de asegurar beneficios fiscales a los nómades digitales.

Otro país latinoamericano en seguir esta tendencia, fue Uruguay, que aprobó la autorización para residir en el país por el lapso de 6 a 12 meses. El interés de los países por regular este nuevo fenómeno es visible, tanto por los beneficios macroeconómicos como microeconómicos que pudiera implicar el acceso de estos nómades, al país.

### **3. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, Acuerdos Marco Globales, Redes sindicales transnacionales, como posibles soluciones a los conflictos del teletrabajo transnacional.**

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo<sup>391</sup>, impulsado por el Consejo Europeo con el motivo de impulsar la modernización de la organización laboral en Europa, tiene el objetivo de sentar bases generales para la aplicación normativa que regula el Teletrabajo, al menos, en mencionado continente.

Si bien es cierto que las cuestiones específicas, tienen que ser tratadas particularmente por cada país que haya firmado el acuerdo, sienta una base mínima sobre la cual la normativa de cada uno va a regular el teletrabajo, beneficiando así la seguridad jurídica de los teletrabajadores en el territorio europeo. Sienta cuestiones como por ejemplo, poner en cabeza de los empleadores la protección de los datos informáticos, el respeto de la vida privada del teletrabajador, el deber de proveer del empleador todo equipamiento y soportar los gastos de ellos, y lo pertinente a la salud y seguridad del trabajador durante la jornada.

<sup>389</sup> <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-758-2002-79779/texto>.

<sup>390</sup> [https://portal.mineco.gob.es/ca-es/comunicacion/Pagines/211210\\_agenda.aspx](https://portal.mineco.gob.es/ca-es/comunicacion/Pagines/211210_agenda.aspx). Visitada 20/06/23.

<sup>391</sup> <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/teleworking.html>



Los Acuerdos Marco Globales<sup>392</sup>, son acuerdos bilaterales, negociados entre las empresas multinacionales y las Federaciones Sindicales Internacionales, que son vinculantes para las partes, y deben reconocer, al menos, las normas fundamentales establecidas por la OIT.

Lo que se busca con este tipo de acuerdo, es lograr un encuadramiento normativo que regule la actividad laboral en la empresa que suscribe, estableciendo derechos mínimos, indistintamente del país en que se desarrolle la actividad laboral. Aunque no conforma una normativa como los Convenios Colectivos de Trabajo, establece los derechos, de los cuales parten las negociaciones en cada sistema laboral donde la empresa, o empresas subsidiarias o subcontratadas tengan sedes.

Estos Acuerdos Marco Globales, además de lo antes desarrollado, establecen relaciones entre los sindicatos provenientes de los distintos lugares donde haya trabajadores vinculados a la empresa. De este modo, permiten generar redes sindicales transnacionales<sup>393</sup> que unifican los recursos y maximizan los reclamos institucionales a las empresas multinacionales.

Este tipo de instrumento y relaciones sindicales internacionales, considero que pueden ser de importancia en el futuro para regular el teletrabajo transnacional, debido que es normal que una empresa que brinda estos puestos de trabajos, tenga trabajadores repartidos en todo el mundo. La implementación de estos mecanismos, permitiría a sus trabajadores enfocar los reclamos en base a una regulación concreta y maximizar sus posibilidades de éxito en las luchas por derechos laborales desconocidos.

La segregación de los trabajadores de una empresa por el mundo y la multiplicidad de regímenes laborales, provocan un debilitamiento y la imposibilidad de estos de exigir el cumplimiento de sus derechos básicos y fundamentales; es de vital importancia unificar y agrupar para avanzar en la obtención de estos últimos.

### III. Conclusiones finales

Tras el desarrollo de qué es el teletrabajo y sus implicancias jurídicas, y como éstas, cuando se dan en el marco de relaciones laborales transnacionales, son aún más complicadas de determinar, dejan entrever la necesidad de una urgente regulación que aclare los puntos oscuros y que permita el aprovechamiento de la flexibilidad y movilidad que la modalidad teletrabajo proporciona

---

<sup>392</sup> M. Fichter, J. Sydow, M. Helfen, L. Arruda, Ö. Agtas, I. Gartenberg, J. McCallum, K. Sayim, D. Stevis, "Globalización de las relaciones laborales- ¿En buen camino con los acuerdo marco?" Fundación Friedrich Ebert, traducción: Mariano Grynszpan. Noviembre 2012. Pag 3.

<sup>393</sup> "Globalización de las relaciones laborales ¿En buen camino con los acuerdos marco?". Pag 5.

a quienes deciden desempeñarse mediante esta figura.

El teletrabajo, en este último tiempo ha avanzado a pasos agigantados, en parte debido a la implementación cuasi obligatoria por la pandemia, que azotó a todo el planeta, y otra parte, debido a los avances tecnológicos en comunicación e información, que la facilitan.

El trabajo remoto llegó para quedarse, con numerosos beneficios tanto para los trabajadores como para los empleadores, por lo que es importante que el trabajo conjunto de los legisladores, empresarios multinacionales y redes sindicales, garanticen el cabal cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, puesto que tal como fue advertido en el desarrollo de esta investigación, los trabajadores en este tipo de relaciones transnacionales son más vulnerables que aquellos que se desempeñan bajo los esquemas clásicos del empleo subordinado, atento a la poca y casi nula relación con sus empleadores y las dificultades técnicas jurídicas para hacer el debido reclamo de sus derechos laborales.

## “AU PAIR”: ¿ESTAMOS FRENTE A UNA RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA?

Por: Lara Palomeque

Tutoría: Claudia Cornejo y David Medina

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Aspectos contractuales en la formalización del “au pair”. III. Aspectos normativos – posible violación de normas de derecho argentino, convenios oit y tratados internacionales. IV. Responsabilidades cotidianas del “au pair”. V. Comparación del “au pair” con las niñeras. posible regulación normativa: convenio 189 OIT. VI. Beneficios del programa ofrecidos por las empresas intermediarias oficiales: ¿se ajustan a la verdad real? VII. Otras vicisitudes del programa. VIII. Posibles respuestas legales de derecho interno en torno a la actuación de las empresas intermediarias. IX. Conclusiones.

### I. Introducción

En el abordaje al estudio de esta modalidad de trabajo denominada “Au Pair”, daré un breve enfoque sobre su génesis (especialmente la realizada en EE.UU.), el desarrollo alcanzado en la actualidad a partir de las publicidades que en diferentes plataformas digitales que ofrecen los denominados “programas”. Luego, el rol de las empresas que intervienen en la intermediación entre los “Au Pair” y las “familias anfitrionas”, con un tiempo determinado. Teniendo en cuenta que en algunos países se puede acceder a la misma sin intermediación alguna.<sup>394</sup>

El término francés “**Au pair**” cuyo significado es “*a la par*”, “*en igualdad*”, sobre el cual no podemos afirmar con claridad, que se ajuste a la definición conceptual, y es por ello que pretendo analizar a la luz del derecho laboral Interno e internacional, las notas tipificantes que aparecen en el vínculo, las partes del au pair.

El propósito final de este trabajo es analizar el sistema normativo del programa Au Pair; determinar si se protegen los derechos laborales a la luz de la normativa de la OIT y derecho laboral interno Argentino; efectuar un

<sup>394</sup> Recuperado 1-08-23: <https://www.culturalcare.com.ar/reglamentación-del-departamento-de-estado-para-las-au-pairs>

análisis crítico respecto de posibles DHL vulnerados<sup>395</sup> y el posible grado de afectación.-

## II. Aspectos contractuales en la formalización del “Au Pair”

Me referiré sobre los requisitos necesarios para suscribirse al programa, la regulación del mismo, los derechos y las obligaciones del interesado, y también sobre la posible vulneración o incumplimiento de lo pactado, beneficios y potenciales vicisitudes.

Se trata de un programa dirigido a jóvenes que en su gran mayoría son mujeres. El trabajo realizado por hombres se lo denomina “**bro pair**”, no obstante, ello, en esta investigación voy a utilizar el término “**au pair**” para abarcar ambos géneros.

A mi entender, esta temática es de carácter complejo y preocupante, ya que los que ejercen esta ocupación quedarían sujetos a las **normas contractuales** creadas por el Departamento de Estado de Estados Unidos<sup>396</sup> y las empresas intermediarias<sup>397</sup>. Además, deben **someterse a las leyes del país anfitrión**, para el cual el Au Pair no es considerado trabajador. Es interesante la mirada de este aspecto a partir de los Convenios de la OIT y la legislación argentina, a fin de establecer si la normativa actual resulta aplicable al tema referido (ya que no hay una normativa específica sobre él), y de este modo evitar que los nacionales involucrados en estos menesteres no queden (aunque suelen quedar) en estado de indefensión.

La circunstancia de vivir en el mismo ambiente donde se trabaja puede propiciar situaciones confusas, de abusos e inequidades. Un ejemplo de ello es la línea difusa entre el trabajo y el descanso que, de no haber parámetros claros en este aspecto, se podrían generar situaciones de injusticia y de graves implicancias jurídico-legales al ser violatorias de Derechos Humanos Laborales. El programa goza de requisitos a los cuales el aspirante a Au Pair tiene que sujetarse, los que son impuestos por el Departamento de Estado de Estados Unidos, y propiciados por las empresas intermediarias. Ellos son: tener entre 18 a 26 años, con estado civil soltero y sin hijos; haber concluido la educación

<sup>395</sup> OIT Conv.155 y Conv. N° 189. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155) , [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C189](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189)

<sup>396</sup> El Congreso de Estados Unidos aprobó una legislación autorizando el programa y designando a la USIA como administrador; en 1997 el Congreso otorgaría una extensión permanente al programa que hoy sigue vigente y se modificó la regla sobre el origen de las participantes, éste se diversificaría (modificación 48, 4676), lo cual permitió a “las proveedoras de cuidado provenientes de países en desarrollo como naciones de la cuenca del Pacífico y de los vecinos de Centro y Sur América, emplearse temporalmente mientras se borraba el sistema eminentemente euro céntrico del programa” (Delaney, 1994:323).

<sup>397</sup> Recuperado de: <https://www.iapa.org/about/>

secundaria o un nivel equivalente; certificado de buena conducta; compromiso de estadía de mínimo 12 meses en el país; al menos 200 horas comprobable del cuidado de niños; licencia de conducir; tener buena salud y asistir a un curso superior de inglés o a otros a elección del “Au Pair” (los que las familias pagan aportando 500 dólares).

También, otro aspecto importante a tener en cuenta es que, para participar en esta *experiencia cultural* en Estados Unidos, es necesario hacerlo a través del *visado J-1* (visa de intercambio cultural) y el que sólo se tramita mediante una agencia local intermediaria que sea patrocinadora oficial del programa, designada por el Departamento de Estado de Estados Unidos. Es por ello que no es posible ser “Au Pair” en Estados Unidos sin que sea a través de una agencia. De lo contrario, además de constituir fraude en el visado, ello posiblemente desembocaría en multas y/o deportación, y/o negación de visado en el país a futuro.

Personalmente, veo razonable la solicitud de estas condiciones, tratándose, principalmente del cuidado de niños en hogar ajeno, sea o no en el exterior.

### **III. Aspectos normativos- Posible violación a las normas de Derecho Argentino, convenios OIT y Tratados Internacionales**

Todo programa legal del Gobierno de Estados Unidos determina las horas de trabajo, vacaciones, salario y curso de formación, los cuales deben ser garantizados por las agencias intermediarias e incluidos en el contrato entre la familia anfitriona y el “Au Pair”. A continuación, describiré sobre cada punto establecido.<sup>398</sup>

**A. Horas de trabajo:** Los “Au Pairs” deben trabajar no más de 45 horas semanales y no más de 10 horas diarias. La distribución de los horarios debe ser pactada entre él y la familia anfitriona. En este sentido, hay que destacar que este programa prioriza las necesidades de la familia anfitriona, debiéndose adaptar el horario a esa circunstancia. Esto surge de las paginas oficiales de estas empresas, y no es óbice para el respeto del derecho al tiempo libre del Au Pair.

Considero que este punto constituye una de las primeras problemáticas del programa, y es donde se consume la línea difusa que mencioné en la introducción, es decir, la que existe entre el trabajo y el descanso. Es un aspecto de difícil control y registro, debido a que el Au Pair se hospeda en el mismo lugar de trabajo.

**B. Tiempo Libre y Vacaciones:** Los “Au Pairs” tienen derecho a un día y medio libre en la semana y también a un fin de semana completo libre al mes, en caso de haber pactado trabajar los fines de semana.

<sup>398</sup> Recuperado de: <https://www.culturalcare.com.ar/se-una-au-pair/funciones-y-responsabilidades>

En cuanto a las vacaciones, las familias anfitrionas les deben garantizar y pagar dos semanas durante su estadía. En el caso de que ellas decidan llevar consigo al “Au Pair” de vacaciones, debe quedar estipulado en el contrato si ello es en carácter de trabajo o descanso, así como la distribución de tareas y horarios de trabajo.

**C. Salario:** Según la información consignada por una de las agencias oficiales y patrocinadoras del programa, y conforme a lo regulado por el Departamento de Estado, como mínimo el “Au Pair” debe recibir por semana un sueldo mínimo de \$195,75 en conformidad al salario mínimo federal. Este monto representa el “dinero de bolsillo” además de recibir hospedaje y comida. Recordemos que estoy describiendo y analizando solamente el programa de Estados Unidos, por lo que las horas de trabajo y el sueldo varían según la normativa del país anfitrión.

Uno de los temas más controvertidos es, sin duda, el salario porque fuera de lo firmado contractualmente por ambas partes, la familia anfitriona suele acordar otros montos según necesidades eventuales. Es decir, en esta modalidad laboral son muy frecuentes los *acuerdos de palabra*, los que pueden constituir tanto un beneficio o perjuicio para el “Au Pair” teniendo en cuenta su difícil comprobación. Creo que una alternativa de solución viable a estos conflictos sería la búsqueda de un equilibrio propiciado legalmente, es decir, si el “Au Pair” por diversos motivos tiene que trabajar más horas de las estipuladas, esta contingencia debería contemplarse y preverse por escrito con su correspondiente compensación. Esto facilita a lograr uno de los objetivos del programa que es el mutuo intercambio cultural y la equidad en el hogar (y agrego yo: en el trabajo). Sin embargo, es frecuente que los Au Pair trabajen horas de más y reciban la misma paga, dando lugar a abusos violatorios de Derechos Humanos Laborales.

Vinculado al salario también, es muy frecuente que las familias anfitrionas por prejuicios sociales y culturales consideren al “Au Pair” mano de obra barata y opten por participar de estos programas, con el propósito de beneficiarse económicamente eludiendo vínculos laborales más onerosos (como el trabajo de niñeras y empleados domésticos), tema de entidad al que me referiré luego.

**D. Curso de formación:** Al no ser considerado el “Au Pair” un trabajador, la visa que obtienen es de *intercambio cultural*, lo que les permite trabajar, pero sujeto a la condición de que se obtengan como mínimo 6 créditos en formación dentro de una institución americana acreditada. La familia de acogida debe contribuir a este aspecto y abonar como máximo 500 dólares. Este curso se fundamenta en el conocimiento pleno de la cultura americana y en la reciprocidad cultural.

#### **IV. Responsabilidades cotidianas del “Au Pair”**

Como ya lo he expresado, se trata de un programa en el que el “Au Pair” realiza labores relacionados con el cuidado de los niños anfitriones. Entre muchas otras, deben realizar tareas como: prepararles la comida, lavar su ropa, transportarlos al colegio y a otras actividades, ayudarlos con sus deberes, ordenar y limpiar su habitación, tareas recreativas de juegos y entretenimiento, etc. Las tareas a realizar incumben al cuidado de niños, pero es muy frecuente que la familia exija otras tareas domésticas para las cuales el programa no está diseñado.

#### **V. Análisis comparativo del “Au pair” con la función de “niñeras”, posible regulación normativa en el marco del Convenio OIT N° 189**

En este apartado describo algunas de las diferencias que considero más significativas, en materia de derechos laborales, entre el “Au Pair” y las niñeras.

El “Au Pair”, conforme al programa, tiene un máximo de horas de trabajo permitidas; es considerado un miembro más de la familia, aunque trabaje; requiere una visa temporal para su residencia como “Au Pair”; vive en el mismo lugar de trabajo; no tiene familiar a cargo, debiendo ser soltera/o y sin hijos. Mientras que las niñeras son consideradas empleadas, por consiguiente, sus horas de trabajo están determinadas conforme al contrato de trabajo y las leyes laborales de cada Estado; las niñeras extranjeras requieren un permiso de empleo; pueden retirarse del hogar una vez terminada su jornada; pueden tener hijos y/o familiar a cargo.<sup>399</sup>

Otras de las diferencias relevantes que fundamenta mi elección por la temática, es la idea de intercambio cultural como sustento del programa, y el que puede constituirse en una pantalla que habilite y encubra situaciones violatorias de Derechos Humanos Laborales. En cambio, las niñeras al ser consideradas empleadas y parte de una relación laboral, no tienen tal fundamento y gozan de mayor amparo legal.

Si bien formal y legalmente el “Au Pair” no es considerado parte de una relación laboral como si son consideradas las niñeras, esto no significa que en la práctica cotidiana aquel termine realizando tareas propias de estas últimas. En este sentido, resulta importante que sean amparados como trabajadores que les sea aplicable la legislación protectora a ese fin.

En razón de lo hasta aquí expresado, pregunto ¿Qué le garantiza al “Au

<sup>399</sup> Recuperado de: <https://www.aupairworld.com/es/glosario/diferencia-ninera-au-pair#:~:text=%C2%BFCu%C3%A1l%20es%20la%20diferencia%20entre%20un%20au%20pair%20y%20una%20ni%C3%B1era%3F&text=Una%20ni%C3%B1era%20cuida%20a%20los,familia%20y%20reciben%20una%20paga.>

pair” que al realizar su trabajo este sea valorado como tal, y que no sea víctima de utilización de mano de obra barata?

En esta línea de análisis surge otro interrogante, el que puede ser una solución a varias de las problemáticas del programa: ¿Es aplicable para los “Au Pair” la regulación del convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos? En este sentido, y siguiendo al artículo 1 de dicho convenio, en él se define al trabajo doméstico como aquel realizado en un hogar para dicho fin.<sup>400</sup> Considero que muchas veces -e inevitablemente- los “Au Pair” se someten a esa tarea, por lo que se encuadraría conceptualmente a esa categoría. Pero también, dicho artículo establece que no se considera trabajador doméstico al que sea realizado de forma ocasional u esporádica debido a que ello no es considerado una ocupación profesional. Sin embargo, considerando el preámbulo y los fundamentos del convenio analizado, se infiere que el trabajo doméstico es el que mayormente desempeñan las mujeres migrantes, que muchas veces son sometidas a condiciones de empleo y de trabajo indignas. A mi juicio esta normativa de la OIT puede suplir los vacíos legales existentes para esta modalidad laboral. Además, en los Derechos Humanos Laborales rigen principios que fundamentan tal calidad, uno de ellos es el *principio pro homine*. Este, en materia de Derechos Humanos, *obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las normas que los limitan o restringen*.<sup>401</sup>

## VI. Beneficios del programa promocionados por las empresas intermediarias: ¿Se ajusta a la verdad real?

Las páginas web oficiales de dichas empresas intermediarias, muchas veces avaladas por “Au Pair” simpatizantes que contrataron con las mimas, promocionan un conjunto de ventajas y propuestas atractivas para seducir a potenciales interesados. Poniendo énfasis en publicar los beneficios del intercambio cultural, el crecimiento personal y la oportunidad de viajar y conocer el país. Pero también se mencionan otros, que me resultan controvertidos. Ellos son:<sup>402</sup>

**A. Asistencia global de la empresa intermediaria:** Esta asistencia comprende las fases de entrenamiento, preparación, solicitud del proceso de visado, y evaluación y asignación de la familia anfitriona; pero también abarca el transcurso de la experiencia del “Au Pair” estando en el país de acogida. Generalmente, sobre esta última es donde se presentan las deficiencias del programa, es

<sup>400</sup> OIT, recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100\\_ILO\\_CODE:C189](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_ILO_CODE:C189)

<sup>401</sup> ZLATA, Drnas de Clément, *La complejidad del principio pro homine*, JA 2015, Buenos Aires, 2015, p.101.

<sup>402</sup> Recuperado de: <https://www.culturalcare.com.ar/se-una-au-pair/beneficios-y-sueldo>



decir, cuando el aspirante ya abonó el servicio del programa, y no en la etapa previa a contratar. En dicho trayecto, la empresa promete la asistencia las 24 horas del día, sin embargo, no en todas las ocasiones esto se cumple.

En relación a ello, es posible encontrar en algunos sitios web de reseñas y opiniones online de servicios -así como en algunos testimonios- varias críticas y lamentos sobre este punto, como: reclamos sobre la carencia de acompañamiento de la empresa mediante las *Local Childcare Consultant*, que constituyen uno de los recursos de apoyo para la estadía de los “Au Pairs” en el extranjero. Esta ayuda es útil y necesaria tanto para conservar las emociones propias de vivir en el extranjero y en hogar ajeno, en el que hablan en distinto idioma y poseen una cultura diferente, como para el proceso de *Rematch* que puede darse cuando “el Au Pair” -por motivos diversos- está en proceso de cambio de familia de acogida (a pedido de él mismo o de la familia anfitriona).

Es lamentable la falta de sostén psicológico y legal de estas empresas que recaudan dinero por brindar un servicio que incluye “asistencia global”, cuando ello escapa de la realidad, dejando en desamparo a estos sujetos migrantes.

**B. Alojamiento y pensión completa:** El programa tiene como característica esencial el ser un intercambio de servicios: mientras que la familia anfitriona hospeda al “Au pair” en su hogar y le brinda una habitación privada, este realiza su trabajo y por ello se le paga un salario, lo cual, en mi opinión, no debería ser considerado un beneficio.

**C. Vacaciones:** De toda modalidad laboral surge el derecho a las vacaciones pagas, por eso mismo no lo considero un beneficio. Aunque en relación a este punto, es aceptable que el beneficio se observe como posibilidad de viajar y recorrer Estados Unidos siendo remunerados en ello. Es muy frecuente que participen de este programa personas ciudadanos latinoamericanos, ya que constituye una de las formas más baratas de viajar al exterior.

**D. Cobertura de seguro médico:** Según la empresa Cultural Care (una de las intermediarias y patrocinadoras oficiales del programa), los Au Pair tiene acceso a la red de profesionales Aetna sin tener que pagar un co-seguro por el/los tratamiento/s médico/s. Sin embargo, el beneficio se desfigura cuando exigen pagar un “deducible” de 35 dólares en el caso de un tratamiento incluido en la cobertura<sup>403</sup>, lo cual es confuso y no claro.

**E. Oportunidades educativas:** Este punto a primera vista se presenta como un beneficio, pero en realidad constituye una exigencia de visado para el “Au Pair”, al no ser considerado trabajador. Ello constituye una clara contradicción.

---

<sup>403</sup> Recuperado de: <https://www.culturalcare.com.ar/seguro-medico-au-pair>

## VII. Otras vicisitudes del programa

Es un programa al que se accede voluntariamente (tanto por el “Au Pair” como por la familia anfitriona), y en el que ambas partes pagan para su ingreso. El primero participa con los objetivos múltiples de ir al exterior a trabajar, ahorrar, descubrir destinos nuevos en el extranjero, conocer personas, mejorar el idioma, etc. En mi parecer, dicho conjunto de motivaciones favorece el intercambio cultural, pero también propicia situaciones irregulares (específicamente hablando de derechos laborales). Muchas familias receptoras ven en este programa la oportunidad de conseguir mano de obra barata y evadir las leyes laborales locales e internacionales. Es frecuente este tipo de contratación porque resulta menos onerosa que contratar a una niñera y/o empleada doméstica, aun teniendo que pagar los servicios de la agencia, al “Au Pair” por su trabajo realizado, e incluso los cursos de formación del mismo.

En cuanto a la duración del visado, este exige como mínimo una estadía de 12 meses, el que luego el “Au Pair” puede prolongar por 6, 9 o 12 meses más.<sup>404</sup>

Cabe destacar también, que el “Au Pair” tiene otros gastos adicionales al programa.<sup>405</sup> Ellos son: la tasa del visado, el certificado de antecedentes penales y la Licencia de Conducir Internacional. Es decir, se trata para él de un desembolso de dinero importante, el que luego habrá que ponderar si es rentable para lo que recibe como contraprestación por su trabajo. Por estos motivos, opino que el “Au Pair” tiene una posición contractual precaria y vulnerable.

## VIII. Posibles respuestas legales en torno a la actuación de las empresas intermediarias

Por todo lo expuesto, creo que se pueden señalar algunas de las deficiencias del programa elaborado por el Departamento de Estado del país y brindado por estas empresas, lo cual no es una cuestión menor. Sobre todo, se trata de una cuestión relevante en torno a posibles vulneraciones de Derechos Humanos Laborales en las que se puede incurrir sin que sea considerada formalmente como relación laboral. A modo de ejemplo; el tiempo de trabajo<sup>406</sup>,

<sup>404</sup> Recuperado de: <https://www.culturalcare.com.ar/convertite-en-au-pair/preguntas-frecuentes>

<sup>405</sup> Recuperado de: <https://www.culturalcare.com.ar/convertite-en-au-pair/programa-costos-tarifas>

<sup>406</sup>. Como sabemos involucra una de las preocupaciones más antiguas de la legislación del trabajo ha sido la regulación sobre jornada de trabajo. Ya a principios del siglo XIX, se reconocía que trabajar demasiadas horas constituía un peligro para la salud de los trabajadores y sus familias. El primer convenio de la OIT, adoptado en 1919, limitaba las horas de trabajo. Actualmente, las normas de la OIT sobre el tiempo de trabajo confieren el marco para la regulación de las horas de trabajo, de los períodos de descanso semanales, y de las vacaciones anuales con goce de sueldo, del trabajo nocturno y del trabajo a tiempo parcial. Estos instrumentos garantizan una elevada productividad, al tiempo que se protege la

otro elemento esencial constitutivo lo conforma el salario digno<sup>407</sup>, condiciones de trabajo<sup>408</sup> en el marco del concepto de trabajo decente, que involucra la seguridad y salud de los trabajadores<sup>409</sup>, entre tantos otros.

Ahora bien, considerando que las empresas intermediarias son las que hacen factible el vínculo contractual-laboral entre las partes interesadas, surge el siguiente interrogante: ¿Pueden acaso las entidades incurrir en *fraude laboral*?

De configurarse esta figura legal y a efectos de dirimir el conflicto, es importante analizar la legislación argentina con el propósito de hallar posibles alternativas de solución.

Muchas veces en las relaciones de trabajo se suele colocar figuras no laborales simuladas<sup>410</sup> para exonerar o disminuir la responsabilidad del empleador. Opino que el vínculo “Au Pair” – familia de acogida, puede encuadrarse dentro de uno de los supuestos jurídicos de fraude laboral del artículo 14 de la Ley de Contrato de trabajo. Precisamente, el que solicita que las partes *aparenten normas contractuales no laborales*. En este caso, se trata de una práctica ocultista<sup>411</sup> bajo la apariencia de aporte cultural, vivencias únicas en el exterior y beneficios afines, siendo los únicos beneficiarios de esta actividad las empresas intermediarias y los anfitriones receptores.

---

salud física y mental de los trabajadores. Las normas sobre el trabajo a tiempo parcial se han convertido en instrumentos de creciente importancia para tratar cuestiones tales como la creación de empleo y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. OIT, Organización Internacional del Trabajo Recuperado de: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--es/index.htm#:~:text=Estos%20instrumentos%20establecen%20el%20principio,de%2040%20horas%20de%20trabajo.&text=En%20estos%20convenios%20se%20establece,horas%20consecutivas%20cada%20siete%20d%C3%ADas>.

<sup>407</sup> El trabajo decente es un concepto desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo para establecer las características que debe reunir una relación laboral acorde con los estándares internacionales, de manera que el trabajo se realice en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. La OIT ofrece apoyo a través de los Programas de Trabajo Decente por País, implementados en colaboración con sus mandantes: gobiernos, organizaciones de trabajadores y de empleadores. OIT. Recuperado de: [https://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/WCMS\\_224513/lang--es/index.htm#:~:text=El%20trabajo%20decente%20es%20un,igualdad%20C%20seguridad%20y%20dignidad%20humana](https://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/WCMS_224513/lang--es/index.htm#:~:text=El%20trabajo%20decente%20es%20un,igualdad%20C%20seguridad%20y%20dignidad%20humana).

<sup>408</sup> La Constitución de la OIT establece: «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones (...)». Esta oración pone de relieve la importancia crítica de establecer condiciones humanitarias de trabajo para construir sociedades sostenibles y pacíficas. Las personas aspiran a tener no solo un empleo, sino un buen empleo (...). Las condiciones de trabajo cubren una amplia gama de temas y cuestiones, desde las horas de trabajo (tiempo trabajado, periodos de descanso y horarios de trabajo) hasta la remuneración, como también las condiciones físicas y las demandas mentales que se imponen en el lugar de trabajo. OIT, recuperado de: <https://www.ilo.org/global/topics/dw4sd/themes/working-conditions/lang--es/index.htm>

<sup>409</sup> OIT, cit N. ° 155.

<sup>410</sup> ARESE, César, “Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, Volumen 6, núm. 2, abril, junio de 2018, @ 2018 ADAPT University Press, ISSN 2282, 2313, p. 165.

<sup>411</sup> Ob cit. ARESE, César, p.2.

Asimismo, la ley mencionada en su artículo 14 sanciona la figura a través de la nulidad. Juzgo viable esta posible solución del régimen argentino para la controversia planteada.

Siguiendo con la búsqueda de normativa que proteja al “Au Pair” en relación al accionar de las empresas, el Convenio 181 de la OIT<sup>412</sup> sobre las agencias de empleo privadas, si bien no es ratificado por Argentina ni por Estados Unidos -lo cual no es relevante para el presente trabajo- me parece importante su nombramiento. Tanto en su artículo 8, como en el 11 y 12 establecen que cada miembro parte del convenio deberá; a) adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores migrantes reclutados por agencias de empleo privadas gocen de protección adecuada en materia de salarios mínimos, horas y condiciones de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, entre otras y que impidan que sean objetos de abuso, b) determinar y atribuir las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas.

Entiendo de que, en caso que dicho convenio sea ratificado por nuestro país, su contenido normativo, se constituiría como una herramienta jurídica sólida en pos de la protección laboral esperada.

También, se puede indagar en respuestas alternativas contenidas en la Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales de 1977 (EMN)<sup>413</sup>, la misma sostiene como propósito facilitar la divulgación y el entendimiento de la agenda de Trabajo Decente en el sector privado, constituyéndose como guía de conducta empresarial responsable (CER) para lograr cadenas de suministro inclusivas, sostenibles y responsables, especialmente en lo que respecta a Derechos Humanos. Entre otras cosas instruye sobre el salario, las prestaciones y condiciones de trabajo, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, etc. Si bien al ser una declaración no es vinculante, *“es universalmente aplicable a todos los Estados miembros de la OIT y a todas las empresas”*.<sup>414</sup>

Por último, y no menos importante, es dable destacar otro conjunto de normas de carácter universal, específicamente lo establecido en el art. 7 del *“Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales”*<sup>415</sup>. En sus incisos se contemplan derechos laborales como condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, salario equitativo e igualdad remunerativa, cobertura de seguridad e higiene, descanso, vacaciones pagas etc., Considero que esta normativa

<sup>412</sup> OIT, recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C181](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C181)

<sup>413</sup> OIT, recuperado de: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_547618/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_547618/lang-es/index.htm)

<sup>414</sup> OIT, recuperado; La Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales: ¿En qué beneficia a los trabajadores? (ACTRAV), Ginebra, 2017, p.7.

<sup>415</sup> ONU, recuperado: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

también puede ser aplicable para dar respuesta al conflicto que involucra esos derechos, los que suelen ser vulnerados por ambos sujetos que contratan al “Au Pair”

## **IX. Conclusiones**

Para finalizar el presente trabajo, considero que es fundamental no ignorar que, si bien es un programa al que se accede voluntariamente y en general, por personas de clase media que pueden costearlo, bajo esta afirmación no se puede negar que se trata de una relación laboral aparente. De esta forma, el “Au Pair” queda desamparado de toda normativa laboral, vulnerándose sus Derechos Humanos Laborales que ostenta por ser tal.

A mi modo de ver, pueden encontrarse respuestas legales que el sistema jurídico interno e internacional, que habilitan a petitionar el amparo de la debida tutela judicial, bajo el sistema normativo de los derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo, solo falta calificar la relación como tal y establecer las responsabilidades ante el incumplimiento de las empresas que se constituyen al margen de las normas referidas.

Mi percepción sobre este tema es un tanto pesimista porque creo que estos programas culturales así planteados, constituyen estrategias diseñadas y planificadas al solo efecto de evadir legislaciones locales y beneficiar a espurios intereses particulares. Desde este cuestionamiento considero que el programa es negativo por encubrir una relación laboral desdibujada e informal que deja en desventaja al “Au Pair”.

En tanto la comunidad nacional e internacional no legisle eficazmente esta realidad, habrá margen para la ilegalidad vulnerabilidad en el desempeño del trabajo del “Au Pair”.



INVESTIGACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS  
LABORALES-DERECHO INTERNACIONAL  
DEL TRABAJO 2022

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL  
COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TODOS LOS  
TRABAJADORES Y TRABAJADORAS

Por: Jeremias Jair Brito.  
Tutoría: Jaquelina Cabutto

**SUMARIO.** I. Introducción II. Antecedentes y regulación Internacional III. ¿Qué es el derecho a la desconexión digital? A. Conceptualización B. Consideraciones C. Caracterización jurídica del derecho a la desconexión digital. D. Regulación normativa en Argentina. IV. Análisis del derecho a la desconexión digital en la ley N° 27.555 y su decreto reglamenta 27/2021 IV. Conclusión.

### I. Introducción

El tema central abordado en el presente, como derecho a la desconexión digital laboral, el cual debe ser respetado y ejercido en “cabeza” de los trabajadores y las trabajadoras, aunque deberíamos preguntarnos si estamos frente a un derecho incuestionable, íntimamente relacionado y equiparable a los derechos consagrados en normas internas e internacionales de larga vigencia. Tal como, el derecho al descanso, derecho a la salud y jornada laboral, o como un nuevo derecho laboral que requiere de mayores contenidos conceptuales y adecuación a las nuevas realidades. Las interpretaciones y argumentos en ese sentido nos ofrecen diferentes posturas, las que constituyen objeto de análisis en el presente, aunque sin perjuicio de ello entiendo que, no caben dudas que estamos frente a un “*derecho fundamental*”.

Hoy en día estamos expuestos a un proceso de hiperconectividad constante, principalmente con el uso masivo de celulares con acceso plataformas digitales, como también el aumento de actividades basadas en plataformas tecnológicas, lo cual implica estar conectado en cualquier lugar y en cualquier

momento, esto genera sus consecuencias negativas en la vida de las personas ya que se suele recibir información no deseada, llamadas intempestivas, sobrecarga de trabajo con un consiguiente incremento de los niveles de estrés, también la superposición entre el trabajo y la vida personal .

La discusión sobre el alcance y la importancia del derecho a la desconexión digital laboral se intensificó con varios acontecimientos que sucedieron en los últimos años. Por un lado, tenemos la crisis sanitaria de Covid-19 a partir de la cual no solo ha cambiado las modalidades de trabajar sino también la de vivir, además la restricción de movimientos, con las llamadas “cuarentenas” que ha hecho que muchas personas tengan que trabajar a distancia desde sus hogares, por medio del hoy ya regulado Teletrabajo por la Ley N° 27.555. Otra cuestión más, es el avance tecnológico, y las nuevas formas de estar conectado a través del correo electrónico y/o los teléfonos los cuales han hecho que el comienzo y el final de la jornada laboral sean, hoy en día, más difusos que nunca, que nos hacen estar conectados constantemente por más que no estemos en horario laboral, en la gran mayoría de las actividades y modalidades de trabajo, por lo que debería aplicar dicha norma, también al kiosquero, al oficinista, al obrero, a todo tipo de trabajador y trabajadora. Ello sin soslayar que el contexto que viene propiciando las realidades descriptas, encuentra sustento en un proceso de la globalización, cuyo principal efecto es desdibujar la jornada entre un país y otro de distintos usos horarios y jornadas.

Considero oportuno aclarar que, sin perjuicio de las distintas posiciones doctrinarias que existen, adhiero a la postura asumida por Sofia Scasserra<sup>416</sup>, que no es solo aplicable a las personas que trabajan bajo la modalidad del Teletrabajo, sino que, el derecho a la desconexión digital, es de todos los trabajadores y las trabajadoras, más allá de que tele trabajen o no, bajo cualquier régimen jurídico laboral, en toda clase de empresas y afecta a todos, independientemente de la edad, género.

## II. Antecedentes y regulación internacional

El primer antecedente del derecho a desconexión lo tenemos en Francia en el año 2001 por medio de una sentencia del Tribunal Supremo de Francia de 2001<sup>417</sup> que establecía que “el empleado no está obligado a aceptar trabajar en casa ni a llevar consigo sus expedientes ni sus herramientas de trabajo”, y en una decisión de 2004<sup>418</sup> del mismo tribunal en la que dejaba en claro que no se

<sup>416</sup> SCASSERRA Sofi, “Derecho a la desconexión”, recuperado; [www.telam.com.ar](http://www.telam.com.ar) (15-08-2020 | 08:09)

<sup>417</sup> Recuperado: [Cour de Cassation, Chambre sociale, du 2 octobre 2001, 99-42.942, Publié au bulletin - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](http://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007473856/)

<sup>418</sup> Recuperado: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007473856/>



puede recriminar a un empleado o empleada por no estar localizable fuera del horario de trabajo. Luego de varios años, se lo reguló en el Código del Trabajo francés y obtuvo así su primer reconocimiento legislativo de la mano de la ley de reforma laboral n° 1088<sup>419</sup>, del 8 de agosto de 2016, conocida como “ ley El Khomri ” por el apellido de quien era ministra de trabajo al momento de enviarse el anteproyecto normativo al parlamento.

La aparición del derecho a la desconexión en la legislación de Francia generó un efecto expansivo en los estudios de la doctrina jurídica de ese país y de otros, fundamentalmente de Europa, en los que comenzó a plantearse la posibilidad de incorporar también al instituto en su legislación.

En Alemania, existe un antecedente importante con un abordaje diferente: allí se optó por un enfoque no jurídico de la temática, orientado a fomentar las deliberaciones en torno al derecho a desconexión en los ámbitos de las negociaciones colectivas por empresa. Compañías como Volkswagen, Allianz y Daimler, fueron las primeras en tener estos acuerdos que garantizan el derecho a desconexión desde el año 2011 en adelante. En la primera de las nombradas, se instrumentó a través de una enmienda que se hizo al Convenio Colectivo de Trabajo, de manera conjunta con el sindicato de esa actividad, cuyo objetivo fue la prohibición hacia los servidores informáticos de BlackBerry, de enviar correos electrónicos entre las 18:00 y las 07:00-enviados de modo remoto y programado-sin tener en cuenta la división de franjas horarias alrededor del planeta en los que operan las referidas empresas, en la segunda empresa “Allianz”, celebró su convenio colectivo de trabajo, incluyendo como norma que los correos electrónicos en los fin de semanas y vacaciones no debían ser respondidos. También, el caso “Daimler”, que implementó la política del “correo de vacaciones” es decir vedar los correos electrónicos en vacaciones.

Entonces, podríamos afirmar que existen dos modelos en el derecho comparado: por un lado, el derecho francés, basado en el reconocimiento expreso del derecho a la desconexión de naturaleza sustantiva, y por otro lado el alemán, construido sobre los pilares de mecanismos de autorregulación por medio de la negociación colectiva entre empresarios y sindicatos. En la actualidad se encuentran normas regulatorias del derecho a la desconexión en países europeos como España, Bélgica, y si miramos hacia Latinoamérica, encontramos normas regulatorias en países como Chile y Argentina.

En el marco del Derecho Internacional, podemos encontrar normas protectorias que introducen en su paraguas normativo, aspectos que consideramos violaciones a derechos fundamentales amparados precisamente por el Convenio 190 de la OIT<sup>420</sup>, en base a una perspectiva relevante introducida

<sup>419</sup> Recuperado: [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/)

<sup>420</sup> Recuperado: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:>

por Oscar Benítez, quien nos interpela acerca de la hiperconectividad como acto de violencia laboral<sup>421</sup>

### III. ¿Qué es el derecho a la desconexión digital?

#### A. Conceptualización

Este es un Derecho fundamental que está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales como la jornada laboral, derecho al descanso diario, semanal y anual, y derecho a la salud. La propia naturaleza del derecho a la desconexión digital tiene el objetivo de garantizar que el trabajador no sufra injerencias en su derecho al descanso mediante dispositivos digitales, que el trabajador pueda disfrutar de su intimidad personal y familiar, también tiene como objetivo preservar la salud física, mental y emocional con el fin de que generen balance entre su vida personal y laboral preservando la dignidad del trabajador.

El derecho a la desconexión digital; algunos autores lo entienden como derecho a “no responder” fuera del horario de la jornada laboral, ya sea por mensajes de texto, correos electrónicos o uso de redes sociales, sin importar si este cuenta con dispositivos electrónicos relacionados al trabajo. Pero a mi entender, también siguiendo a Scasserra<sup>422</sup> no solo es ello, sino que además, es el derecho a no recibir ningún tipo de mensaje laboral, por ningún medio, ya sea en el descanso diario o anual, y además no sufrir ningún tipo de represalia por no responder, por leer el mensaje, o por no abrirlo.

Azócar Simonet<sup>423</sup> define a este derecho como “el derecho que tienen todos los trabajadores en sus períodos de descanso a desconectarse de los asuntos laborales, a no ser instado a trabajar o ser requerido por cualquier medio, especialmente digitales o electrónicos, ni ser obligados a contestarlos, no pudiendo sufrir represalias de ningún tipo”; una definición que considero completa desde mi punto de vista.

#### B. Consideraciones.

En “Trabajo Decente: derecho a la desconexión” de Andrea Franconi y Oscar Benítez<sup>424</sup>, se refieren a un estereotipo de trabajador cuya caracterización

---

:P12100\_ILO\_CODE:C190

<sup>421</sup> BENÍTEZ, Oscar, “La Covid-19 y las relaciones de trabajo, hora del derecho a la desconexión”, Revista Derecho Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2021- 1, Pág. 386

<sup>422</sup> SCASSERRA Sofia: “Derecho a la desconexión.”. disponible en [www.telam.com.ar](http://www.telam.com.ar) (15-08-2020 | 08:09)

<sup>423</sup> AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo. Análisis sobre la perspectiva chilena”, ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas, Montevideo, 2018, disponible en [www.Jovenesjuristas.net](http://www.Jovenesjuristas.net).

<sup>424</sup> FRANCONI Andrea y BENITEZ Oscar: “Trabajo Decente: derecho a la desconexión” [www.youtube.com/watch?v=ZzIXXO9AqEs&ct=5516s](http://www.youtube.com/watch?v=ZzIXXO9AqEs&ct=5516s)

se centra en ser proactivo, aquel que no dice que no a nada, que está disponible siempre que se le requiere algo, que está haciendo todo el tiempo cosas, en fin que no para. Dicen que esto es un patrón de un mandato cultural. Y que, como consecuencia de ello las personas que trabajan, se sienten compelidas a cumplir con lo nombrado anteriormente, mientras que los empleadores buscan contratar este tipo de trabajadores ; Afirman que existe un entramado de prácticas sociales, de costumbres, de hábitos que generan una violencia sistémica que hace que tengamos que cumplir mandatos, que van más allá de nuestros compromisos contractuales, entonces esto nos genera que no podamos dejar supeditado a la voluntad de la persona que trabaja si responde o no un mensaje de whatsapp o un mail. Todo esto atenta de manera manifiesta contra la vigencia, contra la eficacia e implementación del derecho a la desconexión. La sensación de responder el mail al instante de que llega, de no clavar visto en mensajes de WhatsApp, es todo el tiempo estar pendiente a eso.

Es muy importante pensarlo desde la perspectiva de los derechos fundamentales sobre todo porque tenemos que pensar que esa interacción forzada a la cual nos impulsa esta conexión constante, afecta un derecho fundamental que es el derecho al tiempo libre y al descanso. En el que se detecta una sutileza en el método persistente dirigido a atentar contra la salud de los trabajadores, y al derecho a la jornada laboral limitada, tanto como el derecho al descanso constitutivos de derechos fundamentales. En el entendimiento que, cuando el trabajador recibe un mensaje emitido por la empleadora, aunque no constituya una tradicional extensión de la jornada y no exista una plausible afección a la salud, el derecho al descanso si está siendo afectado, entonces allí es donde entra en juego la necesidad de su regulación estableciendo pautas precisas, en el debido respeto y control efectivo del derecho a la desconexión digital.

### **C. Caracterización jurídica del derecho a la desconexión.**

Siguiendo a Héctor Omar García<sup>425</sup>, expondré algunas cuestiones sobre la caracterización jurídica que él mismo propone, sobre el derecho a la desconexión, conceptualizándolo como una atribución del trabajador diferenciada, aunque derivada, de los derechos al descanso y al respeto de la privacidad de este. Señala como primera característica de este derecho, que consiste en un derecho de titularidad del trabajador, que por tanto este puede ejercer unilateralmente durante todo el tiempo en que no se encuentre obligado a estar a disposición del empleador para prestar servicios, lo cual incluye no sólo los períodos de descanso sino también cualquier otro que se encuentre fuera del alcance del poder de dirección del patrono, como los de convalecencia o goce

<sup>425</sup> GARCIA Héctor Omar, “Derecho a la desconexión digital: examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”, Recuperado: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_juridica/rjba-i-2021.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-i-2021.pdf)

de licencias especiales, (por estudios, por nacimiento de un hijo o fallecimiento de un familiar, etc.), descanso diarios, semanales y anual.

Asimismo pone de resalto la esencial hibridez estructural del nuevo derecho, no solo en su concepción teórica sino también en la plasmación normativa verificada hasta el momento en contados ordenamientos, en tanto se ha edificado sobre la base de reglas jurídicas generales y omnipresentes en el contrato de trabajo (como los principios o reglas de buena fe y de indemnidad) y, sobre todo, de los derechos específicos laborales del trabajador al descanso, a negarse a prestar servicios en horas suplementarias y a la protección de su salud en el trabajo, además del derecho al respeto de su privacidad.

Además, agrega que, su ejercicio no es ilimitado ni absoluto. El ejercicio del derecho a desconectarse está sujeto a excepciones, las cuales pueden estar ligadas al acontecimiento de ciertas causas, como emergencias o situaciones extraordinarias de fuerza mayor, que activen la exigencia al trabajador de comportamientos compatibles con las reglas de buena fe contractual, de no dañar y de colaboración, diligencia y solidaridad. Con respecto a esto último de que dicho derecho debe estar sujeto a excepciones considero que hay que tener mucho cuidado al momento de regular dichas excepciones o darle validez debido a que está en juego algo que es fundamental como el derecho al descanso y ni que hablar los otros derechos que entran en juego. Luego continuaré con ello.

#### **D. Regulación normativa en Argentina**

Para hablar de este derecho a la desconexión digital es necesario relacionarlo previamente, con los derechos con los cuales está vinculado que he nombrado anteriormente: En primer término, comencare con jornada de trabajo, la cual hoy se encuentra regulado en la República Argentina en el artículo 196 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo, también la tenemos regulada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y en la Ley de Jornada de Trabajo, ley 11.544 dictada en 1929 (esta ley posee 13 artículos). Además, tenemos regulado en distintas fuentes de carácter internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño y Convenios de la OIT entre los cuales se puede destacar al N° 1 del año 1919 y el N° 30 del año 1930 de la OIT, ratificados por Argentina.

Por otro lado, tenemos regulado el derecho al descanso, instituto íntimamente relacionado tanto con la jornada laboral como con este derecho a la desconexión digital en el artículo 204 de la Ley de Contrato de Trabajo está regulado el descanso hebdomadario, también desde el art 150 al art. 155 se encuentra previsto el descanso anual como vacaciones pagas, todo bajo el paraguas normativo protectorio contenido en la Constitución Nacional (Art. 14

bis). El descanso en la legislación laboral Argentina, prevé distintos supuestos, tal el descanso dentro de la jornada, el descanso entre jornadas, el descanso semanal y el descanso anual; la desconexión digital intentará garantizar el respeto principalmente al descanso.

Ingresando en la norma específica contenida en la Ley de Contrato de Trabajo, vinculada al derecho a la desconexión digital, la cual fue acogida recientemente, en el contexto de una pandemia que azotó no solo a nuestro país en el año 2020- COVID-19-, sino a todo el mundo, acelerando un proceso de transformación tecnológica en el marco de la necesidad de trabajar desde los respectivos domicilios y de manera remota, ese avance de la tecnología, el proceso de hiperconectividad, sumado a la necesidad de que esto tenga una regulación normativa, dio impulso a la iniciativa legislativa que luego sancionó la Ley N° 27.555<sup>426</sup> por medio de la cual se creó el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo -Art.102 bis ley 20744- que comenzó a regir a partir del 1 de abril del 2021 -Resol-2021-54-APN-MT- cuyo texto se transcribe ,... “Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”, a continuación ingresaremos en el análisis específico de la norma que refiere a derecho en cuestión, que conforma el objeto del presente trabajo.

#### **IV. Análisis del derecho a la desconexión digital en ley N° 27.555 y su decreto reglamentario 27/2021**

Pondremos de resalto que la norma contenida en el artículo 5 de la ley 27555, resulta bastante escueta, ya que solo refiere al derecho a “no ser contactada y a desconectarse” “fuera de su jornada y durante los períodos de licencias”, sin proveer de herramientas jurídicas que habiliten al trabajador a compeler al empleador al efectivo cumplimiento de los mismos derechos que consagra en su texto, el que reza, “Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho”<sup>427</sup>

Esta es la primera norma jurídica positiva en regular el derecho a la desconexión digital de manera expresa en nuestro país. Si observamos dicha

<sup>426</sup> Recuperado: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=341093>

<sup>427</sup> Recuperado: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-27-2021-346325/texto>

norma se puede ver que su ámbito de aplicación es para los trabajadores que realicen labores bajo esta modalidad de teletrabajo, es decir aquellos que no están ejecutando obras, actos o prestando servicios en el establecimiento del empleador, razón por la cual considero que más allá que se encuentre regulado para estos únicos supuestos, debería aplicar también al kiosquero, al oficinista, al obrero, a todo tipo de trabajador y trabajadora<sup>428</sup>, como lo he mencionado en dicha monografía.

Luego la norma nos habla de que se tendrá derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos digitales fuera de su jornada laboral y durante los períodos de descanso diarios, semanales, licencia, como vacaciones, licencias por enfermedad, por estudio, etc. Considero que sin perjuicio del avance en la tutela de la tele trabajadores y tele trabajadora, la norma merece ser completada a fin de lograr una eficaz garantía del derecho a la jornada laboral limitada, el derecho a los descansos, el derecho a la salud y al respeto de la vida privada de los trabajadores en su relación íntima con el derecho a la desconexión digital.

Y, por último, establece que no podrá ser sancionado el trabajador por ejercer este derecho a no responder, algo que considero un sinsentido, en razón que jamás podría prosperar una sanción sobre un acto permitido al trabajador. Sin perjuicio de la mencionada observación, y atendiendo a la realidad concreta que se detecta en la conducta de algunos empleadores, cabe la pregunta, a pesar de la prohibición de sancionar que pesa sobre el empleador, éste pueda concretar otras medidas equiparables a una sanción, como por ejemplo, influencia negativa en la decisión de otorgar un ascenso al trabajador o una consideración distinta de parte del empleador<sup>429</sup>, más allá que esto no sea una sanción si podría ser perjudicial para el trabajador y por cuestiones como estas, interrumpe su descanso para responder un mensaje fuera de jornada laboral o se queda todo el fin de semana pensando en que el lunes tiene que hacer tal cosa, lo cual puede generar ansiedad, estrés, ingresando aquí en el ámbito del derecho a la salud. Por eso considero que es muy importante que se implementen sistemas electrónicos de bloqueo como lo que ocurre en Alemania, que de cierto horario a otro no se podrán enviar mails, ni mensajes lo cual considero que garantiza eficazmente todos los derechos que están en juego.

Así como el trabajador goza de dicho derecho, el empleador tendrá la obligación de no realizar contactos fuera de la jornada laboral, “derecho a no ser contactado”. Pero, ¿qué pasa si se comunica con el trabajador? Otra crítica

<sup>428</sup> ARCE, Sergio Adrián, “El Teletrabajo y el Derecho a la Desconexión Digital”, en *El Teletrabajo en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Volumen II*, Editores: Fondo Editorial, 26-04-2021, Cita: IJ-M-963, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0fb8407e2495d6403d17ff18b0c69b5d>

<sup>429</sup> Recuperado: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-27-2021-346325/texto>

que se le puede hacer a este artículo es que no establece sanción alguna para el empleador por el incumplimiento a lo dispuesto en la norma, considero absolutamente necesaria establecer una sanción, a fin de asegurar la efectividad del derecho sino el mismo queda vacío de contenido.

El mencionado art. 5 , fue debidamente reglamentado por el Decreto 27/2021<sup>430</sup>, en el cual se prevé, el desarrollo de actividades empresarias en diferentes husos horarios, o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, será admisible la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral. Solo en esos supuestos la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, a excepción que concurran los supuestos del art 203 de la Ley N° 20.744 (p.o. 1976). No se podrán establecer incentivos condicionados al no ejercicio del derecho a la desconexión, y el pago de horas suplementarias no serán considerados incentivos.

Con respecto a esto, considero que hay una flexibilización a la obligación del empleador de no comunicarse con el trabajador, ya que si se podrá comunicar con sus trabajadores por razones de fuerza mayor, o exigencias excepcionales dice la norma, pero, ¿quién determina que son esas exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa? a esto lo veo como un retroceso en la protección de todos los derechos que he ido nombrando ya que, el que decidirá que es una cuestión excepcional o no, será claramente el empleador y sobre todo teniendo en cuenta que no se ha regulado sanción alguna para el empleador por la violación de dicho derecho; entiendo y concuerdo que ningún derecho es absoluto y que todos los derechos tienen límites como lo dije al momento de hablar de las caracterización jurídica de este, pero para dar mayor protección a los y las trabajadores/as es necesario que estas excepciones se encuentren detalladas en el contrato de trabajo o en los convenios colectivos respectivos.

## V. Conclusión

Como he desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, considero de gran relevancia jurídica la complementación con normas a dictarse en el futuro próximo, en las que se preste mayor atención a la tutela efectiva inherente al derecho a la desconexión digital, para lo cual debiera contener mandatos concretos en relación a otorgar herramientas tutelares, tal como se expuso en el presente, tomando como ejemplo Alemania, y así poder encausar las denuncias por incumplimiento del derecho del trabajador a no ser conectado en el ámbito laboral, que está íntimamente relacionado con derechos fundamentales e importantísimos, que se han logrado adquirir, luego de grandes

<sup>430</sup>Recuperado: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-27-2021-346325/texto>

luchas a lo largo de la historia y que hoy ya no tienen discusión alguna : como la jornada laboral limitada, el derecho al descanso, el derecho a la salud, todos interrelacionados entre sí, tal como se expuso al tratar la cuestión. Sin jornada laboral limitada no existiría el derecho a la desconexión digital, sin jornada laboral limitada no existiría el derecho al descanso, sin derecho al descanso no contaríamos con un adecuado derecho a la salud. Sin derecho a la desconexión digital tendríamos jornadas ilimitadas, no tendríamos descansos, no tendríamos buena salud. Van de la mano. Por eso considero que dicho derecho no es nuevo, sino que es una forma de garantizar los nombrados desde tiempos históricos.

Idéntico criterio debería asumirse en relación a la ampliación del derecho a la desconexión a todo tipo de trabajador, ya que hoy en día nos encontramos expuestos a este proceso de hiperconectividad en el que la mayoría de trabajadores, contactan clientes o proveedores mediante el uso de celular y/u diferentes plataformas tecnológicas portables, por ello, muchas veces es imposible desconectar los dispositivos digitales fuera del horario de trabajo, dado que también son utilizados para la vida personal. ¿Por qué una tele trabajadora podrá gozar de dicho derecho y un operario industrial no? ¿Este último no tiene derecho al descanso, a la salud, a recrearse en sus tiempos libres? Por supuesto que sí.

Otra cuestión más, que considero que es sumamente importante es que se establezca una sanción al empleador por violar dicho derecho, algo que la realidad nos muestra un vacío legal, que hace que el mismo pierda su efectividad. Está bien tenemos regulado por un lado que el trabajador no recibirá sanciones por su omisión de responder, pero no solo se trata de no contestar un mensaje, sino que va mucho más allá, no recibirlo directamente, atendiendo a que el trabajador es el sujeto de preferente tutela, tal como lo establecen las normas de derecho interno y derecho internacional.

Debemos repensar estos institutos clásicos y tratar de adecuarlos a la realidad actual, sopesando los efectos directos, que la vulneración del derecho a la desconexión puede causar, no solo en la persona del trabajador sino también en la de su familia, a su entorno laboral, a la empresa empleadora e inclusive la sociedad toda. Los trabajadores disfrutando compartir con sus seres queridos, y disfrutando realizar el trabajo que tienen, las empresas obteniendo mayores productividades consecuencia de la concentración y dedicación de los trabajadores.

Lo cierto es que queda mucho camino por recorrer hoy en día para poder lograr el objetivo de que el trabajador no se sienta compelido a responder un mensaje, correo, fuera de su jornada laboral o que el empleador directamente no se comunique y para lograr un efectivo balance entre la vida personal y la



vida profesional: es imprescindible seguir el camino de las negociaciones colectivas, dejar plasmado este derecho en los Convenios Colectivos de Trabajo, con bloqueos de mensajes, correos durante los descansos correspondientes, estableciendo detalladamente cuando se podrá comunicar fuera de una jornada laboral el empleador , tal cual como se realiza en Alemania, ya que no es suficiente con tenerlo regulado de la manera en la que lo tenemos en Argentina.

## DERECHO DE HUELGA: ¿UN DERECHO DE TODOS LOS TRABAJADORES O SOLO DE LOS GREMIOS?

*Por: Maria Victoria Bustamante*

*Tutoria: Jaquelina Cabutto*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La Huelga. A. Concepto. B. Recepción normativa. C. Antecedentes históricos. III. Fallo CSJN, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A.”, 2016. IV. Opinión consultiva OC 27/21. A. Presentación de la consulta. B. Opinión de la Corte. V. Conclusión.

### I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el tratamiento del derecho de huelga de los trabajadores, el cual se encuentra reconocido tanto por nuestra Constitución Nacional como también por los instrumentos internacionales. A lo largo de este escrito desarrollaré el concepto de huelga, sus antecedentes históricos y cómo evolucionó su tratamiento en el ordenamiento jurídico hasta llegar a la recepción normativa que tiene actualmente.

Luego de desarrollar las nociones básicas, me propongo responder el interrogante que me llevó a titular la obra de esta manera. La pregunta que trataré de responder surge en base al análisis de un fallo de la Corte Suprema de nuestro país y la contradicción que, considero existe con respecto al pronunciamiento que ha hecho sobre el tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una de sus opiniones consultivas.

El interrogante está en la titularidad de este derecho que para la Corte de nuestro país corresponde solamente a las asociaciones profesionales inscriptas en un registro especial, con personería gremial o simplemente inscriptas, en tanto para la Corte Interamericana es un derecho que se le confiere a todos los trabajadores y que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones.

Considero que la titularidad para el ejercicio de esta facultad se trata de un tema de vital importancia en tanto la huelga constituye un instrumento clave de la libertad sindical y frente a esto, el pronunciamiento de la Corte podría significar la exclusión de aquellos que, ejerciendo su libertad sindical individual, han optado por no afiliarse a la organización sindical, pero pertenecen a la pluralidad de trabajadores.

## II. La huelga

### A. Concepto

La huelga es un derecho que consiste en la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, con carácter temporal y con abandono del lugar de tareas, como forma de presión sobre la voluntad del empleador, con el propósito de conseguir un beneficio mediante la sanción de una nueva disposición o la reforma de una vigente, o bien el cumplimiento de una norma en vigor.<sup>431</sup>

Justo López define a la huelga como “un acto jurídico de incumplimiento, justificado por la prestación contractual de trabajo subordinado, colectivamente decidido como medio de presión sobre los empleadores, para hacer triunfar un interés también colectivo.”. Por su parte Krotoschin conceptuaba a la huelga como “el abandono de trabajo que realizan en común una pluralidad de trabajadores con un fin determinado”.

La huelga consiste en un instituto típico del derecho colectivo que procura efectivizar la autotutela laboral y la libertad sindical. En este sentido, el derecho colectivo laboral tiene una estructura triangular, cuyos tres aspectos esenciales son el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. La inexistencia o defectuosidad de cualquiera de estos tres pilares determina el mal funcionamiento del Derecho colectivo del trabajo, y, consecuentemente, el cumplimiento insuficiente o el incumplimiento de la función de autotutela.

La huelga pues, en cuanto recusación colectiva de trabajo con una finalidad de reclamo o protesta en protección de intereses o derechos de los trabajadores, es un instituto de autotutela colectiva, y un instrumento de la libertad sindical.<sup>432</sup>

### B. Recepción normativa

El derecho de huelga se encuentra establecido en nuestra Constitución Nacional en el art 14 bis el cual establece “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.”

También aparece garantizado este derecho en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) sancionado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966 e incorporado en nuestra Constitución Nacional por el 75 inc. 22 en 1994. Este pacto en su art. 8º impone a los países miembros el respeto al derecho de huelga de los trabajadores conforme

<sup>431</sup> GRISOLÍA, J. A. (2016). *Laboral (Derecho del trabajo y de la seguridad social)*. Buenos Aires, Argentina: Estudio S.A. pag: 279

<sup>432</sup> URIARTE, Oscar Ermida (2014). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo, Uruguay: Editorial FCU. pag: 5

el principio de libertad sindical contenido en el Convenio de 1948.

La Organización Internacional del Trabajo no trata de manera expresa el derecho de huelga. Pero la ausencia de normas expresas no debe llevar a inferir, sin embargo, que la OIT desconozca el derecho de huelga o se exima de garantizar un ámbito de protección al ejercicio del mismo si no que de manera implícita, lo encontramos incorporado en los Convenios N° 87, 98 y 154 de dicha Organización.

El convenio N° 87 de la OIT no regula expresamente la cuestión, aunque hace hincapié en los valores de la libertad sindical y el derecho de sindicación de los trabajadores.

Con arreglo al párrafo 1° del artículo 3° del Convenio 87, se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de organizar sus actividades y de formular su programa de acción. Según la Comisión Experta, la huelga forma parte de las actividades dimanantes del artículo 3, y constituye un derecho colectivo que, en el caso de los trabajadores, se ejerce por medio de la concertación de personas que deciden no trabajar para conseguir sus reivindicaciones. El derecho de huelga es pues considerado como una actividad de las organizaciones de trabajadores en el sentido del artículo 3.

### **C. Antecedentes históricos**

#### **1. Breve reseña histórica.**

La primera huelga declarada por un gremio argentino se produjo en el año 1878. Los tipógrafos, quienes decidieron fundar a fines de 1877 la Unión Tipográfica Bonaerense, fueron los que llevaron a cabo esta primera medida de fuerza del movimiento obrero organizado.

El origen del conflicto fue la decisión de una imprenta de rebajar los salarios de su personal. La iniciativa fue seguida por otras empresas y los trabajadores reaccionaron convocando a una asamblea de la que participaron más de mil trabajadores que se pronunciaron por la huelga. Mientras duró el conflicto, los diarios menos importantes dejaron de publicarse y los más grandes, como La Prensa y El Nacional, intentaron contratar tipógrafos en el Uruguay, pero se encontraron con la firme solidaridad de los trabajadores afiliados al gremio de Montevideo que se negaron, pese a los elevados sueldos ofrecidos, a reemplazar a sus compañeros argentinos.

La huelga fue ganada por los obreros y las patronales aceptaron volver a los sueldos originales y reducir la jornada laboral a 10 horas en invierno y 12 en verano.

Luego de esa primera experiencia le sucedieron los obreros cigarreros, empleados de comercio, oficiales albañiles, yeseros, carteros, etc. Sus reivindicaciones en esos conflictos fueron comunes: aumento salarial, pagos atrasados,

reglamentación de horarios u otras vinculadas a las condiciones de trabajo. Y en esta primera etapa fueron exitosas un 60% de las huelgas y prácticamente no intervino el Estado para mediar o limitar el conflicto.<sup>433</sup>

## **2. Evolución del tratamiento por el ordenamiento argentino.**

Existen diferentes etapas en el tratamiento que se le ha dado a la huelga en nuestro derecho. Fue entendida como delito, pero luego también como libertad y derecho, todo lo cual llevó a su prohibición, tolerancia o protección, según el caso.

No se trató de una evolución lineal si no que dependió del marco político e institucional de cada circunstancia histórica, de la convivencia de las tres condiciones según los sujetos involucrados y de los ámbitos en los que se desarrollaban las huelgas.

En una primera etapa, a principios del año 1945, el decreto 536/45 incluyó a la huelga en ciertos ámbitos- entre ellos los servicios públicos- entre los delitos contra el Estado y la seguridad nacional y, en general, consideró delito a la acción que hiciera cesar o suspender el trabajo por motivos ajenos al mismo (artículo 33). Este decreto fue derogado en 1955 por un gobierno de facto. Hasta ese momento la Constitución Nacional no contenía disposiciones referentes al derecho de huelga.

La Constitución aprobada en el año 1949, en el apartado 10 de su art. 37, entre los derechos especiales del trabajador, y bajo el epígrafe de derecho a la defensa de los intereses profesionales, se limitó a consignar que “el derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales constituyen atribuciones especiales de los trabajadores que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultarlo o impedirlo”.

Restablecida la vigencia de la Constitución del año 1853 -con las reformas de los años 1860, 1866 y 1898-, el segundo párrafo del artículo nuevo introducido por la Convención Nacional Constituyente del año 1957 a continuación del artículo 14 -usualmente referido como art. 14 bis- estableció que “Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”.

Pese a la legislación de tal garantía colectiva, tanto en los gobiernos de facto como de iure, el derecho de huelga fue objeto de suspensión general o limitada, de tipificación como delito o de limitación directa o indirecta. En este último caso, a través del establecimiento de normas de procedimiento de conciliación y arbitraje obligatorios para los conflictos que pudieran afectar los servicios públicos, el dec.-ley 10.596/57 determinó -en su art. 8º- los requisitos

<sup>433</sup> PIGNA, Felipe. Las grandes huelgas. En el historiador. Recuperado de [www.elhistoriador.com.ar](http://www.elhistoriador.com.ar) (Consultado el día 05/06/2022)

para considerar lícita a una huelga. Tal decreto fue derogado y pocos meses después se sancionó la ley 14.786, hoy vigente, que para cualquier conflicto de trabajo exige el agotamiento de una instancia conciliatoria como condición previa para el ejercicio legal de medidas de fuerza.

En el año 1966, el gobierno militar, entre otras, dictó dos importantes leyes: la ley 16.936 que regló un procedimiento de arbitraje obligatorio para ciertos conflictos colectivos de trabajo, sólo limitados a los de tal gravedad que pudieran poner en peligro la paz social o la economía nacional, y la ley 17.183, con la que se facultó a las empresas u organismos del Estado que presten servicios públicos o de interés público a intimar a su personal el cese de medidas de fuerza que pudieran entorpecer la prestación del servicio.

La temporalidad de la ley 16.936 se había sustentado, ya en esa época, en que la imposición del arbitraje obligatorio suponía una contradicción con el derecho de huelga garantizado por la Constitución Nacional en el artículo 14 bis, ya que sólo podría hacerse transitoriamente y en tanto existiera una situación de emergencia.

Sin embargo, el gobierno de iure, en el mes de enero de 1974, sancionó la ley 20.638 que eliminó la norma de transitoriedad, es decir, que desde entonces ella rigió en forma permanente, extendiendo su aplicación a todos los conflictos colectivos de trabajo, sean éstos de derecho o de intereses, que se susciten en todo el territorio de la Nación.

La dictadura militar que asumió el poder el 24 de marzo de 1976 dictó la ley 21.261 que suspendió transitoriamente en todo el territorio nacional el derecho de huelga, como así también el de toda otra medida de fuerza, paro, interrupción o disminución del trabajo o su desempeño en condiciones que de cualquier manera puedan afectar la producción, tanto por parte del trabajador como de empresarios o de sus respectivas asociaciones u organizaciones (art. 1°).

Con posterioridad, la norma fue reforzada con la ley 21.400 con la que, además de ratificarse el art. 1° de la ley 21.261, se incriminó como delito sancionable con pena de prisión la instigación a la huelga y distintos comportamientos vinculados con ella (arts. 5° a 7°), norma claramente violatoria a la garantía constitucional del derecho de huelga y del principio de libertad sindical.

Pocos meses antes de la llegada de la democracia, las leyes 21.261 y 21.400 fueron derogadas en el año 1983 por el propio gobierno de facto.

A partir de allí, comienza otra etapa de regulación del derecho de huelga. Así, en el año 1990, el decreto 2184/90 reglamenta el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional como reglamentación de las leyes 14.786 y 16.936.

En el año 1994, se refuerza la garantía conferida al derecho de huelga por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en la que se otorga la máxima

jerarquía normativa a un grupo de tratados internacionales (artículo 75, inciso 22, 2º párrafo, CN.) que garantizan el derecho de huelga.<sup>434</sup>

### **III. Fallo CSJN, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A.”, 2016.**

La empresa Correo Oficial de la República Argentina despidió a Orellano por haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que no contaron con el aval de ninguno de los sindicatos que representaban al personal. En la comunicación del despido la compañía aclaró que esas medidas de fuerza consistieron en la celebración, en un lapso de dos semanas, de sucesivas “reuniones...en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” que afectaron gravemente el desarrollo normal de la labor en su centro operativo de Monte Grande, lo cual se tradujo “en demora, retardo y retención en las imposiciones postales de todo tipo confiadas por nuestros clientes”; y también indicó que con ello llegó a comprometerse la entrega de aproximadamente 6.000.000 de piezas postales.

Orellano reclamó ante la justicia que se dejara efecto el despido y se lo reincorpora a su puesto de trabajo alegando que había sido víctima de un trato discriminatorio prohibido por la ley. Concretamente, sostuvo que el despido era una injustificada represalia por su participación en medidas legítimas de “acción gremial”.

La Corte Suprema resolvió que no son legítimas las medidas de fuerza promovidas por grupos informales ya que el art. 14 bis de la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre derechos humanos solamente le reconocen el derecho de declarar una huelga a los sindicatos, es decir, a las organizaciones formales de trabajadores.

En el punto 7 de dicho fallo el tribunal realizó algunas precisiones sobre las características del derecho de huelga.

Allí se pronunció diciendo que la huelga es un medio de presión, para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones del sector laboral, que obstaculiza el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios. Por ende, las medidas de acción directa no solo perjudican al empleador, también afectan a los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, a los consumidores o usuarios. Debido a esto el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión tanto con los derechos del empleador como con derechos de terceros o de la sociedad que también están amparados por la Constitución

<sup>434</sup> RAMOS, Santiago José. Ejercicio del derecho de huelga en la legislación argentina. En Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) (01/2009) Recuperado en [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) (Consultado el día 04/06/2022)

Nacional (el derecho a la educación, a la protección de salud, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.).

Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha sido resuelta subordinando el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos. Y uno de esos recaudos es el de que la decisión de ir a la huelga sea adoptada por una asociación gremial.

En el punto 8, la Corte recordó que el derecho huelga fue incorporado al texto de la Constitución Nacional gracias a la reforma de 1957 en la cual se incorporó el artículo 14 bis. Este artículo consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX por vía de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos Estados.

En el primer párrafo, el artículo 14 bis centró su atención en el “trabajador” disponiendo que la ley debe asegurarle una serie de derechos, entre ellos, “la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Y a continuación, el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional estableció que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”.

En virtud del análisis de estas disposiciones la Corte concluye que es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores. Agrega que corresponde entender que los “gremios” mencionados en el segundo párrafo del artículo 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la “organización sindical libre y democrática” reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su “simple inscripción en un registro especial”.

El Tribunal hizo hincapié en que la formulación constitucional de la norma no permite otorgarle a la palabra “gremios” un alcance mayor al indicado que la haga comprensiva de cualquier grupo informal de trabajadores.

El artículo 14 bis ha puesto especial énfasis en garantizar que las asociaciones profesionales destinadas a representar a los trabajadores en el ámbito de las relaciones colectivas se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y de democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas. No resulta lógico admitir, por lo tanto que, a renglón seguido, la misma norma otorgue de modo indistinto la titularidad de los derechos



más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas (negociar convenios colectivos, acudir a la conciliación y al arbitraje cuando las negociaciones directas fracasan, y, en su caso, adoptar medidas de acción directa) tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

En el punto 9, la Corte también tuvo en cuenta que, del mismo modo, tanto los tratados internacionales sobre derechos humanos como la doctrina elaborada por la Organización Internacional del Trabajo a partir de las disposiciones de su convenio 87 sobre la libertad sindical contemplan al derecho de declarar una huelga como un derecho que le corresponde a la asociación profesional de trabajadores.

En el punto 15, la Corte concluye finalmente que de todo lo expuesto se sigue que la normativa federal examinada solamente confiere el derecho de declarar una huelga a las asociaciones profesionales.<sup>435</sup>

### **III. Opinión consultiva OC 27/21**

#### **A. Presentación de la consulta**

El 31 de julio de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre “el alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género”.

Entre las consideraciones que motivaron la consulta, la Comisión destaca que, respecto al derecho de huelga, en octubre de 2018, dicho organismo recibió información sobre restricciones al ejercicio de la libertad sindical, el derecho de manifestación y el derecho de huelga y la criminalización de la protesta en el continente americano, con enfoque en Brasil, Colombia, Chile, Honduras, Argentina y Costa Rica.

Por su parte, en el índice global de derechos colectivos de los trabajadores y trabajadoras publicado por la Confederación Sindical Internacional se registra a 5 países del continente como lugares donde no se garantizarían tales derechos; eso significa que, si bien la legislación puede enumerar ciertos derechos, los trabajadores carecen efectivamente de acceso a ellos y están por tanto expuestos a regímenes de abuso y a unas prácticas laborales injustas. Asimismo, se registran 8 países del continente donde se violarían sistemáticamente tales

<sup>435</sup> CIJ (Centro de información judicial). La Corte resolvió que solo los gremios tienen el derecho de promover huelgas y que los grupos informales de trabajadores no pueden promover medidas de fuerza. 2016. Recuperado en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar) (Consultado el día 01/06/22).

derechos, lo que implica acallarlos y ponerlos en riesgo. Ese escenario se torna más complejo con la expansión de nuevas tecnologías y la incertidumbre sobre sus impactos en el mercado de trabajo latinoamericano.

### **B. Opinión de la Corte**

Es debido a este planteo por parte de la Comisión que la Corte Interamericana de Derechos humanos se pronuncia en el punto V) d) de dicha opinión diciendo: El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones. Así lo precisan los artículos 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga “por parte de los trabajadores”), 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (“los trabajadores tienen derecho a la huelga”), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los artículos 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC.

De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general. El Tribunal advierte que, si bien el derecho de huelga no se encuentra expresamente reconocido en los convenios de la OIT, cabe destacar que el artículo 3 del Convenio 87 reconoce el derecho de las organizaciones de trabajadores de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción”.

En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido la importancia del derecho a la huelga como un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87”. En ambos casos, la huelga constituye un medio legítimo de defensa de los intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras.

Asimismo, la Corte advierte que, además de estar ampliamente reconocido en el corpus iuris internacional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA. En ese sentido, puede ser considerado como un principio general de derecho internacional.

Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”. El Tribunal coincide con esta definición, y considera

que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales.

Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha calificado a la huelga como el instrumento “más poderoso” de protección de los derechos laborales.

Respecto a la finalidad o reivindicaciones perseguidas por la huelga y que son objeto de protección, este Tribunal considera que pueden sintetizarse en tres categorías: las de naturaleza laboral, que buscan mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores y las trabajadoras; las de naturaleza sindical, que persiguen las reivindicaciones colectivas de las organizaciones sindicales; y las que impugnan políticas públicas.

Por otro lado, la Corte advierte que el criterio de legalidad de la huelga es un elemento central respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga. En ese sentido, este Tribunal considera la necesidad de que los Estados adopten las medidas de derecho interno necesarias para hacer compatible sus legislaciones al contenido de dicho derecho. Para tales efectos, los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal. En este sentido, la obligación de dar un preaviso al empleador antes de emplazar a la huelga es admisible, siempre que este sea razonable. No ocurre lo mismo con el requerimiento de poner un límite a la duración de la medida puesto que, por su naturaleza de último recurso para la defensa de los intereses de los trabajadores y las trabajadoras, no puede predeterminarse.

En relación con la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga, el Tribunal resalta que ésta no debe recaer en un órgano administrativo, sino que corresponde al Poder Judicial, en aplicación de causales taxativas establecidas previamente en la ley, y conforme a los derechos a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana.

Asimismo, el Tribunal considera que el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores y a las trabajadoras, cuando participen en una huelga legal, en tanto se trata de una actividad sindical lícita que constituye

además el ejercicio de un derecho humano, y garantizar que estas sanciones tampoco sean aplicadas por las empresas privadas.

Adicionalmente, el Tribunal considera que el ejercicio del derecho de huelga puede limitarse o prohibirse solo con respecto a: a) los funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y b) los trabajadores y las trabajadoras de los servicios esenciales. En relación con los trabajadores y las trabajadoras que brinden servicios esenciales, ha de estarse al sentido estricto del término, esto es, aquellos que proveen servicios cuya interrupción conlleva una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (por ejemplo, aquellos que laboran en el servicio hospitalario, los servicios de electricidad, o los servicios de abastecimiento de agua). Por otro lado, este Tribunal considera posible que los Estados establezcan el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo de la huelga en defensa de los trabajadores y las trabajadoras. Sin embargo, estas condiciones deben ser razonables y en ningún momento deben afectar el contenido esencial del derecho de huelga, o la autonomía de las organizaciones sindicales.<sup>436</sup>

## V. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se analizó el derecho de huelga, tanto su conceptualización como su recepción normativa, sus antecedentes históricos y los pronunciamientos hechos por los tribunales respecto de tal derecho.

Luego de haber profundizado en los dictámenes realizados tanto por la Corte Interamericana como por la Corte Suprema de nuestro país, observo que existe una contradicción entre lo dispuesto por una y otra. Tal contradicción fue la que me llevó a formularme el interrogante que dio pie a este trabajo.

Gracias a la investigación realizada puedo concluir que, frente a tal pregunta, hay dos respuestas, pero considero que solo una de ellas es la correcta. El derecho de huelga es un derecho de todos los trabajadores, los cuales debieran poder ejercerlo con independencia de una entidad profesional que los respalde.

Se trata de una facultad que fue adquirida gracias a la lucha de los trabajadores, que ha tenido un largo camino hasta llegar a la regulación normativa y que, considero, debiera limitarse en su ejercicio, pero no con el requisito de que la decisión de ir a la huelga sea adoptada por una asociación gremial.

Al resolver la Corte Suprema que la inexistencia de una organización sindical o la falta de adhesión a las existentes, constituye razón suficiente para

---

<sup>436</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC 27/21. 05/05/2011. Recuperado de [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (Consultado el día 29/05/2022)

negar el ejercicio de las medidas de acción directa de los trabajadores, podría llegar a desnaturalizarse la huelga como un mecanismo de autotutela.

Para concluir este trabajo, luego de toda la investigación realizada, considero, a modo de reflexión, que resulta necesario una ley específica que regule el derecho de huelga y de esta forma se evite que los tribunales, con criterios propios, restrinjan tal derecho con sus dictámenes, todo a fines de poder garantizar esta facultad y brindar una mejor justicia social.

## LA LUCHA DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH/ SIDA EN EL AMBITO LABORAL

*Por: Agustina Cabrera  
Tutoría: Juan Caminos*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Consideraciones generales. A. Derechos humanos. B. Derechos de las personas trabajadoras. III. ¿Cómo es vivir VIH/SIDA? IV. ¿Qué es la discriminación? A. ¿Cómo se manifiesta en el ámbito laboral? B. ¿cuáles son los efectos del estigma y la discriminación?; V. Los derechos y el VIH. A. Análisis del ordenamiento jurídico argentino. B. Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, las Hepatitis virales, la tuberculosis e infecciones de transmisión sexual (ITS). C. Normas de la OIT. VI. ¿Qué hacer ante un despido por vivir con VIH? VII. Conclusión.

### I. Introducción

Para iniciar esta investigación, es importante preguntarnos: ¿qué es el VIH/SIDA?, es una enfermedad que tiene origen a comienzos del siglo XX, y hasta hoy sigue siendo muy “escondida u oculta”. El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) es un virus que ataca el sistema inmunitario del cuerpo. Si no se trata, puede causar síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

No hay en la actualidad una cura eficaz. Una vez que se contrae el VIH, se lo tiene de por vida. Sin embargo, con la atención médica adecuada, se puede controlar. Las personas con infección por el VIH que reciben tratamiento eficaz pueden tener una vida larga y saludable, y proteger a sus parejas.

EL 71% de las personas seropositivo están en edad laboral y a su vez clínicamente estables gracias al tratamiento antirretroviral y sin ningún otro problema de salud o comorbilidad están capacitadas para trabajar.

El VIH no tiene ninguna relación con factores de riesgo en el trabajo, ni para la propia persona ni para terceras. Las personas con VIH pueden tener una vida profesional como cualquier otra. Además, en la mayor parte de las ocupaciones, no hay riesgo de adquirir o transmitir el VIH.

La Constitución Nacional en el artículo 14 bis, establece garantías para el trabajo fundadas en principios de cooperación, justicia, solidaridad, y a través del principio protectorio que, a fin de nivelar desigualdades, establece un amparo pre-

ferente a una de las partes. Se busca garantizar los derechos mínimos a favor de la parte más débil en la relación, es un principio fundante del derecho del trabajo.

El precitado artículo establece que se aseguraran las condiciones dignas y equitativas de labor, la protección contra el despido arbitrario. Sin embargo continúa existiendo discriminación en el acceso y/o la permanencia en un puesto de trabajo como: exigencia de la prueba de detección del VIH, exclusión de oposiciones a la función pública, realización de preguntas relacionadas con el estado serológico de la persona durante el proceso de selección, cambios en las condiciones de trabajo, trato diferenciado ante oportunidades de promoción laboral o despidos injustificados.

Esta enfermedad sigue siendo un gran reto en la historia moderna de la humanidad. La sociedad ha creado muchos estigmas, generando discriminación, afectando la calidad de vida y la dignidad de las personas seropositivas y las políticas públicas de salud.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, en el devenir del presente trabajo, se hará:

- Por un lado, el análisis las distintas situaciones dentro ámbito de trabajo que padece una persona con VIH/sida, como afecta esto a su vida, y qué tipo de discriminación sufre a causa de la enfermedad;
- Y, por otro lado, es hacer un análisis de los instrumentos que el ordenamiento jurídico le otorga para que se respete su integridad y autonomía; derecho a la salud y a la atención médica integral y oportuna, a la educación, a un trato igualitario.

## II. Consideraciones generales

### A. Derechos humanos

Los derechos humanos tienen como núcleo principal reconocer y proteger la dignidad de todos los seres humanos. A través de estos se rige la forma en que los individuos viven en sociedad y se relacionan entre ellos y con el Estado.

Toda persona es igual, como ser humano, y tiene derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna, ya sea por su raza, color, género, origen étnico, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, posición económica, circunstancias de su nacimiento, u otras condiciones

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH), establece que los derechos humanos son universales, inalienables, interrelacionados, interdependientes e indivisibles, iguales y no discriminatorios, y establecen derechos y obligaciones para los Estados.<sup>437</sup>

<sup>437</sup> ARESE, César, Derechos Humanos Laborales, teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo,

Y es el Estado el encargado de velar el cumplimiento de estos. Ermida Uriarte<sup>438</sup> sostiene que los derechos fundamentales son iguales para todos y proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), están jurídicamente supra ordenados al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general.

El orden normativo es jerárquico, lo que significa que hay normas que están por encima de otras. Así, la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos están por encima de todo lo demás, se encuentran en el nivel más alto de jerarquía.

No hay una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, y tampoco podemos hablar de una jerarquía dentro del bloque de derechos humanos, donde algunos sean más importantes que otros, aunque en cada caso en particular según los intereses, podemos hablar de derechos más relevantes para la persona.

En el caso del paciente con VIH/SIDA, podemos hablar de: el derecho a la no discriminación e igualdad ante la ley; derecho a la vida; salud; libertad y seguridad de la persona; libertad de expresión; estar libre de tratos y castigos inhumanos y degradantes; privacidad; derecho al matrimonio y a formar una familia; educación; Trabajo digno; seguridad social, asistencia y bienestar; participar en la vida pública y cultural.

### **B. Derechos de las personas trabajadoras**

El derecho del trabajo fue creado para proteger, para lograr la equiparación de fuerzas entre el patrono, que es polo fuerte de la relación laboral, y la persona trabajadora, quien no cuenta con más que sus brazos y sudor para proveer a su subsistencia y la de su familia, y queda en una posición de desventaja.

Héctor Hugo Barbagelata<sup>439</sup> afirma que es propio hablar de la integración del concepto único de “Derechos Humanos Laborales” conformado a partir del sistema de fuentes del llamado “Bloque de constitucionalidad de Derechos Humanos Laborales” que integran los derechos nacionales y su racional de manera definitiva.

Las personas trabajadoras ponen en su trabajo su tiempo, su proyecto de vida. Una persona que abdica su libre albedrío para poner su voluntad a disposición de otro, quien tiene la facultad de dirigirla y ordenarla, a cambio de una retribución. Los derechos humanos, no solo protegen a quien esté trabajando

---

Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014, pág. 6.

<sup>438</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo, citado en ARESE, Cesar Ob. Cit. nota 1, pág. 4,

<sup>439</sup> BARBAGELATA, Héctor Hugo, El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 223.



en condiciones precarias o de manera informal, sino que se deja de lado la situación en la que se encuentra, y lo comprende por el solo hecho de ser persona trabajadora. Y además imponen obligaciones a los Estados, que aseguran un piso mínimo internacional para cualquier relación laboral. Así, cualquier relación de trabajo en el mundo que merezca llamarse digna supone su respeto.<sup>440</sup>

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 y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.<sup>441</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó al respecto: “En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)”. Podemos decir que el estado cumple un importante rol tutelar. El derecho laboral busca llegar a un equilibrio en donde no se vulnere la libertad de quienes trabajan, pero que a su vez haya una estabilidad en el sistema productivo.

### III. ¿Cómo es vivir con VIH/SIDA?

El VIH (o HIV, por sus siglas en inglés) es un virus que afecta al sistema de defensas del organismo, llamado sistema inmunológico. Una vez debilitado por el VIH, el sistema de defensas permite la aparición de enfermedades. Esta etapa avanzada de la infección por VIH es la que se denomina SIDA, vale decir que es un conjunto de síntomas (síndrome) que aparece por una insuficiencia del sistema inmune (inmunodeficiencia) causada por un virus que se transmite de persona a persona (adquirida).<sup>442</sup>

Actualmente en Argentina hay 136.000 personas con VIH, en promedio se notifican 4.800 casos por año, por cada mujer se diagnostican 2.3 varones, y más del 98% de las infecciones se producen por relaciones sexuales sin protección<sup>443</sup>.

Esto impacta directamente en el mundo laboral porque gran parte de estas personas son económicamente activas, que viven día a día cuestiones es-

<sup>440</sup> CANESSA MONTEJO, Miguel F., Los derechos humanos laborales en el derecho internacional. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Volumen 23 (1), I Semestre 2012 (ISSN: 1659-4304), pág. 115. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/5291-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11509-1-10-20130912.pdf>

<sup>441</sup> CANESSA MONTEJO, Miguel F., Ob Cit, pág. 23

<sup>442</sup> Fundación Huésped, miembro de la coalición internacional de sida, recuperado de <https://www.huesped.org.ar/informacion/vih/que-es-y-como-se-detecta/> (visitado 03/05/2022)

<sup>443</sup> Boletín N° 37 Respuesta al VIH y las ITS en la Argentina 6 AÑO XXIII – DICIEMBRE DE 2020

tigmatizantes. El VIH/sida reduce los ingresos, impone costos mayores a las empresas y menoscaba derechos laborales fundamentales debido a la discriminación y al rechazo que sufren las personas infectadas. Más aún, la epidemia aqueja con mayor crueldad a los colectivos vulnerables, lo que deriva en graves problemas adicionales, como el aumento de las desigualdades entre hombres y mujeres y la exacerbación del trabajo infantil.

Se puede advertir que:

- Se infectan con VIH 4.800 personas por año;
- 3,0 cada 100.000 mueren cada año por enfermedades vinculadas al sida;
- El 71% de las personas con VIH están en edad laboral, es decir de 20 a 45 años;
- 23% de las personas con VIH han sido discriminadas en el trabajo.<sup>444</sup>

#### **IV. ¿Qué es la discriminación?**

Discriminar es atentar contra los derechos de alguien simplemente por ser quien es o por creer en lo que cree. La discriminación es nociva y perpetúa la desigualdad. Discriminar es hacer una distinción, exclusión o restricción en el ejercicio de un derecho o en el acceso de un bien o servicio que sufre una persona por el solo hecho de vivir con VIH. El Convenio número 111 de la OIT, menciona como tipos de actos (empleo los verbos en infinitivo): distinguir, excluir y preferir. La discriminación y el estigma hacia las personas que viven con el virus es un efecto generalmente silencioso pero dañino de la epidemia de VIH/SIDA.

##### **A. ¿Cómo se manifiesta en el ámbito laboral?**

En el ámbito laboral es muy común que se presenten situaciones de discriminación desde la etapa previa a la configuración de la relación laboral. Esto lo podemos ver reflejado en acciones donde se incluya en los exámenes pre ocupacionales, la realización de la prueba de VIH/sida o cualquier otro examen de salud por parte de la empresa, lo que puede ser tomado como un acto discriminatorio.

En el año 2017 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil resuelve que una empresa debe indemnizar a una persona seleccionada para ingresar en su planta, que luego de conocer que portaba VIH, desistió de su contratación, el Tribunal argumenta que el empleador cometió un acto discriminatorio con el accionante<sup>445</sup>.

<sup>444</sup> Boletín N°37 Ob. Cit. pág. 7

<sup>445</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado, autos: R. P. E. c/ Terminal 4 S.A. s/ daños y perjuicios, Fecha: 15-ago-2017.

También acciones como generar distinción en las tareas a realizar, pago u otros aspectos de la vida laboral, u ofrecer menos oportunidades de promoción o salario, no prevenir o sancionar el abuso psicológico de compañeros de trabajo, son tomadas como actos discriminatorios.

Y no solo la empresa los puede realizar, sino que también hay acciones discriminatorias que pueden realizar las mismas personas trabajadoras, como marginar a la persona con VIH o usar información personal con el fin de degradarla, hacer bromas por su condición, realizar insultos.

Un ejemplo que no es en el ámbito de trabajo pero que tiene que ver con la discriminación y estigma que las personas con VIH tienen que enfrentar todos los días es, en el Hospital Santojanni de la Ciudad de Buenos Aires, cuando a un joven listo para ser operado se le comunica la decisión del médico traumatólogo la negativa de realizarle una intervención quirúrgica, por ser un paciente con VIH, con el argumento fue que no contaban con material descartable según lo establecía un protocolo.

Esto fue dicho delante de todas las personas que estaban en la sala de espera, entre quienes estaban los familiares del joven, quebrantando así ilegalmente la confidencialidad que prevé la Ley de Sida 23.798.<sup>446</sup>

La OIT y la red mundial de personas que viven con el VIH, afirman que: que quienes tiene VIH enfrentan discriminación cuando buscan empleo, cuando quieren mantener su trabajo o cuando quieren subir la escalera laboral. La situación se agrava cuando son mujeres y aún más cuando pertenecen al colectivo LGBTTTIQ+.

La infección por VIH no constituye una causa justificada de despido. Tal como sucede con otras enfermedades, las personas con trastornos derivados del VIH deberían tener la posibilidad de trabajar en un puesto apropiado ya existente mientras sean médicamente aptas para hacerlo.

### **B. ¿Cuáles son los efectos del estigma y la discriminación?**

Esto afecta el bienestar de la persona tanto emocional como así también su salud mental, se crea una propia imagen negativa, una auto estigmatización, produciendo vergüenza, aislamiento, desesperación.

Todas estas negativas, provienen de una falta de conocimiento e información, que a pesar de ser una enfermedad en apareció en los años 80 y hoy en día se han tenido muchos avances en la ciencia, sigue habiendo una escasa educación generando suposiciones, errores, como en la forma de contagio; o que muchas personas piensan que es una infección que solo contraen ciertos grupos de personas.

<sup>446</sup> Encuentro en el INADI contra la discriminación a las personas con VIH, recuperado de la página <https://www.argentina.gob.ar/noticias/encuentro-en-el-inadi-contra-la-discriminacion-las-personas-con-vih> (visitado el día 20/05/2022)

Muchas veces esto lleva a que no se hagan pruebas ni reciban tratamiento para el VIH. Del boletín epidemiológico N° 37 “Respuesta al VIH y las ITS en la Argentina”, se estima que 136.000 mil personas viven con VIH y que el 17 por ciento de ellas desconoce su diagnóstico.

El ocultamiento del problema fomenta la negación de su existencia, retrasa una acción urgente, y también hace que se perciba a las personas que viven con el VIH como un “problema”, y no como una parte de la solución para contener y afrontar la epidemia.<sup>447</sup>

Se desarrolla un obstáculo para el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se considera a las personas con VIH como temibles e indeseables, además, se lo ve como como un mal ajeno, que sólo afecta a “los otros”, por su orientación sexual, por su estilo de vida o clase social. De esta forma, el estigma creado alrededor de la enfermedad respecto de quienes la portan, genera discriminación y violencia contra las personas que lo viven. Contribuye con este cuadro de situación, la poca educación e información sobre esta enfermedad.

Esta falta de conocimiento, además crea todo un estigma relacionado a la muerte, el castigo, la vergüenza legitimando la estigmatización y la discriminación.

## **V. Los derechos y el VIH**

### **A. Análisis del ordenamiento jurídico argentino**

El estigma se puede intentar aplacar, o moderar, mediante un contexto jurídico y normativo equitativo, en donde se desarrollen campañas de información pública y educación participativa, aumentando el acceso a los medicamentos y concentrando la atención donde originan el estigma y la discriminación.

Argentina cuenta con una ley que protege a las personas que viven con VIH. La ley nacional de SIDA, N° 23.798, dictada en 1990, creó un programa nacional del sida que asegura la atención y tratamiento a quien sea portador de este virus. Tiene como objetivo principal la detección e investigación de sus agentes causales, diagnóstico, tratamiento, prevención, asistencia y rehabilitación, como también las medidas tendientes a evitar su propagación.

La mentada ley considera fundamental la educación primaria, secundaria y terciaria para la prevención; establece el requisito del consentimiento informado, en cuanto a la relación médico-paciente, lo que implica que el médico le brinde información al paciente de la manera más clara posible. Esta información a su vez tiene que ser lo más completa posible, tan así que debe in-

<sup>447</sup> ONUSIDA. Violaciones de los derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH. Estudios de caso de intervenciones exitosas. Colección Prácticas Óptimas. Ginebra, 2005.

cluir el diagnóstico, los riesgos y beneficios del tratamiento, para que el paciente pueda decidir libremente sobre cómo afrontar esta enfermedad. También trata respecto de la confidencialidad frente al test y los resultados. Cuando se hace el testeo por HIV, se debe formar una autorización antes de la extracción de sangre.

Otro punto importante es que el Estado está obligado a brindar acceso a la atención sanitaria, esto está incluido en la Constitución Nacional y a su vez también en los pactos internacionales. La ley de prestaciones obligatorias de las Obras Sociales (Ley N°24.455<sup>448</sup>), obliga a las obras sociales y a la medicina prepaga a brindar tratamiento médico, farmacológico y psicológico a quienes viven con HIV. Para aquellas que no tengan obra social, el estado se encarga de brindar la atención necesaria como así también la provisión de medicamentos.

Otra ley que aboga por la protección, es la Ley de Medicina Prepaga (Ley N°24.754) que incorpora la atención de las personas con HIV por parte de las empresas de medicina prepaga. La Ley Antidiscriminatoria (Ley N°23.952) prohíbe cualquier forma de discriminación, quedando incluida cualquier práctica de exclusión hacia las personas infectadas por VIH. La Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo (Ley N°19.587) y la Resolución 43/97 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) imponen como obligación de los empleadores la realización de exámenes preocupaciones, con el propósito de comprobar la aptitud del postulante, así como la detección de patologías. En ningún caso los resultados podrán ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo no podrán someter a personas trabajadoras a la realización de exámenes preocupaciones de manera previa al contrato de afiliación de los mismos.<sup>449</sup>

Pero la resolución N° 270/15<sup>450</sup> de fecha 13 de abril de 2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que promueve medidas activas en pos de la no discriminación en el acceso al empleo. Establece entre ellas, la prohibición de la realización del test de VIH en el examen pre-ocupacional.

En Argentina, el 71% de las personas con VIH están en edad laboral y el 23% manifiesta haber sido discriminado en el trabajo. Esta resolución es un gran logro para la respuesta al VIH porque permitirá mejorar la empleabilidad, y por ende la calidad de vida, de las personas con VIH en nuestro país.

Tenemos la ley de salud pública (Ley N° 25.543), que intenta promover la realización del testeo del VIH/SIDA en embarazadas. Esta ley dice que es obligación del personal de salud que atiende a la embarazada ofrecerle la po-

<sup>448</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/14919/norma.htm>

<sup>449</sup> Incentivos al testeo forzoso de VIH/SIDA y discriminación en el mundo del trabajo. El caso de la Ciudad de Buenos Aires\* Daniel Maceira\*\*, Bárbara Lignelli\*\*\*, Fernanda Villalba\*\*\*\* y Mercedes Vellez\*\*\*\*

<sup>450</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/246687/norma.htm>

sibilidad de hacerse el testeo por VIH/SIDA. Esta acción colaboraría con la prevención de la transmisión del virus de la madre al bebé, siempre y cuando la embarazada de su consentimiento informado y acceda al testeo.

### **B. Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, las Hepatitis virales, la tuberculosis e infecciones de transmisión sexual (ITS).**

En el año 2020 se presenta un proyecto de ley que busca actualizar la ley nacional de SIDA (23.798) que se encuentra vigente desde 1990.

Se trata de una propuesta elaborada por organizaciones de la sociedad civil y redes de personas con VIH y Hepatitis virales, junto con el Ministerio de Salud y las sociedades académicas y científicas, que durante los últimos años han estado trabajando de manera colectiva para darle a esta legislación un abordaje integral, desde un enfoque de Derechos Humanos, que considera no solo los aspectos biomédicos, sino también los determinantes sociales de la salud.

La diputada y autora del proyecto, Carolina Gaillard, explicó que “es un proyecto de las organizaciones de la sociedad civil que viene a modificar una ley de hace 30 años, busca cambiar el paradigma del tratamiento del VIH con un abordaje social”, fundamentó. “Plantea un enfoque de derechos humanos e incorpora a las mujeres y personas gestantes, la investigación y capacitación y garantiza calidad de vida”, y adelantó que algunas modificaciones solicitadas serán tratadas en el Recinto.<sup>451</sup>

Este proyecto de ley busca que se declare de interés público y nacional (art 1):

- La respuesta integral e intersectorial a la infección por VIH, las Hepatitis Virales, la Tuberculosis y las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS);
- Los medicamentos, vacunas, procedimientos y productos médicos para la prevención, diagnóstico, tratamiento y cura del VIH, las Hepatitis Virales, la Tuberculosis y las ITS, así como también la disponibilidad de formulaciones pediátricas para VIH, Hepatitis Virales, la Tuberculosis e ITS; y el acceso universal, oportuno y gratuito a los mismos;
- La investigación y el desarrollo de tecnologías locales para la producción pública nacional de medicamentos e insumos que garanticen la sustentabilidad de las políticas públicas vinculadas y la defensa de la soberanía sanitaria nacional de conformidad a lo previsto en las leyes 26.688, 27.113 y decretos reglamentarios.
- Entre las medidas principales que proponen, se encuentran la prohi-

<sup>451</sup> AVANZA LA NUEVA LEY NACIONAL DE VIH CON ENFOQUE INTEGRAL EN DERECHOS HUMANOS- 3 de mayo de 2022, [https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/2022/noticias\\_1757.html](https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/2022/noticias_1757.html) (visitado 30.05.2022)

bición y sanción de las pruebas diagnósticas de ITS en los exámenes pre-ocupacionales (art 9), el poder acceder a una jubilación anticipada para aquellas personas que, transcurridos 20 años de aportes y 10 desde el diagnóstico, que sufran de envejecimiento prematuro como efecto secundario a largo plazo del tratamiento (art 11).

- La antes mencionada busca otorgar derechos a personas que, cotidianamente sufren violencia en el ámbito laboral, ofreciendo protección a quienes sean despedidos por discriminación, garantizando el derecho al trabajo y la estabilidad laboral; en ningún caso se podrá por motivo del estado de salud la persona trabajadora, realizar actos arbitrarios tales como: despidos, hostigamiento, suspensiones, reducciones salariales, cambios de puesto, violación de su confidencialidad, restricción de ascenso o promoción u otra forma de discriminación y/o violencia en el ámbito laboral (art 10).

Se agrega un régimen de pensiones no contributivas para quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad social, cuyos ingresos no superen dos salarios mínimo vital y móvil. El trabajo en relación de dependencia no impedirá el goce de la pensión y será compatible con otros beneficios sociales. (art. 12).

Y plantea la formación y capacitación obligatoria para todos los equipos que trabajan con ITS, incluyendo poderes del Estado, medios de comunicación y personas trabajadoras de la salud y la educación. Debido a que, el estigma que pesa sobre el estatus serológico se refuerza desde diversas instituciones y espacios con incidencia social: los medios de comunicación asocian el VIH a la orientación sexual o utiliza vocabulario discriminatorio, la Educación Sexual intenta prevenir, de forma antipedagógica y errónea, desde el miedo, enseñando el terror y no el cuidado y la empatía.

Se propone la creación de un Fondo de Fortalecimiento de las redes de personas con VIH, hepatitis, tuberculosis e ITS y organizaciones de la Sociedad Civil con trabajo en la materia, que tendrá por objeto garantizar el cumplimiento de los objetivos. El mismo funcionará en la órbita de la autoridad de aplicación y tendrá un presupuesto no menor al 1% de la Dirección Nacional de Control de Enfermedades Transmisibles del Ministerio de Salud de la Nación o el organismo que en el futuro la reemplace, el principal objetivo es desarrollar estrategias integrales para la garantía de derechos y obligaciones.

Se considera el apoyo por parte de los estados una parte fundamental para el fin de la epidemia.<sup>452</sup>

<sup>452</sup> Análisis basado en el proyecto de ley “LEY NACIONAL DE RESPUESTA INTEGRAL AL VIH, LAS HEPATITIS VIRALES, LA TUBERCULOSIS E INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL (ITS)”, presentado ante la cámara de diputados de la nación en el año 2020.

### C. Normas de la OIT

La OIT se ha movilizado en formular un Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, que contribuirá útilmente a prevenir la propagación de la epidemia, atenuar sus efectos en las personas trabajadoras y sus familias y ofrecer protección social para hacer frente a la enfermedad.

Comprende principios fundamentales, como el reconocimiento de que el VIH/SIDA es un problema que afecta al lugar de trabajo, la no discriminación en el empleo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el diagnóstico y la confidencialidad, la prevención, la asistencia y el apoyo como base para enfrentar la epidemia.<sup>453</sup>

Es un instrumento destinado a contribuir a elaborar y adoptar medidas específicas, promoviendo el diálogo y otras formas de cooperación entre el gobierno, los empleadores, las personas trabajadoras y sus representantes, el personal de salud en el trabajo, los especialistas en VIH/Sida y otras partes interesadas, tales como organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

La idea es que sirva también para poner en práctica sus recomendaciones, integrándolas en leyes, políticas y programas nacionales; convenios de empresa o de establecimiento, políticas y planes de acción en el lugar de trabajo. Su contenido se aplica a todos los empleadores y personas trabajadoras (incluidas las personas que buscan empleo) de los sectores público y privado y a todas las formas de trabajo, sea formal o informal.

Establece como principios fundamentales, la discriminación, la igualdad entre hombres y mujeres, un ambiente sano, el dialogo social, la confidencialidad, permanencia en el empleo, y demás.

Es imprescindible conseguir un mayor compromiso de los diversos sectores involucrados con la salud y el trabajo, encaminado a paliar los efectos negativos de esta enfermedad. Mediante este ya mencionado repertorio, la OIT contribuye a salvaguardar los derechos y la dignidad de las personas trabajadoras y de todas las personas infectadas por el VIH/sida.

## VI. ¿Qué hacer ante un despido por vivir con VIH?

Este trabajo está orientado a poder colaborar a quienes son portadores de VIH/SIDA para que puedan conocer sus derechos y saber cómo actuar ante

---

<sup>453</sup> Basado en el documento Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 2001). Disponible en versión electrónica, a texto completo en español, en <http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/pdf/acodesp.pdf>



una situación estigmatizante. A su vez también llevar información a toda la sociedad, para erradicar el estigma y poder detener entre todos esta enfermedad.

En casos donde se sufra algún tipo de discriminación o arbitrariedad, como la exclusión de ciertas actividades, recibir un trato desigual, recibir un sueldo más bajo que el resto de las personas trabajadoras, y todas las situaciones en que se excluya a la persona por solo ser portadora de VIH/sida, se deben saber que pueden impulsar desde acciones judiciales hasta administrativas.

Las acciones judiciales pueden impulsarse ante sede civil y/o sede penal y/o laboral y requerirán siempre la intervención de un abogado/a.

Se puede recurrir a los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con oficinas en todo el país. Quienes brindan un servicio de atención legal primaria que tiene como finalidad garantizar el acceso a la justicia, el conocimiento y la efectividad de los derechos humanos de los sectores más vulnerables de la población, promover la igualdad, el desarrollo humano y el crecimiento económico inclusivo, y construir una ciudadanía activa y empoderada.

La exigencia de realización de estudios de laboratorio con el objeto de detectar el VIH en los postulantes al puesto de trabajo dentro de los exámenes pre ocupacionales, está prohibido y es motivo de denuncia por violación de las leyes, ante esto lo que se puede hacer es denunciar ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el que conjuntamente con el INADI y el Ministerio de Salud de la Nación, iniciará un expediente.

También es denunciabile a quienes, por su ocupación, como por ejemplo personal de salud revelen información públicamente, se puede hacer la denuncia ante el instituto nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo (INADI) y los centros de acceso a la justicia, es necesario que al iniciar acciones ya sean administrativas o legales, que se cuente con pruebas, como documentos o testigos que puedan acreditarlo.

## **VII. Conclusión**

El SIDA no fue descubierto hasta principios de la década de los 80. Luego del análisis que se hizo a lo largo de este trabajo, hay que tener presente, que desde un primer momento esta enfermedad ha traído inmiscuida la discriminación, los perjuicios, provocado que esta enfermedad se mantenga oculta, por el miedo al rechazo, a ser apartado, a sufrir violencia tanto física como psicológica por parte de la sociedad.

Hoy en día hay numerosas fundaciones, por ejemplo, en argentina esta la Fundación Huésped, Fundación Helios Salud, Fundación GEP, Caritas, Fundaciones, Rosas, Labor positiva; quienes hacen un gran esfuerzo día a día

para darle visibilidad a esta enfermedad, ofreciendo un acompañamiento, y brindando información para quienes lo necesitan. Y en relación a la legislación nuestro país fue uno de los primeros en tener una ley de sida, que se sancionó en 1990, y como en puntos anteriores ya se analizó, hay una amplia regulación, para la protección, prevención y tratamiento de personas trabajadoras con VIH/SIDA, no solo a nivel nacional, sino que también a través de tratados y pactos internacionales.

Podemos concluir con que, a 40 años del descubrimiento de este virus, la discriminación y el estigma continúan siendo un importante obstáculo en todo el mundo, que impide prevenir nuevas infecciones, aliviar el impacto de la enfermedad y proporcionar asistencia, tratamiento y apoyo adecuados. Para avanzar es necesario realizar cambios amplios y duraderos en las actitudes y en los valores sociales.

La información, la concientización son las herramientas principales y fundamentales para el cambio sobre la mirada de esta enfermedad. El VIH/sida no tendría que ser una barrera que impida la inserción en el mercado laboral, ya que no son ni menos capaces, ni generan un riesgo para el resto de las personas trabajadoras, como se cree.

Las campañas que se necesitan no solamente tienen que ser del Estado Nacional sino globales, en términos de las características de la enfermedad, las probabilidades de contagio y la capacidad social de tratamiento. Se necesita educación desde las escuelas, hasta en los centros de salud. Y así poder derribar el mal y erróneo concepto de esta enfermedad, ayudando a mejorar la calidad de vida de las personas portadores de VIH, basándose en el respeto mutuo, trato digno y fortalecer valores sociales como la solidaridad, y el respeto de los derechos humanos de todas las personas enfermas.

# INVISIBILIZACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO. SINGULARIDADES Y DEFICIENCIAS EN SU REGISTRACIÓN

*Por: Micaela Noemí Collino  
Tutoria: Juan Caminos*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. División social del trabajo. III. El trabajo de casas particulares y las problemáticas de género. IV. Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales. V. La informalidad. VI. Algunos aspectos positivos de la ley 26.844. VII. Conclusiones.

## I. Introducción.

A través del presente trabajo se analizará el régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares, el cual está regulado en nuestro país por la Ley 26.844<sup>454</sup> a partir del año 2013, apuntando particularmente a dos de sus problemáticas, las cuales considero de las más latentes en la actualidad. En primer lugar, a la invisibilización que sufre este colectivo desde antiguo y como el género fue y sigue siendo una cuestión transversales en este campo; y en segundo lugar, lo referente a la informalidad que abarca a gran parte de este sector de trabajadores<sup>455</sup>.

## II. División social del trabajo

Cuando hablamos de la división social del trabajo hacemos referencia de manera general a la fragmentación que se hace de actividades entre los individuos, lo cual es una temática que innumerables doctrinarios, economistas y estudiosos de diferentes ramas han investigado, y podría decirse que han usado distintos parámetros para la clasificación, como, por ejemplo: la fuerza, capacidad, especialidad, entre otras. Empero, sin dudas es indiscutible la división social existente basada en el género.

En la sociedad predomina la distinción binaria (hombre - mujer), lo cual se refleja en múltiples ámbitos, como también en el sistema jurídico todo,

<sup>454</sup> Publicada en el B.O.N. el día 12/04/2013 y al no fijar un día determinado de vigencia, comenzó a regir el día 21/04/2013 transcurridos los 8 días siguientes a su publicación (Artículo 2 Código Civil).

<sup>455</sup> Término como “trabajador” o “trabajadores” utilizados solo a los fines de la economía del lenguaje.

desde lo textual de sus normas hasta las interpretaciones realizadas doctrinaria y jurisprudencialmente, y resulta fundamental entender los efectos y/o consecuencias negativas que ello acarrea.

Particularmente en el derecho del trabajo dicha distinción es tajante y muchas veces hasta segregante; tal como lo plantea Sebastián Coppoletta en su trabajo “¿A quién protege el principio protectorio?”<sup>456</sup>, resulta necesario romper el paradigma patriarcal en el cual nos encontramos inmersos, para que la protección que se busca lograr a través del derecho sea verdaderamente igualitaria, abarcativa e integradora.

Más allá de determinadas circunstancias, sobre todo biológicas, que hacen necesaria la existencia de institutos referidos particularmente a las mujeres trabajadoras, del análisis del ordenamiento jurídico se desprende que las normas están referidas a un “tipo” de persona que podemos identificar como “trabajador” (persona varón que trabaja). Sembrando la duda de si dichas normas son inclusivas y aplicables también al género femenino.

Esto tiene su razón de ser en el modelo histórico del trabajador “breadwinner” al que se refiere el autor antes citado, en el cual se habla de un masculino como cabeza de familia y fuente de ingresos encargado del sustento de la misma. Modelo, hay que decirlo, que resulta dañino para la sociedad debido a los avances y/o cambios que están mostrando las nuevas generaciones, en el cual la forma de vida desde una estructura encasilladora se ha ido desintegramiento para ir creando nuevas realidades mucho más diversas y libres.

Las familias actualmente se conforman de maneras muy distintas a las tradicionales, la mujer ha pasado a ser cabeza de familia en muchos casos, sin importar si dentro de la conformación de ésta se encuentra algún masculino.

Para brindar algún ejemplo de lo planteado podría decir que, si nos contextualizamos en un núcleo de composición tradicional, dicha situación podría darse frente al despido del varón asalariado, por lo cual la mujer tenga que ser la que ingresa al mercado laboral para compensar esa caída de ingresos. Pero saliendo de ese paradigma, la mujer, muchas veces es la principal y única fuente de ingresos en el caso de los hogares monomarentales.

Además, hay que recalcar que luego del proceso histórico de transformación económico, social y cultural que implicó la revolución industrial, y el avance que se dio con el capitalismo en vistas al trabajo como mecanismo de producción, se marcaron fuertemente las desigualdades, principalmente en contra de las mujeres, porque supuso un punto de ruptura histórico en la vida laboral de las mismas.

Las trabajadoras competían en el mercado laboral con los hombres, pero trabajaban sobre todo en las primeras fases de elaboración de la lana y en las

<sup>456</sup> COPPOLETTA Sebastián, A quien protege el principio protectorio. RC D 358/2021. Recuperado de : [https://www.academia.edu/49162294/A\\_quien\\_protege\\_el\\_principio\\_protectorio](https://www.academia.edu/49162294/A_quien_protege_el_principio_protectorio).

fábricas textiles, por ejemplo, lo que deriva de la tradicional división social del trabajo a la que vengo haciendo referencia, en la cual se les asignaban a los hombres las tareas que tal vez requerían más fuerza, y a las mujeres las que requieren más paciencia y prolijidad. Una explicación racional -no necesariamente verdadera- es el dimorfismo sexual: las mujeres son, en promedio, de menor talla que los hombres.

### III. El trabajo de casas particulares y las problemáticas de género.

Al hablar de las personas trabajadoras de casas particulares hacemos referencia, tal como lo acentúa la ley 26844 en su Artículo 2 a “*toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad*”.

Concepto éste abarcativo de todos los géneros, más allá de que no surja de la literalidad de la norma dicha diferenciación, como si lo hace por ejemplo el convenio 189 de la Organización Internacional del trabajo<sup>457</sup>, en su artículo 1 apartado “B” al referirse a la expresión “trabajador doméstico” el cual se utiliza para designar a toda persona de género *Femenino* o *Masculino*.

Cierto es que más allá de lo inclusivo de la norma, este campo del trabajo doméstico, en su mayoría lo realizan mujeres. Aquí existen profundas marcas de género y de clase, todas las encuestas de uso de tiempo en todos los países, ricos o pobres, del ámbito rural o urbano, muestran que son las mujeres las que realizan este trabajo.

Es inimaginable la no ejecución de estas tareas consideradas esenciales, tanto que con la inserción de las mujeres al ámbito laboral se vio la necesidad de que surjan estos nuevos puestos de trabajo ya que la disponibilidad de tiempo de las familias para realizar estas tareas se redujo progresivamente. En consecuencia, las familias recurren a otras personas para su ejecución, siempre en dinámicas feminizadas: familiares -abuelas, tías, hermanas- o, también, trabajadoras domésticas remuneradas.

Es tanta la notoriedad de que sea el género femenino el que se ocupa de esta labor que hasta algunas disposiciones incurren en marcar dicha diferenciación. Normas como puede ser la Ley de Contrato de Trabajo 20.744<sup>458</sup> en su Artículo 175, el cual está comprendido -dato no menor- dentro del Título

<sup>457</sup> C189 - Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. 2011 (Entrada en vigor: 05 septiembre 2013).

<sup>458</sup> Boletín Nacional. Decreto 390/1976. Bs. As., 13/5/1976

VII referido especialmente al “trabajo de mujeres” y que señala la prohibición de que éstas trasladen o continúen con la realización de actividades laborales en el seno del hogar. Se interpreta que ello sería porque implicaría una doble carga, con lo cual se presume que las tareas propias del hogar son realizadas por ellas, más allá de si dentro de la conformación de la misma existen personas de género masculino. Sintetizando, el art. 175, LCT se ocupa de que la mujer no se lleve trabajo para realizar en la casa, porque allí ya tiene ese otro trabajo no remunerado, atender a la familia.

Me importa recalcar entonces que no desmerezcamos el rol esencial que las trabajadoras domésticas remuneradas cumplen en la organización social del cuidado y en el funcionamiento de la economía. Que con su contratación permiten también que otras mujeres puedan tener más tiempo disponible para dedicar al mercado de trabajo, la educación u otras actividades. Lo que significa que las trabajadoras domésticas no solo participan ellas mismas del mercado de trabajo, sino que habilitan la inserción laboral de otras mujeres.

#### **IV. Impactos de género de la covid-19 en las relaciones laborales:**

La situación que se vivió a nivel mundial por COVID-19, conocida también como pandemia de coronavirus, sin dudas tuvo consecuencias en todas las personas y sectores imaginables, empero los efectos socioeconómicos de la pandemia impactan también en forma diferencial en el mundo del trabajo.

Las medidas de paralización, aislamientos que implicaron confinamiento en los hogares adoptadas en diversos países para contener el contagio afectaron a la fuerza de trabajo mundial.

En Argentina dentro de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio, el 19/03/2020. El artículo 6º de dicha norma establecía los servicios considerados esenciales a los fines de contener la extensión de la pandemia en el territorio nacional, dentro de las que destacamos: “1. Personal de salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo...5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y adolescentes... 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos...11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias ... 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios... 20. Servicios de lavandería (...) 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia ...”

De tal modo que muchas de estas actividades consideradas esenciales, en la región y el mundo, son feminizadas. Y este dato cobra especial relevancia considerando la alta exposición al riesgo de contagio de estas mujeres.

Por ello es importante recalcar también el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020 que consideraba presuntivamente a la COVID-19 como “una enfermedad de carácter profesional no listada”. Lo cual impacta en el cupo de personas trabajadoras de servicios de casas particulares, que ven intensificadas sus labores a la hora del aislamiento de cumplimiento necesario por parte del trabajador contagiado.

Quizás, donde más se deja entrever la brecha de género sea en cuestiones económicas, ya que teniendo en cuenta la gran tasa de informalidad que caracteriza a este sector, las medidas paliativas adoptadas por nuestro país (v.gr DNU 376/2020) no llegaban a alcanzarles, agudizando su situación de vulnerabilidad.

## **V. La informalidad**

El contrato de trabajo se caracteriza por ser informal, pero quizás uno de los pocos que sí son obligatorios, en cuanto a deberes formales, es el de la registración de la relación laboral. Esto se debe a la importancia que acarrea para el trabajador como principal damnificado, como para la sociedad en su conjunto porque se perjudica también, por ejemplo, a los sindicatos y obras sociales que se ven privados de los aportes que deben recibir o los jubilados que no pueden ver incrementados sus haberes por la falta de fondos, etc.

Asimismo, hay que destacar que si los trabajadores son informales difícilmente podrán ejercer sus derechos derivados del trabajo como el salario mínimo, el descanso, la limitación de la jornada laboral, la sindicalización y el derecho a la seguridad social. Incluso su libertad de trabajo, en ese contexto difícilmente puede ejercerse plenamente. Lo que implicaría una vulneración de derechos individuales básicos, y más aún el quebrantamiento a los derechos humanos correlativos de los mismos.

Además, otros de los derechos humanos en los que se puede hacer hincapié son el de la dignidad de la persona humana, consagrado en la declaración universal de los derechos humanos y abarcativo éste de muchos otros derechos, incluso también la igualdad consagrada en nuestra Constitución Nacional en el Art 16, como también el Art 75 inc. 23, que dispone expresamente que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes (...).

En el caso específico del contrato de trabajo que se desarrolla en casas particulares la registración deficiente tiene porcentajes mucho más elevados, así se desprende al menos de los datos estadísticos que nos brinda los Resultados de la ECETSS<sup>459</sup> 2018, respecto a condiciones de empleo, trabajo y salud de trabajadoras domésticas, según el cual<sup>460</sup>:

- En Argentina alrededor de 1,4 millones de personas están ocupadas en el trabajo doméstico en casas particulares.
- Es una actividad casi exclusivamente realizada por mujeres (99,3%) y concentrada en el tramo etario mayor a 35 años.
- En total representan 8,1% del total de la población ocupada del país y el 17,4% de las mujeres trabajadoras.
- El 44,2% de las Trabajadoras Domésticas en Casas Particulares (TDCP) son jefas de hogar.
- El 76,8% de las trabajadoras domésticas en casas particulares son informales (no registradas), es decir que su empleador no les realiza aportes jubilatorios.
- La tasa de no registro es mayor cuanto menor es la cantidad de horas que trabajan en el empleo principal (casa de mayor cantidad de horas).
- La tasa de informalidad es mayor para aquellas trabajadoras con poca antigüedad en el puesto de trabajo (menor a 1 año).
- Las trabajadoras no registradas cuentan con un bajo nivel de acceso a derechos como obra social (9,4%), aguinaldo (18,8%) y seguro de accidente (3,3%).
- Con respecto a las licencias, solo 13,9% dice tener vacaciones pagas, 16,4% días pagos por enfermedad, 5,2% licencia por maternidad.
- La tenencia o acceso a derechos sociales se incrementa a medida que aumenta la cantidad de horas trabajadas y la antigüedad en el puesto, en consonancia con la mayor registración.

Estos son solo algunos de los datos recogidos a nivel país, de los más actuales que se logran conseguir, pero desde hace décadas se debate la gran tasa de informalidad que sufre este colectivo, lo que se muestra con el avance normativo que se ha ido consiguiendo, como por ejemplo el decreto-ley 326/56 y sus modificatorias, así como el decreto 7979/56 y modificatorias y el decreto 14.785/57 que hasta el año 2013, con la sanción de la ley 26.844, eran los que regulaban las relaciones laborales del personal del servicio doméstico.

<sup>459</sup> Abreviatura de: Encuesta Nacional a trabajadores sobre Condiciones de Empleo, Trabajo, Salud y Seguridad.

<sup>460</sup> Equipo de trabajo del Observatorio de Salud y Seguridad en el Trabajo y Equipo de trabajo de la Dirección General de Estudios y Estadísticas Laborales de la Subsecretaría de Planificación, Estudios y Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.2020. [https://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/ecetss/ecetss\\_casas-particulares.pdf](https://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/ecetss/ecetss_casas-particulares.pdf)



A su vez, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicó una noticia en su página oficial con fecha 17 de noviembre de 2021, referida a las condiciones del trabajo doméstico en América Latina y el Caribe luego de que se aprobara el Convenio 189 de la OIT hace una década<sup>461</sup>. En esta se enuncian los avances que se consiguieron con la sanción de la disposición antes mencionada, que implicó sin dudas un paso legal más, y de compromiso político por parte de los países que lo ratificaron. Pero, con las estadísticas queda claro que hay un gran camino por recorrer todavía en materia de formalización y cumplimiento efectivo de las leyes.

Con la exposición de estos datos, que surgen de los trabajos realizados tanto a nivel nacional como internacional, más allá de ser pasibles de ponderación, busco una complementación que ayude a clarificar la importancia y necesidad de compromiso para con este sector de personas trabajadoras y específicamente enfocándonos en el género femenino, ya que es muy significativo el componente de informalidad e ilegalidad de las mujeres trabajadoras.

Entre otras implicancias, resulta valioso mencionar que el no registro disminuye el acceso de las trabajadoras a derechos sociales como aguinaldo, obra social derivada de su trabajo y licencias; y les impide estar cubiertas por el sistema de riesgos del trabajo y recibir las prestaciones que el mismo prevé en caso de accidentes laborales o enfermedades profesionales lo cual también hace al deber de alerta que se hace necesaria a estas alturas en la materia. También restringe la posibilidad de ejercer derechos sindicales, que prácticamente son inexistentes en el sector.

## **VI. Algunos aspectos positivos de la ley 26.844**

1. La inclusión en el ámbito de la misma a las personas que cumplen tareas de cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad (artículo 2º) quedando excluidas los dedicados al cuidado de enfermo terapéutico o que requieren habilitación profesional específica.
2. La posibilidad de utilizar las modalidades de contratación previstas en la LCT (indeterminado, plazo fijo, por temporada, eventual) (art. 1º - 2º párr.) Ver art. 92 ter. LCT, que se aplica supletoriamente, reducción de jornada.
3. La percepción de las asignaciones familiares por maternidad, embarazo para protección social y la asignación universal por hijo para protección social a cargo del ANSES, incluso para los de temporada. El resto de las asignaciones familiares previstas en la ley 24.714 no se aplican.

<sup>461</sup> Organización Internacional del trabajo. Publicaciones. [https://ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_828585/lang--es/index.htm](https://ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_828585/lang--es/index.htm)

4. La incorporación plena de los trabajadores domésticos a la ley de riesgos del trabajo (art. 74). El empleador debe afiliar al trabajador a una ART, y si no lo hace en un tiempo determinado, la Superintendencia le aplica una al azar.
5. Una mayor protección en caso de embarazo, maternidad y licencias por enfermedad.

Pero sin lugar a dudas, el aporte más importante del estatuto de empleadas domésticas (ley 26.844 de 2013, Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares) es el avance que éste mismo constituyó en materia de Derecho Humanos Laborales, ya que incorporó a centenares de miles de trabajadoras a las relaciones de trabajo que hasta ese momento estaban afuera.

## VII. Conclusiones.

Sin lugar a dudas la sanción de la ley 26.844 implicó un gran avance, pero sin buscar ser reiterativa, dicha normativa no ha logrado una solución sustancial en relación al mayor problema que sufren los trabajadores domésticos, la informalidad.

Es aquí donde el Estado debe poner su mirada, ampliando las acciones y protecciones jurídicas para avanzar en términos de igualdad sustancial.

Propongo ubicarse frente a la realidad de la problemática, planteando nuevos modelos económicos y políticos que den cuenta a las necesidades del contexto.

En cuanto a las brechas de género, provocadoras de tan mencionados e innumerables perjuicios, se requiere lograr un diálogo social constructivo y coherente sobre la igualdad de género.

No se trata sólo de que los organismos nacionales responsables de las cuestiones de género tengan más presente la temática del mundo del trabajo, también es fundamental que las instituciones nacionales de diálogo social aborden los problemas de género más seriamente en sus políticas y programas.

Se debería recurrir a medidas proactivas, como medidas de discriminación positiva, actividades de sensibilización sobre los derechos de los trabajadores, un desarrollo permanente de las competencias profesionales, y el empoderamiento económico de la mujer.

Se debe impulsar al diálogo social que integre la igualdad de género, que se pueda influir en la dirigencia política y así que existan mayores iniciativas políticas para el sector. Aumentar la participación de la mujer y mejorar su situación en los procesos de diálogos e introducir la perspectiva de género en las cuestiones que se examinan en la agenda de diálogo social a fin de reflejar la naturaleza cambiante de los mercados de trabajo y de los modelos vigentes en el mundo del trabajo.

# LA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE CUPO LABORAL TRANS EN EL ÁMBITO PRIVADO Y LA DICOTOMÍA: ¿DERECHO A TRABAJAR O DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN? ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por: Graciliana A. Córdoba Negui  
Tutoría: Leticia Celli

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes. A. Principios de Yogyakarta. B. Ley N° 26.743 de Identidad de Género. C. Ley N° 14.783 de “Cupo Laboral Travesti y Trans” de la Provincia de Buenos Aires. D. Decreto 721/2020. III. Desarrollo. A. Personas travestis, transexuales y transgénero. B. Ley N° 27.636: ¿Qué dice esta normativa? IV. Comparaciones. A derecho a trabajar, B. derecho a la libre contratación. V. ¿Colisión de derechos? VI. Conclusiones. VII. Examen crítico.

## I. Introducción

En el mes de junio del año 2021 se sancionó la Ley N° 27.636<sup>462</sup> de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero. A ella se la reconoce con el nombre de Diana Sacayán<sup>463</sup> y Lohana Berkins<sup>464</sup>, ambas militantes referentes en la lucha por los derechos humanos, en general, y del colectivo de personas travestis, transexuales y transgénero, en particular.

En 2015, Diana fue asesinada en un crimen motivado por odio basado en su identidad de género. Este hecho, lamentablemente, no hace más que graficar la situación de vulnerabilidad a la que se ve sujeto este grupo de personas que, a lo largo de la historia, ha sido víctima de persecuciones, discriminación

<sup>462</sup> Texto de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/351815/norma.htm>

<sup>463</sup> Diana Sacayán fue la primera travesti es recibir su DNI con la inscripción del género femenino en 2012 tras de la sanción de la Ley N° 26.743 de Identidad de Género. Se convirtió en referente y militante por los Derechos Humanos y trabajadora del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Impulsó, entre otras iniciativas, la Ley de Cupo Laboral Trans - Travesti.

<sup>464</sup> Activista travesti pionera en la lucha por la identidad de género. En 1994 fundó la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT).

y exclusión social. Situación de la cual no se ve exento el ámbito laboral. A raíz de los estigmas sociales las personas travestis, transexuales y transgénero, aún en la actualidad, experimentan obstáculos sistemáticos que les impiden gozar de derechos humanos básicos. Dentro de ellos podemos mencionar la falta de acceso a la salud, vivienda, alimento, educación y, por supuesto, al trabajo.

En cuanto a este último punto, que motiva la redacción de este ensayo, es importante destacar que las disidencias en roles respecto al paradigma hegemónico como modelo de sociedad imperante, estas personas ven cercenadas sus posibilidades de acceso a un empleo formal en la mayoría de los casos por cuestiones de discriminación, lo cual muchas veces desemboca en el ejercicio de la prostitución<sup>465</sup>, motivado por la necesidad y no por una elección personal como fuente laboral de ingresos. La ley antes mencionada, si bien permite avanzar en el reconocimiento de derechos de estas personas a trabajar en condiciones dignas y proyectar una vida en igualdad de condiciones, se limita a establecer al menos la reserva del 1% de cargos y vacantes para el colectivo trans en el ámbito público nacional.

El objetivo de este trabajo es analizar también la posibilidad de tal implementación en el ámbito privado, teniendo como enfoque principal el respeto por los Derechos Humanos y los diferentes instrumentos legales que los reglamentan.

## II. Antecedentes

A los fines de realizar un desarrollo sobre los antecedentes de la ley que nos ocupa, me voy a limitar a hacer una escueta mención de aquellos instrumentos legales que, en mi consideración, resultan más relevantes sin pretender con ello agotar el tema.

### a. Principios de Yogyakarta

Los Principios de Yogyakarta<sup>466</sup> son una serie de principios sobre cómo

<sup>465</sup> Según una investigación sobre la situación del “colectivo trans” en la Ciudad de Buenos Aires, que lleva por título “La Revolución de las Mariposas: A diez años de La Gesta del Nombre Propio”, realizada por el Programa de Género y Diversidad Sexual del Ministerio Público de la Defensa de la C.A.B.A. juntamente con el Bachillerato Popular Trans “Mocha Celis” y publicada en Marzo de 2017, la principal fuente de ingresos (70%) de Travestis y Mujeres Trans es la prostitución, situación a su vez relacionada con el nivel educativo alcanzado.

<sup>466</sup> El documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), por 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, incluyendo miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, reunidos en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006.

<sup>Los</sup> Principios de Yogyakarta fueron presentados, como una carta global para los derechos LGBT, el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra. Estos principios

se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Estos Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir<sup>467</sup>.

Su finalidad es orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciendo unos estándares básicos para evitar los abusos y dar protección a los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).

En lo que ahora nos interesa, este documento en su introducción establece que “se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los aminoramientos”<sup>468</sup>.

Cómo se verá a continuación, esta idea de autopercepción entendida como “la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona” será luego receptada por la Ley de Identidad de Género, permitiendo así un primer alejamiento de la tradicional concepción binaria que identifica el género con el sexo atribuido desde el momento del nacimiento.

#### **b. Ley 26.743 de identidad de género**

La Ley N° 26.743, sancionada en 2012, significó para el colectivo un punto de partida “tanto político como simbólico”<sup>469</sup> hacia la conquista, aún inacabada, de ciertos derechos en pos de lograr una sociedad con igualdad. La misma garantiza el derecho a la identidad de género autopercebida.

La palabra género, según la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>470</sup>, “se refiere a los roles, las características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las personas con identidades no binarias”. Sin embargo, entiende que “no es un concepto estático, sino que cambia con el tiempo y el lugar”. Si bien entiende que “el género interactúa con el sexo biológico”, es un concepto distinto.

---

no han sido adoptados por los Estados en un tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, sus redactores pretenden que sean adoptados como una norma universal, esto es, un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados, ante lo cual algunos países han expresado sus reservas.

<sup>467</sup> Texto de la norma disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/>

<sup>468</sup> Texto de la norma disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/#2>

<sup>469</sup> “Ley Diana Sacayán-Lohana Berkins: Una legislación que nos devuelve la dignidad”. Texto del artículo de opinión disponible en: <https://agenciasudaka.com.ar/ley-diana-sacayan-lohana-berkins-una-legislacion-que-nos-devuelve-la-dignidad/>. Por Claudia Vásquez Haro

<sup>470</sup> Texto disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>

Asimismo, esta ley permite la rectificación del sexo y cambio de nombre ante el Registro Nacional de las Personas, sin necesidad de trámite judicial o administrativo previo, aclarando en su Art. 72 que dicha rectificación registral “no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral”.

Por su parte, en su art. 11 ordena la inclusión en el Programa Médico Obligatorio, de todos aquellos tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género: tratamientos integrales hormonales o intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial.

#### **c. Ley de cupo laboral travesti y trans en la Provincia de Buenos Aires**

El cupo laboral “trans” fue conquistado por primera vez en la Provincia de Buenos Aires en el año 2015 mediante la sanción de la Ley 14.783<sup>471</sup> que lleva el nombre de Diana Sacayán.

La misma en su art. 1° establece que *“El Sector Público de la Provincia de Buenos Aires, debe ocupar, en una proporción no inferior al uno por ciento (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 real de oportunidades en el empleo público.”*

El art. 6 consagra el principio de no discriminación, entendiendo que *“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 su identidad de género”.*

Con posterioridad, partiendo de esa experiencia, se presentaron y sancionaron leyes de cupo e inclusión en otras provincias y ciudades del país; así, Chubut aprobó el “Cupo Laboral Trans” el 17 de mayo de 2018; le siguieron Río Negro y Chaco en septiembre y noviembre de 2018, respectivamente, y Santa Fe la aprobó el 31 de octubre de 2019; en la provincia de Córdoba, Bell Ville fue el primer municipio en aprobar cupo laboral trans en agosto de 2016.

#### **d. Decreto 721/2020**

Sin dudas el antecedente directo de la Ley N° 27.636 es el Decreto N° 721 del año 2020 -que a su vez tuvo como precedente la referida Ley N° 14.783 de la Provincia de Buenos Aires- mediante el cual se busca dar cumplimiento al compromiso asumido a través de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos -algunos de ellos en nuestro sistema jurídico gozan de jerarquía constitucional conforme al Art. 75 inc. 12 de la C.N.- garantizando así la igualdad de derechos.

<sup>471</sup> Texto de la norma disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/05zOof5x.html>

Los puntos más relevantes son:

i. Cupo Laboral: se establece que las personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad, deberán ocupar cargos en el sector público nacional en una proporción no inferior al 1% del total de los cargos, porcentaje que se aplica a todas las modalidades de contratación vigentes.

ii. Reserva de puesto: se deberán establecer reservas de puestos de trabajo para personas travestis, transexuales o transgénero para garantizar el cumplimiento del cupo laboral.

iii. Personas destinatarias: esta norma aplica a las personas travestis, transexuales y transgénero, hayan o no efectuado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen.

iv. No discriminación: toda persona travesti, transexual o transgénero tiene derecho a un trabajo digno y productivo; condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de identidad de género o su expresión. No podrán establecerse requisitos de empleabilidad que obstruyan el ejercicio de estos derechos.

v. Educación: si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no tienen la educación secundaria completa, podrán ingresar a trabajar con la condición de cursar y finalizar el nivel educativo faltante. La Unidad de Coordinación Interministerial deberá garantizar la formación educativa obligatoria y la capacitación de las personas travestis, transexuales y transgénero para adecuar su situación a los requisitos formales para el puesto de trabajo.

vi. Capacitación: el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y el Instituto Nacional de la Administración Pública deberá capacitar al personal del Poder Ejecutivo Nacional para asegurar que la inclusión de las personas travestis, transexuales o transgéneros en los puestos de trabajo se realice en condiciones de respeto a su identidad.

vii. Registro de anotación voluntaria: se crea el Registro de anotación voluntaria llamado Registro Único de Aspirantes Travestis, Transexuales y/o Transgénero Diana Sacayán - Lohana Berkins. En este Registro estarán los perfiles laborales de las personas inscriptas. La inscripción no se considerará requisito, en ningún caso, para el ingreso de personas travestis, transexuales o transgénero a un empleo en el Sector Público Nacional.

viii. Cargos cubiertos: el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad efectuará el seguimiento de la cantidad cubierta con personas travestis, transexuales y transgénero sobre los totales de cargos de la planta permanente y transitoria y el total de los contratos existentes del Sector Público Nacional.

ix. Unidad de Coordinación Interministerial: ella estará integrada por representantes del Ministerio citado, la Secretaría de Gestión y Empleo Público

de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y el Ministerio de Educación. Cada organismo designará 2 representantes con rango no inferior a director o directora nacional.

x. Funciones de la Unidad Coordinación Interministerial: son sus funciones:

-Elaborar el Plan de Implementación del cupo laboral: identificar y establecer un diagnóstico inicial, los procesos, etapas, procedimientos, mecanismos de seguimiento y control, y plazos para su cumplimiento efectivo.

-Garantizar los mecanismos y procedimientos de coordinación interinstitucional necesarios para el cumplimiento del cupo laboral.

-Garantizar los espacios de educación necesarios para las personas travestis, transexuales y transgénero que necesitan completar los estudios obligatorios.

-Garantizar espacios de capacitación para el empleo y formación laboral que necesitan las personas travestis, transexuales y transgénero.

-Promover mecanismos de acompañamiento para la permanencia en el empleo de las personas travestis, transexuales y transgénero.

-Proponer al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad medidas de sensibilización, guías de actuación y capacitaciones para las áreas de gestión de los recursos humanos para prevenir comportamientos discriminatorios y promover el trato digno e igualitario.

-Promover espacios de coordinación y participación de las entidades gremiales con representación en el Sector Público Nacional.

-Promover instancias de participación de las organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia para la implementación de estas normas.

### III. Desarrollo

#### a. Personas travestis, transexuales y transgénero

Hasta aquí hemos hecho una breve referencia de algunos de los antecedentes que influyeron en la sanción de la Ley N° 27.636 de Cupo Laboral Trans, pero todavía no nos hemos detenido a definir qué se entiende por travestis, transexuales y transgénero.

En tal sentido la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México define una serie de conceptos de interés en la materia<sup>472</sup>:

– Cisgénero: palabra que define a las personas cuya identidad de géne-

<sup>472</sup> CERVANTES, Julio César, “Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis. Programa de Salud, Sexualidad y VIH”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. Área de emisión: Primera Visitaduría General. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/31-DH-Transgenero.pdf>



ro y sexo asignado al nacer coinciden.

- Mujeres Trans: se refiere a personas cuyo sexo asignado al nacer fue considerado social y biológicamente como hombre o masculino mientras que su identidad de género es de mujer o femenina.
- Hombres Trans: se refiere a aquellas personas cuyo sexo asignado al nacer es considerado social y biológicamente como mujer o femenino mientras que su identidad de género es de hombre o masculina.
- Persona Trans: este término también puede ser utilizado por alguien que se auto-identifica fuera del binario mujer/hombre. Adicionalmente, algunas Mujeres Trans se auto-identifican como mujeres, y algunos Hombres Trans se auto-identifican como hombres.
- Transgénero o Trans: se refiere al término paraguas utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género (incluyendo transexuales, travestis, entre otras), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. Las Personas Trans construyen su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos; sin embargo, éstas pueden ser necesarias para la construcción de la identidad de género de algunas Personas Trans.
- Transexual: se refiere a las personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes a un género diferente al que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.
- Travesti: se refiere a las personas que gustan de presentar un aspecto, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes, considerados socialmente como propios de un género diferente al suyo. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo o sus características sexuales, de forma permanente. El travestismo no implica ser homosexual ni viceversa.

#### **b. Ley 27.636: ¿Qué dice esta normativa?**

En consonancia con lo anteriormente expuesto, el art. 3 de la Ley 27.636 establece: “entiéndese por personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se autoperciben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer.”

A los fines del contenido de esta ley, me remito a resumir una publicación realizada por la organización Amnistía Internacional<sup>473</sup> con fecha 2 de julio de 2021, con motivo de su promulgación:

<sup>473</sup> <https://amnistia.org.ar/la-promulgacion-de-la-ley-de-cupo-laboral-travesti-trans-es-una-victoria-de-derechos-humanos-para-un-colectivo-historicamente-excluido/>

¿Qué dice la norma?

- La ley avanza con una mirada integral, federal y transversal. Exige a los organismos del sector público nacional a promover acciones de sensibilización con perspectiva de género y de diversidad sexual en los ámbitos laborales para contribuir a una efectiva inclusión.
- Los empleadores que contraten trabajadores de la comunidad trans-travesti tendrán un incentivo tributario para fomentar más acceso al empleo.
- Si los aspirantes no completaron su educación obligatoria, se garantizará su ingreso laboral con la condición de cursar y finalizar sus estudios.
- Se promueven líneas de crédito con tasa preferencial para el financiamiento de emprendimientos, destinados específicamente a personas solicitantes travestis, transexuales y transgénero.
- También se prevén criterios de prioridad para la compra de insumos y provisiones a personas jurídicas que incluya en su planta laboral a personas del colectivo trans.

Además de ello, reconociendo que la trayectoria de vida de este colectivo se encuentra atravesada por la estigmatización y criminalización, el art. 7 establece que *“no podrán ser valorados los antecedentes contravencionales”, ni tampoco los “los antecedentes penales de las/los postulantes, que resulten irrelevantes para el acceso al puesto laboral”*.

#### IV. Comparaciones

En oportunidad de la presentación del tema y la fundamentación de la elección del mismo, me propuse plantear la colisión entre dos derechos que parecerían encontrarse en pugna al momento de pensar en la posible implementación para el ámbito privado de una regulación que haga efectivo el derecho a trabajar de personas travestis, transexuales y transgénero.

##### a) Derecho a trabajar

El derecho a trabajar constituye un derecho humano fundamental y ello es así porque implica la puerta de acceso a otros derechos básicos -tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a los beneficios de la seguridad social-, que hacen nada más ni nada menos que a la supervivencia de la persona y constituyen una parte inseparable e inherente a su dignidad humana.

Y tal es su importancia que se encuentra regulado en una multiplicidad de instrumentos jurídicos. Entre ellos, caben mencionar:

- El art. 14 de nuestra Carta Magna<sup>474</sup> establece que *“Todos los habitan-*

<sup>474</sup> Texto de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

*tes 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...”*.

Por su parte, el Principio N° 12 de Yogyakarta<sup>475</sup> dice que *“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”*.

Al mismo tiempo se recomienda a los Estados:

a. Adoptar 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;

b. Eliminar 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.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>476</sup>, en su art. 23 reconoce 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”*.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>477</sup> en su art. 7 menciona: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:*

<sup>475</sup> Texto de la norma disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/principle-12-sp/>

<sup>476</sup> Esta declaración es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, en París, que propone 30 artículos de los derechos humanos considerados básicos o fundamentales, de los cuales deben gozar todas las personas en el mundo. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>477</sup> Texto de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

a. Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i. un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii. condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b. La seguridad y la higiene en el trabajo;

c. Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d. El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

b) Derecho a la libre contratación

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a trabajar, mencionado precedentemente, no se encuentran en el “derecho laboral internacional” normas tendientes a asegurar el derecho a la libre contratación del empleador/empresario entendido como tal.

En principio, se entiende que las partes involucradas en una relación laboral pueden acordar “libremente” las condiciones en que se desarrollará. Esta libertad de las partes, sin embargo, encuentra como límite infranqueable al orden público laboral. El Código Civil y Comercial de la Nación<sup>478</sup> en su art. 958 establece: “*Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*”. A mi entender, rige en la materia el principio de la autonomía de la voluntad, con los límites señalados en dicho artículo.

Por su parte, no podemos olvidar que el orden público laboral imperante en la materia implica una clara limitación a esa autonomía de la voluntad, en pos de equilibrar las desigualdades (principalmente económicas) entre empleador-trabajador y para favorecer a la parte más débil en la relación de trabajo.

## V. ¿Colisión de derechos?

El derecho al trabajo forma parte de un grupo de derechos laborales que son incluidos dentro del selecto listado de Derechos Humanos<sup>479</sup>, no así el

<sup>478</sup> Texto de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

<sup>479</sup> CANESSA MONTEJO, Miguel, Los “Derechos Humanos laborales en el Derecho Internacional”:

derecho a la libre contratación.

Considerar al derecho al trabajo como un derecho humano trae aparejada su caracterización como derecho universal, inalienable, interdependiente, indivisible, igual y no discriminatorio y que establece derechos y obligaciones<sup>480</sup>.

*Oscar Ermida Uriarte señala que los Derechos Humanos se caracterizan por: a) Obligan a todos los estados, hayan o no ratificado los instrumentos supranacionales; b) Tienen efectos erga omnes y se dirigen a gobiernos e individuos; c) Pueden ser reclamados por cualquier persona o estado; d) Son universales; e) Poseen multiplicidad de fuentes. Pablo Luis Manili apunta los siguientes caracteres: a) Innatos e inherentes a la persona; b) Necesarios; c) Inalienables; d) Imprescriptibles; e) Oponibles erga omnes; f) Universales y g) Indivisibles e interdependientes. Rolando Gialdino indica como principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la dignidad humana (principia máxima), plenitud, fraternidad, interdependencia e indivisibilidad, efectividad, opción preferencial o justicia social, progresividad y pro persona (pro homine)<sup>481</sup>.*

Todo ello implica, a mi modo de entender, que existe una jerarquía normativa según la cual prevalecería el derecho del trabajador por sobre el derecho del empleador/empresario.

La consagración del derecho a trabajar como Derecho Humano, supone la aplicación del principio del deber de adoptar medidas internas que lo tornen operativo y, por lo tanto, obliga al Estado a realizar las reformas legislativas que sean necesarias para su debida implementación. Es aquí donde encuentro el fundamento a la posible regulación de una norma similar a la ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero en el ámbito privado.

---

“Este grupo de derechos laborales son: la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado y las vacaciones periódicas pagadas), el derecho a un remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa, el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo, el derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, la libertad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social (la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc.), la protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a personas con discapacidad”.

<sup>480</sup> ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014, p. 20.

<sup>481</sup> Párrafo extraído de ARESE, C. *ibid* ídem, pág. 6.

## VI. Conclusiones

La sanción de la Ley 27.636 implica, sin lugar a dudas, un avance en materia de ampliación de derechos humanos de las personas travestis, transexuales y transgénero. Es tal la relevancia que se cree incluso extenderá posiblemente los límites de su expectativa de vida que hoy en día ronda los 37 años<sup>482</sup>.

Si bien la Ley 27.636 en su art. 11<sup>483</sup> establece una serie de beneficios tributarios en pos de incentivar la contratación de personas travestis, transexuales y transgénero por parte de empleadores del sector privado, ello resulta marcadamente insuficiente. Las distintas estadísticas analizadas coinciden en arrojar resultados que reflejan la directa relación que existe entre la falta de acceso a un empleo formal y el ejercicio de la prostitución en personas trans, travestis y transgénero, principalmente en el caso de mujeres.

Así, en el Proyecto de Investigación llevado a cabo por el Programa de Género y Diversidad Sexual del Ministerio Público de la Defensa de la C.A.B.A. juntamente con el Bachillerato Popular Trans Mocha Celis que culmina en la publicación de *“La Revolución de las Mariposas: A diez años de La Gesta del Nombre Propio”*<sup>484</sup> publicado en Marzo de 2017, se indican los siguientes resultados cuantitativos y valorativos sobre la situación del contingente estudiado<sup>485</sup>.

<sup>482</sup> <https://www.cippec.org/textual/40-anos-menos-de-vida-el-precio-de-ser-una-misma/>

<sup>483</sup> Texto de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/351815/norma.htm>

<sup>484</sup> Programa de Género y Diversidad Sexual del Ministerio Público de la Defensa de la C.A.B.A. que, juntamente con el Bachillerato Popular Trans Mocha Celis, decidió publicar dicha investigación

<sup>485</sup> - “En el caso de las mujeres trans y travestis, el alejamiento temprano, forzado o no, del hogar familiar y, consecuentemente, la pronta interrupción del proceso educativo intervienen de manera directa y negativa en sus posibilidades de acceso a un empleo y en el precoz ingreso a la prostitución como única alternativa de generación de ingresos.

- Solo el 9% de las mujeres trans que fueron encuestadas para esta investigación dijo estar inserta en el mercado formal de trabajo, al tiempo que el 15% manifestó tareas informales de carácter precario y un 3,6%, vivir de beneficios provenientes de diversas políticas públicas. Para el resto, más del 70%, la prostitución sigue siendo la principal fuente de ingresos.

- En el caso de los hombres trans, el 85% de quienes fueron encuestados dijo contar con un trabajo: el 48,5% de carácter informal; el 36,4%, formal, y el 15% restante vivía de la ayuda familiar.

- A fin de conocer la trayectoria laboral del colectivo trans, se preguntó si alguna vez, aunque sea por poco tiempo y con posterioridad a asumir socialmente la identidad/expresión de género auto-percibida, habían tenido alguna actividad laboral (formal o informal). Las respuestas revelaron que el 51,5% de las mujeres trans y travestis nunca tuvo un trabajo.

- Al indagar específicamente sobre la participación de mujeres trans y travestis en un empleo formal, aunque sea por poco tiempo y con posterioridad a asumir socialmente la identidad/expresión de género autopercibida, el 88% dijo que nunca había tenido un empleo de este carácter. El 12% lo tuvo, en su mayoría, en el sector estatal.

- Diferentes son los números para los hombres trans. El 48,5% de ellos manifestó haber tenido un empleo formal, aunque sea por poco tiempo y con posterioridad a la asunción social de la identidad/expresión de género autopercibida, mientras que el 51,5% restante no lo tuvo. Del total de quienes dijeron haber tenido un empleo formal, el 25% lo desarrolló en el Estado; el 68,8%, en alguna institución privada, y el 6,2%, en ambos sectores” (ob. cit., pág. 61).

De las citas precedentes, caben resaltar dos cosas: 1) por un lado, el ejercicio de la prostitución como principal fuente de ingresos se da en las Mujeres Trans (70%); 2) por el otro, en cuanto a las posibilidades de acceso al trabajo, se destacan las diferencias a favor de los Hombres Trans sobre las Mujeres Trans, tanto en el empleo “informal” (en los primeros llega al 48,5% mientras que en las segundas es del 15%) como también en el “formal” (en los Hombres Trans es del 36,4% cuando en las Mujeres Trans es del 9%).

Por otro lado, en la portada de la página web de la Organización Contratá Trans<sup>486</sup> se muestra que, en el colectivo en cuestión: 1) el 60% ejerce la prostitución o el trabajo sexual; 2) 40 años es su expectativa de vida; 3) el 70% nunca fue a entrevista laboral luego de asumir su identidad de género<sup>487</sup>.

Por último, de acuerdo al relevamiento realizado en 2020 por la empresa de contratación de personal “Adecco Argentina”, en más de 340 Departamentos de Recursos Humanos de compañías nacionales y multinacionales que desarrollan actividades en el país, el 90% de las empresas no cuenta con políticas proactivas para la contratación de personas trans. Asimismo, un 63% de las personas consultadas reconocieron no contemplar estrategias para evitar sesgos inconscientes en sus procesos de selección<sup>488</sup>.

## VII. Examen crítico

Si bien creo que el objetivo del trabajo, cuál era dar respuesta a la aparente colisión de derechos en juego ya estaba resuelto, no fue sino a partir de la exposición del presente trabajo lo que me llevó a plantearme nuevas inquietudes e incluso a realizar pequeñas modificaciones sobre el trabajo originalmente presentado.

Las estadísticas recientemente expuestas, la innegable relación entre la falta de acceso a un empleo formal con la prostitución y la consecuente y alarmante expectativa de vida del colectivo trans no hacen más que demostrar una realidad muchas veces oculta.

En las normas estudiadas mucho se habla de libertad e igualdad constantemente, pero: ¿de qué libertad hablamos cuando con frecuencia vemos personas trans encarceladas por quienes deberían protegerlas amparándose en normas vagas de códigos contravencionales de dudosa legitimidad?

¿De qué igualdad hablamos si su expectativa de vida no supera los 40 años, mientras que en el promedio de la población total de nuestro país es de 77 años?<sup>489</sup>

<sup>486</sup> <https://www.contratatrans.org/>

<sup>487</sup> Contratá Trans es un programa integral para mejorar las condiciones de inserción socio-laboral de las personas trans. Es un proyecto liderado por Impacto Digital, una Asociación Civil sin fines de lucro.

<sup>488</sup> <https://www.adecco.com.ar/blog/la-inclusion-laboral-trans-sector-privado/#>

<sup>489</sup> <https://www.cippec.org/textual/40-anos-menos-de-vida-el-precio-de-ser-una-misma/>

¿Cómo podemos creer que existe igualdad de oportunidades si existe un grupo de personas que no tiene, si quiera, la posibilidad de acceder a una entrevista laboral?

¿Cómo hablar de acceso a la educación si en muchos casos la deserción escolar en personas trans es debida a constantes humillaciones a las que se ven enfrentadas en los distintos ámbitos educativos?

¿Cómo negar que la identidad y expresión de género son causales de exclusión social y pobreza?<sup>490</sup>.

Luego de plasmar las inquietudes precedentes, ellas son demostrativas de esta conclusión a la que arribamos: aún falta camino por recorrer. “La consagración de los derechos en textos constitucionales y legales es un paso fundamental. Pero es sólo parte del camino. Luego viene la tarea de concretarlos, de hacerlos reales en la vida cotidiana y en las prácticas sociales<sup>491</sup>”. Pero ello no será posible mientras no se produzca un cambio de paradigma en el cual se le dé el debido respeto a la identidad autopercebida de cada persona.

---

<sup>490</sup> Véase: CABRAL, Mauro y HOFFMAN, Johanna (2009). Me preguntaron cómo vivía/sobreviviendo, dije, sobreviviendo. Trans Latinoamericanas en situación de extrema pobreza. Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas. <https://iglhrc.org/sites/default/files/262-1.doc>

<sup>491</sup> La Revolución de las Mariposas: A diez años de La Gesta del Nombre Propio. Publicación del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Marzo de 2017 - [https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la\\_revolucion\\_de\\_las\\_mariposas.pdf](https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf)



## SÍNDROME DEL BURNOUT

*Por: María Pilar Iannaccone  
Tutoria: Itati Demarchi*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Síndrome de Burnout. A. Origen del término. B. Definición. C. ¿Quiénes padecen el Síndrome de Burnout? III. Un supuesto específico: trabajo remoto o teletrabajo. IV. Efectos secundarios, consecuencias y secuelas. V. Caracterización por la Organización Mundial de la Salud. V. Conclusión en cuanto a la mecánica del síndrome de Burnout. VI. Derecho a la salud. A. Concepto de Salud. B. Derecho a la salud. 1. Definición e importancia. 2. Reconocimiento constitucional e internacional. 3. La salud en el derecho del trabajo. VII. Ley de Riesgos del Trabajo. A. Consideraciones generales. Importancia. B. Reconocimiento de enfermedades profesionales. C. Procedimiento para hacer efectiva la reparación. VII. Conclusión

### I. Introducción:

En el presente trabajo comprenderemos la temática del Síndrome de Burnout, o también denominado síndrome del trabajador quemado, con el objetivo de demostrar su importancia actual, dada tanto por la trascendencia que posee en la actualidad debido a la concurrencia de casos, como también por el sistema de protección que debe ser brindado a los trabajadores que padecen dicha afección generadora de consecuencias físicas y psicológicas. Asimismo, y a los fines de entablar las relaciones correspondientes, se expondrá el derecho a la salud, como un derecho fundamental, y su vinculación con los derechos humanos laborales, ciertos aspectos puntuales de la Ley de Riesgos del trabajo, y casos jurisprudenciales, con el fin último de demostrar el necesario reconocimiento del síndrome de Burnout como enfermedad profesional.

### II. Síndrome de Burnout

#### a. Origen del término. Definición.

El término Burnout (cuyas traducciones al español son, entre otras, “estar quemado”, “consumido”, “apagado”) fue acuñado, por primera vez, en el año 1974 por Herbert Freudenberger, un médico psiquiatra que hizo uso del

mismo para describir un patrón de conducta que se observaba en los trabajadores, el cual consistía en un estado de agotamiento físico y mental, dado de manera prolongada en el tiempo, y que se presentaba ante la pérdida de motivación e interés por el trabajo, lo cual podía ser constatado a través de diversos síntomas, como la ansiedad y depresión.

Más precisamente, Freudenberger lo ha definido como la “sensación de fracaso y una existencia agotada o gastada que resultaba de una sobrecarga por exigencias de energías, recursos personales o fuerza espiritual del trabajador”<sup>492</sup>. Sin perjuicio de que, en la evolución histórica de este concepto, han ido surgiendo otras definiciones. A modo de ejemplo citamos la definición brindada por Pines y Kafry, entendiéndolo al Burnout como “una experiencia general de agotamiento físico, emocional y actitudinal”<sup>493</sup>, o la de Cherniss presentándolo como “*cambios personales negativos que ocurren a lo largo del tiempo en los trabajadores frustrantes o con excesivas demandas*”.<sup>494</sup>

Al mismo tiempo, cabe destacar, que el Síndrome de Burnout también comenzó a ser diferenciado teniendo en cuenta según si se trataba de un “estado”, como concepto estático, una forma de permanecer, configurada por un cúmulo de sentimientos, vivencias, pensamientos, conductas, todos relacionados con el estrés laboral, o más bien, como un “proceso”, de carácter progresivo, continuo, secuencial, que posee fases por las que atraviesa el individuo dentro del ámbito del trabajo. Para visualizar mejor esta última idea podemos seguir a Edelwich y Brodsky, quienes entendían que primeramente existe un entusiasmo y aspiraciones por parte del trabajador, pero que, al no cumplirse con las expectativas deseadas o creadas por este, aparece la frustración, visualizándose a través de síntomas demostrativos de sufrimiento físico, mental, emocional, para luego producirse una apatía como defensa a ese fracaso.

Ahora bien, en los principios del Síndrome de Burnout, esto es, en sus primeros momentos de aparición y difusión, se dejaban de lado sus condiciones objetivas, es decir, no se reconocía la idea de que el factor empleo fuese la causa generadora del estrés que padecían los trabajadores, sino que, a la hora de diagnosticarlo o identificarlo, la atención se centraba en aspectos personales o subjetivos (perfeccionismo, idealismo, sobre exigencia, etcétera). Posteriormente, y al día de hoy, esto ha cambiado, porque el Burnout se presenta cuando un trabajador sufre de un agotamiento físico o mental que encuentra su causa en el espacio en el que desarrolla sus tareas, ya sea por una mala organización de las funciones en la empresa, un clima hostil de trabajo, sobre cargas o falta

<sup>492</sup> Freudenberger, Herbert, Staff burnout, Journal of Social Issues, 1974.

<sup>493</sup> Pines, A. y Kafry, D., Coping with burnout, Paper presented at the Annual Convention of the American Psychology Association, Canada, 1978.

<sup>494</sup> Cherniss, Cary, Staff Burnout, London: Sage Publications, 1980.

de apoyo por parte de los empleadores o áreas de recursos humanos.

#### **b. ¿Quiénes padecen el Síndrome de Burnout?**

Primeramente, se comenzó a diagnosticar con el Síndrome de Burnout a los trabajadores que se desempeñaban en el ámbito deportivo y artístico. Era de uso común aquí, ya que permitía referenciar a quienes se auto imponían metas pero que, pese a sus esfuerzos, no lograban alcanzar.

Con el paso del tiempo, se comenzaron a realizar estudios en aquellas profesiones que implicaban un contacto directo con el público, es decir, con las personas a las que se brindaba o destinaba su actividad laborativa, aumentando así el número de supuestos que pueden quedar comprendidos en el padecimiento de ésta enfermedad, como es el caso de los trabajadores de la salud, enseñanza, seguridad, administración pública, entre otros.

Como resultado de numerosos análisis que se llevaron a cabo en la temática, no debemos pasar por alto la incidencia de factores de índole subjetivo, esto es, aspectos personales – individuales de cada trabajador, pero estas cuestiones no desechan el carácter desgastante del trabajo mismo. Es decir, la personalidad de un empleado no excluye que su trabajo sea el detonante causal del estrés crónico que padece y que conlleva a la insatisfacción en su puesto laboral, con consecuencias en su salud.

En particular, y con el fin de ejemplificar, podemos constatar fácilmente lo que sucede en el ámbito de los profesionales de la salud, sobre todo, en la esfera pública. Estos suelen ser considerados como los trabajadores más susceptibles de padecer el síndrome, atento al constante estrés que sufren tanto por los compromisos que asumen, exigencias a las que se enfrentan, excesos en la actividad laborativa (concretamente el cumplimiento de horarios o turnos), o sin ir más lejos, las circunstancias a las que quedaron expuestos atento al contexto pandémico debido al COVID, y, sobre todo, por el colapso de los sistemas, donde la capacidad de atención es sobrepasada.

Desde luego que este caso no excluye el agotamiento emocional, mental y físico en otras profesiones o espacios de trabajo, en los que influirá altamente el factor empleado como todas aquellas “condiciones difíciles, físico o emocionalmente estresantes”, dadas en tal contexto.

### **III. Un supuesto específico: trabajo remoto o teletrabajo**

Como bien sabemos, hace años, se ha presentado una nueva forma de trabajo, denominada trabajo remoto o teletrabajo, cuya característica principal consiste en que el trabajador no debe concurrir de manera presencial, física, a la empresa o ámbito en el que presta sus servicios, sino que, realizará sus tareas mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación (es

decir, a través de sus teléfonos o computadoras).

Estas nuevas modalidades de trabajo constituyen una realidad laboral innegable, obteniendo un fuerte protagonismo y volviéndose la regla ante la presencia del COVID-19.

Por lo que se refiere a las ventajas de estos sistemas, podemos decir que son varias, tales como la flexibilidad horaria, mayor libertad o comodidad (permitiendo un aumento de productividad), reducción de gastos (como por ejemplo de transporte, de consumo de alimentos en los casos en los que se debe almorzar en la oficina, erogaciones en relación a cierta vestimenta con la que se debe asistir, etcétera), entre otras.

Aun así, y a pesar de los beneficios mencionados, el teletrabajo o trabajo remoto, presentan aspectos negativos en la salud de los trabajadores, no solo problemas fisiológicos, dados por los largos lapsos de tiempo frente a pantallas, o cumpliendo sus actividades sin contar con escritorios adecuados, sillas ergonómicas o todas aquellas medidas eficaces necesarias para prestar su labor, sino también afecciones de índole psicológico, trayendo consecuencias en su salud emocional o mental.

Las personas, al encontrarse, sobre todo durante la pandemia, encerradas o aisladas en sus hogares, acatando ordenes constantemente, ya que no se suelen respetar las franjas horarias de trabajo, sin poder establecer un límite entre la vida profesional y personal, careciendo de tal modo de la posibilidad de dispersarse y contando con menos tiempo para realizar actividades, como por ejemplo de índole recreativa, sufren de altos niveles de estrés, ansiedad o depresión.

De ahí que, estos trabajadores también padecen del síndrome de Burnout, y merecen una especial atención, puesto que existe una gran falta de planificación en cuanto al cumplimiento de horas, acarreando graves dificultades para respetar la jornada laboral y configurando una sobrecarga de trabajo sin los correspondientes descansos, pausas para almorzar, contactos con un entorno social y demás, de modo tal que transitan la mayor parte de su día conectados digitalmente a su trabajo, lo que hace que, en última instancia, afecte gravemente a su salud.

#### **IV. Efectos secundarios, consecuencias y secuelas**

En base a lo expuesto hasta aquí, y suponiendo que un trabajador padece del Síndrome de Burnout, visualizaremos las consecuencias que derivan del mismo. Claro está, podemos deducir un impacto en la salud de la persona, tanto mental como físico, desde alteraciones en su confianza, autoestima, pérdida de energía o cansancio, frustraciones, pesimismo, angustia, hasta presentar-

se alteraciones en el sueño, depresión, ansiedad, trastornos gastrointestinales, como otras enfermedades.

Sin embargo, eso no es todo, ya que el trabajador, además de ver afectada su personalidad, comienza a tener una perspectiva negativa de su trabajo, una desmotivación y falta de interés en sus tareas, lo que, por un lado, implica el ya no querer concurrir al mismo, una sensación de ya no querer estar allí realizando sus tareas y sin ánimos de que esa situación cambie. Y, por otro lado, este aspecto de perspectiva negativa conllevará a consecuencias perjudiciales o no obtención de beneficios para la organización, institución, empresa o espacio de trabajo.

## **V. Caracterización por la Organización Mundial de la Salud**

Uno de los organismos especializados, y de inmensa importancia, en el ámbito de Naciones Unidas, es la Organización Mundial de la Salud (OMS), creada en el año 1948, en tiempos de pos guerra, con la finalidad de “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”. Desempeña un papel fundamental en la coordinación, dirección y gestión de la salud, sobre todo a nivel internacional, dictando políticas, normas y estándares para su promoción y efectiva realización.

En este sentido, se busca la colaboración o cooperación entre los estados miembros, (siendo Argentina uno de ellos), y demás organizaciones internacionales, a los fines de tratar los temas de salud que se presentan y que son cada vez más complejos, para así alcanzar los objetivos comunes en esta materia a nivel mundial.

Una de las actividades a cargo de la OMS es la publicación de la Clasificación de Enfermedades Internacionales (CIE), en la que se encuentran codificadas las enfermedades con sus respectivos síntomas y causas, siendo de suma importancia para la toma de decisiones y planificaciones en dirección al tratamiento de las mismas.

El Síndrome de Burnout o de desgaste profesional ha adquirido reconocimiento oficial en la CIE-11, cuya adopción por los estados miembros se produjo en año 2019 y entró en vigencia el primero de enero del año 2022.

La misma conceptualiza al Síndrome de Burnout como el “resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado correctamente” y expone sus dimensiones, las cuales son: “1) sentimientos de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental o sentimiento negativos respecto al trabajo; y 3) sensación de ineficacia y falta de realización”.

A su vez, destaca la importancia del contexto laboral y prevé una serie de exclusiones, es decir, trastornos que no constituyen el padecimiento físico y mental objeto de la presente exposición, como es el caso de los trastornos

de adaptación, de ansiedad o relacionados con el miedo, del estado de ánimo y los asociados específicamente con el estrés, y los que poseen un tratamiento distinto determinado por la CIE.

## **VI. Conclusión en cuanto a la mecánica del síndrome de Burnout**

Para resumir, y a los fines de delimitar o definir en simples términos el Síndrome de Burnout, explicaremos su mecánica. Partiremos entonces del supuesto en el que un trabajador se encuentra desarrollando sus tareas normalmente en su ámbito habitual de trabajo. No obstante, con el paso del tiempo comienzan a visualizarse ciertos patrones de conducta, tales como cansancio emocional, despersonalización o falta de interés o motivación en el trabajo, lo que conlleva, de manera paulatina o progresiva, a través de una secuencia de antecedentes y consecuencias, a padecer de estrés crónico.

Aquellas variables de comportamiento encuentran su origen tanto en factores condicionantes del trabajo como también en cuestiones de índole personal. En el primer caso podemos citar los supuestos de exigencias desmedidas, fuertes presiones (provenientes tanto del empleador como respecto de las personas a las que se destina su labor), asignación de labores rutinarias, insatisfacción pese a esfuerzos, bajos salarios, sobre carga de trabajo, entre otras. Y en el segundo caso, advertimos circunstancias más bien subjetivas como una excesiva implicación con el trabajo, perfeccionismo, necesidad de prestigio, cambios significativos en el entorno personal y privado o un no adecuado manejo de emociones.

Cabe dejar en claro, que, en ambos casos, se trata de una mera enunciación y no de una lista taxativa de las causas que conllevan en última instancia a padecer del Síndrome de Burnout, y que las segundas, nuevamente recalamos, no excluyen la incidencia causal del trabajado en el padecimiento, pudiendo presentarse concurrencia de causas. Más precisamente, estas variables se articulan o entre mezclan, conduciendo al estrés que comienza a sufrir el trabajador.

Por último, resaltamos que la afectación en la salud al trabajador es de gran importancia y se demuestra a través de diversos síntomas, como surge del análisis jurisprudencial realizado en el presente trabajo en base a casos concretos.

## **VII. Derecho a la salud**

### **b. Concepto de Salud**

El concepto de salud ha sido objeto de variaciones a lo largo del tiempo, primeramente, se lo ha definido como una ausencia de enfermedades, aunque luego esa concepción fue abandonada, y se lo entendió como el “completo bien

estar físico, psíquico y social”.

Basándonos en la ideología de la OMS, en el Preámbulo de su Constitución, se la ha entendido, además, “no como un estado abstracto, sino como un medio para llegar un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas”.

En este sentido, y a los fines de demostrar la evolución del concepto, también surge de la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, que la OMS, por un lado, ha reconocido a la salud como un derecho humano fundamental y, por el otro, se ha previsto la necesidad del cumplimiento de ciertos requisitos (de índole político, socio-económico, medioambiental) para el goce efectivo y adecuado del derecho a la salud.

Vemos que el concepto de salud es complejo y extenso, en el sentido de que es multidimensional, ya que entran en juego numerosos aspectos, incluso se lo ha relacionado con el concepto “calidad de vida”, englobando aún más elementos (ya sea físicos, psicológicos, culturales, sociales, espirituales).

## **b. Derecho a la salud.**

### **1. Definición e importancia.**

Como bien sabemos el derecho a la salud constituye uno de los derechos humanos fundamentales, reconocido tanto en la Constitución Nacional Argentina como en numerosos instrumentos internacionales, de ámbito regional como universal. Inclusive, a partir de tal reconocimiento, encontramos que, múltiples organismos, como por ejemplo en el marco de Naciones Unidas, se han ido abocando a la temática del derecho a la salud a los fines de su realización.

Siguiendo una posición *ius naturalista*, podemos afirmar que es un derecho natural, con el que toda persona nace, y que posee por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo. Es un derecho que el Estado no otorga, sino que, después, en su caso, organiza a través de políticas y acciones a los fines de garantizar su adecuada atención, desarrollo, acceso y asistencia.

Este derecho humano que como tal se caracteriza por ser universal, inalienable, indisponible, imprescriptible e indivisible, es de importancia absoluta y no quedan dudas al día de hoy de su imprescindible reconocimiento, tanto como derecho individual, en relación a la protección de la integridad psicofísica y asistencia sanitaria de cada persona, como en su órbita social y colectiva, receptada también en la Constitución, en orden nacional e internacional.

Existe entonces este derecho a la salud y su contenido esencial, dado por

el servicio o bienes públicos de salud (hospitales o medicamentos), donde debe asegurarse tanto su disponibilidad, esto es, contar con un número suficiente de los mismos, como su calidad, es decir, apropiados desde el punto de vista científico y médico, conjuntamente con el acceso a estos establecimientos, programas y bienes, que debe ser de carácter equitativo. Ambos se establecen en cabeza de todas las personas por el hecho de ser tales y sin distinción alguna, debiendo ser reconocidos y garantizados por los Estados, quienes se comprometen a respetarlos y protegerlos, y que supone la exigibilidad de cumplimiento por parte del sistema político, judicial y legislativo.

## 2. Reconocimiento constitucional e internacional.

Como sabemos en base a lo mencionado, el derecho a la salud posee reconocimiento y protección tanto en el marco nacional como internacional.

A pesar de su trascendencia actual, cabe mencionar que el derecho a la salud no fue reconocido de manera expresa en un principio en el texto constitucional, sino que surgía de manera implícita en el artículo 33, contemplador de los derechos no enumerados. Igualmente, la jurisprudencia nacional, a través de distintos fallos, dotaba a dicho derecho de gran relevancia en cuanto a su respeto y protección por parte del gobierno, y, además, se lo vinculaba con el derecho a la vida.

Fue con la reforma del año 1994, que se incorpora de manera expresa y cuyo fundamento se desprende a través del articulado (como es el caso de los artículos 14 bis, 41, 42, 43, 75 incisos 18, 19, 23).

Una de las novedades introducidas por la reforma fue el artículo 75 inciso 22, mediante el cual se otorga reconocimiento de rango constitucional a los tratados de derechos humanos, tanto los taxativamente enunciados, en las condiciones de su vigencia, como los que posteriormente se aprueben. Por consiguiente, se otorga jerarquía constitucional a todos aquellos instrumentos de fuente externa que reconocen el derecho humano a la salud, consolidándose, junto a jurisprudencia, doctrina, interpretaciones u observaciones de los organismos creados por los tratados, un marco teórico-normativo que impone directivas, principios rectores, pautas de acción y de responsabilidad en la materia por parte de todos los Estados firmantes.

### c. La salud en el derecho del trabajo

Por lo que se refiere a la salud en el derecho del trabajo, partiremos de la idea de que los derechos deben ser pensados no como cosas u objetos, sino como relaciones, y de este modo, entender que los derechos humanos y los derechos laborales poseen una íntima vinculación.

En el ámbito del trabajo, se reconocen derechos laborales específicos que



surgen de la condición de trabajador como tal. Es decir, derechos que titularizará toda persona que realiza una actividad laboral y que se encuentran garantizados por las normativas vigentes. Ahora bien, no se debe soslayar que el trabajador, antes que nada, es una persona humana, y por el sólo hecho de ser tal, se la dota de derechos humanos consagrados en textos constitucionales y universales.

En el ámbito internacional los Estados se obligan, recíprocamente, por medio de tratados a respetar los derechos fundamentales, plasmados en ellos. Especialmente, se comprometen a respetar dos grupos de derechos humanos: uno constituido por los derechos civiles y políticos, y otro, por los derechos económicos, sociales y culturales. Mientras que en el primer caso se genera una obligación automática para los Estados, en el segundo, se comprometen a crear las condiciones necesarias para que esos derechos sean efectivamente gozados por las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. No obstante, todos los derechos humanos están interrelacionados unos con otros, y son indivisibles, lo cual es lógico ya que la persona debe gozar de un mínimo de dignidad y libertad en todas sus relaciones.

Por lo tanto, se desprende la implicancia, involucramiento y operatividad de los derechos humanos en el ámbito del trabajo, de modo tal que podremos hablar de derechos humanos laborales, sin dejar de lado la interrelación de estos derechos con los derechos sociales, civiles, políticos que constituirán un cuerpo jurídico de gran magnitud.

Dicho esto, abordaremos la importancia que tiene el derecho humano a la salud en el ámbito del trabajo, o, más precisamente, la relación entre ambos derechos fundamentales.

Es imprescindible que, cada trabajador, desarrolle sus tareas en entornos seguros y saludables, de modo tal que pueda gozar de óptima salud física y mental como un bien estar social adecuado. De ahí que exista una amplia normativa que contempla la necesidad de proteger al trabajador (como las leyes en materia de descanso y jornada limitada, condiciones dignas de trabajo, seguridad e higiene, etcétera).

Un aspecto a resaltar en este sentido es la existencia de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata, al igual que la OMS, de un organismo especializado de Naciones Unidas, constituido por Estados, que se dedica a un aspecto particular del bien común internacional y que posee amplias atribuciones definidas en sus estatutos, relativas a la materia del trabajo.

Este organismo intergubernamental se expresa a través de convenios y recomendaciones, y en materia de seguridad y salud en el trabajo, la suscripción de los primeros ha sido numerosa.

Posee una estructura tripartita, ya que reúne, en un pie de igualdad, tan-

to a gobiernos, trabajadores y empleadores, concediéndoles voz a la hora de establecer soluciones normativas, prácticas y programas para mejorar la estructura de condiciones laborales y garantizar la seguridad y salud en el ámbito del trabajo.

Los Estados que ratifican los convenios que dicta la OIT se obligan a hacer cumplir la normativa dictada por ella, es decir, que en el ámbito interno deben aplicarse sus disposiciones, ser acatadas, trayendo como resultado que los trabajadores y empleadores cuenten con la estructura que se erige a nivel internacional para garantizar los derechos laborales en esta materia, imponiendo medidas de promoción de sanidad en el lugar de trabajo, directrices preventivas buscando evitar enfermedades profesionales o accidentes laborales, obligaciones y responsabilidades en cabeza de los empleadores, todo para lograr, en última instancia, un sistema de salud y seguridad social que permita garantizar a los trabajadores su derecho humano a la salud en dicho espacio.

En definitiva, se cuenta con un marco legislativo de suma importancia, fruto de coordinaciones por parte de los Estados, y que es de observación obligatoria en el ámbito interno con el objetivo de cada trabajador, verdaderamente cuente, con un sistema de protección que le posibilite desarrollarse en sus relaciones laborales, aunque primeramente como persona, es decir, entender que en aquellos espacios en los que transcurre una gran cantidad de horas al día, se promueva y asegure un entorno que no vulnere, sino que proteja, eficazmente su seguridad y salud y permita el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales de manera óptima.

## **VII. Ley de Riesgos del Trabajo**

### **a. Consideraciones generales. Importancia**

En Argentina se ha constituido un sistema reparador frente a las contingencias laborales bajo la ley número 24.557, más precisamente, la denominada Ley de Riesgos del Trabajo, la cual se pone en marcha cuando un trabajador padece de una enfermedad profesional o sufre un accidente de trabajo generadores de una incapacidad, siendo relevante la circunstancia de que el hecho causante de tales contingencias ha sido el empleo, es decir, que el infortunio sufrido posea una conexión material y temporal con este último.

Podemos graficar este sistema mediante una figura piramidal, visualizando los diferentes entes que intervienen en su funcionamiento, encontrando al Estado, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, Comisiones Médicas y la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, los distintos prestadores, al empleador y al trabajador, con el objeto de que este reciba las prestaciones asistenciales que le corresponden.

Por otra parte, sin perjuicio del fin reparador que prevé la ley, existe un fin preventivo que actualmente ha adquirido mayor protagonismo, a tal nivel que se instaura como uno de los objetivos de la normativa. En este sentido existen obligaciones de prevención en la ley como también pautas de seguridad e higiene que cada empleador debe cumplir para proteger al trabajador, garantizando la realización de sus labores en un ambiente sano, evitando la vulneración de sus derechos y afectaciones en su salud a través de las distintas contingencias que se pueden presentar por no observar esos deberes.

Así pues, la A.R.T. asume un rol de fiscalización, ya que controlará que las empresas den cumplimiento a la legislación, y, además se le reconocen facultades de calificación con la finalidad de explicitar cuáles son los riesgos que se presentan en los espacios de trabajo de aquellas, y así formular planes de acción y recomendaciones para evitarlos o reducirlos.

En pocas palabras, se contempla un régimen que, de funcionar correctamente y mediante un acatamiento por parte de las empresas o instituciones en la que se desempeña un trabajador, se lo coloque a este en un ámbito seguro para su salud y bien estar. Y, en caso de que, pese a estos cuidados, se produzcan las contingencias, que el empleado sufra una enfermedad o accidente relacionados con la tarea que desempeña, se le brinden las prestaciones previstas de manera automática.

#### **b. Reconocimiento de enfermedades profesionales**

Retomando el objeto del presente ensayo, dado por el Síndrome de Burnout, desarrollaremos la temática de las enfermedades profesionales, las que han sido caracterizadas como micro politraumatismos, es decir, una alteración degenerativa que se va dando de manera paulatina en el organismo de un trabajador, manifestada a través de distintos síntomas, y que le genera impedimentos físicos o psíquicos para seguir con sus actividades habituales.

Las enfermedades profesionales se encuentran previstas en un listado que elabora anualmente el Poder Ejecutivo Nacional, identificando el agente de riesgo, cuadro clínico y las actividades que determinan la causalidad. Pese a esto, nos preguntamos: ¿qué sucede con aquellas enfermedades que no se encuentran allí establecidas?, ya que en principio por no estarlo no serían cubiertas. Ante esto se ha instaurado un sistema ante la Comisión Médica Central, un organismo administrativo, que determinará, en cada caso concreto y conforme a la prueba ofrecida, si se trata o no de una enfermedad que tiene como causa directa e inmediata la prestación de servicios o tareas. En su caso, el reconocimiento de la enfermedad profesional solo será a los fines del caso particular que fue llevado ante la Comisión, sin incorporarse en el baremo, solo beneficiando al empleado que instó el proceso.

Como se manifestó, es una instancia administrativa, previa y obligatoria, de modo que es necesario agotar dicha vía (primero ante la Comisión Médica Jurisdiccional y luego Central, en caso de desacuerdo), para en su caso, al obtener una decisión desfavorable para el trabajador, poder acudir a la esfera judicial.

### **c. Procedimiento para hacer efectiva la reparación**

A los efectos de percibir las prestaciones dinerarias y en especie a las que tiene derecho el trabajador cuando sufre una enfermedad profesional (o accidente de trabajo) existe un procedimiento en el cual se deben llevar a cabo una serie de diligencias para hacer efectiva dicha obtención, y que expondremos, aunque brevemente, con la idea última de cuestionar la maquinaria instaurada para obtener una reparación en el caso de padecer del Síndrome de Burnout, ya que no se encuentra reconocido en el baremo de enfermedades profesionales.

El trabajador deberá comenzar efectuando una denuncia describiendo la enfermedad profesional con su correspondiente certificación médica, contemplando la patología, tareas que realiza, la conexión causal material y espacial, como también si se encuentra o no prevista en el listado de enfermedades profesionales. Luego se expedirá la A.R.T., aceptando o rechazando la contingencia reclamada. En el primer caso se brindarán las prestaciones correspondientes.

El actor, posee a su vez, una vía ante la Comisión Médica Jurisdiccional, para discutir decisiones como por ejemplo el rechazo de la denuncia de la contingencia sufrida, la divergencia en las prestaciones concedidas o en la omisión de determinación de la incapacidad. A tal fin, se prevé la conformación de una junta médica y realización de una audiencia, para poder dirimir las controversias suscitadas. Puede suceder que el trabajador esté de acuerdo con lo dictaminado por el órgano administrativo, en tal caso se emite un acta validándolo y la A.R.T. brindará las indemnizaciones. O bien, plantea su disconformidad, debiendo concurrir a la Comisión Médica Central y luego, de mantener su postura, a la justicia, acompañando, bajo pena de inadmisibilidad, la constancia de agotamiento de la vía administrativa.

## **VIII. Conclusión**

Tras el análisis efectuado mediante el presente trabajo, hemos intentado destacar la trascendencia actual que protagoniza el denominado Síndrome de Burnout en la realidad, sus aspectos esenciales, el importante registro que posee en la normativa internacional, la injerencia del derecho a la salud en los aspectos involucrados y su vinculación con los derechos humanos laborales,

como la estructura creada en base a la Ley de Riesgos del Trabajo respecto a las enfermedades profesionales.

Personalmente considero que se trata de un fenómeno que necesita un reconocimiento y previsión en el listado de enfermedades profesionales, sin perjuicio de que, en primer término, se debe atender con urgencia la prevención del padecimiento de estrés crónico que sufren los trabajadores, de manera tal que se evite el hecho de que los mismos quieran dejar sus empleos, siendo aún más lamentable en aquellos casos vocacionales, donde quienes realizan sus tareas no lo hacen por cuestiones exclusivamente económicas, sino por amor a su profesión. Del mismo modo, entiendo debe valorarse el trabajo, no solo como medio de obtención de recursos, sino que debe brindarse una ponderación que lo torne una actividad o tarea que genere felicidad y motivación el llevarla a cabo, que sea gratificante para uno mismo, con lo cual se requiere de una estructura organizacional que dé lugar a condiciones óptimas de salud e higiene, empatía y apoyo por parte de superiores, buenas relaciones con los compañeros de trabajo, reconocimiento de igualdad, equidad, dignidad y libertad que impulse al trabajador en última instancia a difundir ideas, crear proyectos, cambiar paradigmas, así como reencontrarse con aquello que le provoca una autosatisfacción interna.

## EL TRABAJO SEXUAL CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO

*Por: Carla Monaco*

*Tutoria: Natalia Gonzalez Boarini*

**SUMARIO.** I. Introducción. II. Sistemas jurídicos tradicionales. 1. Prohibicionismo. 2. Abolicionismo. 3. Reglamentarismo. III. Posicionamiento actual en Argentina. IV. El derecho como estructura de dominación. V. La masculinidad del Derecho. VI. Derechos humanos vulnerados. 1. Derecho a trabajar. 2. Derecho a la seguridad social. 3. Derecho a la salud. 4. Derecho a la intimidad y la privacidad. 5. Derecho a la igualdad. VII. Perspectiva sociológica y de género. VIII. Reflexiones personales.

### I. Introducción

Tomando el cine como recurso abordaré la temática “prostitución” desde perspectivas distintas, tanto abolicionistas como de legalización, haciendo foco en los derechos humanos vulnerados y la precariedad de las condiciones de trabajo.

Lo que me lleva a interrogarme ¿es la prostitución un trabajo digno? ¿Merece regulación alguna? ¿Qué implicancias tiene la criminalización de ésta actividad? ¿cuál es la posición de nuestro país respecto al tema?

Para la investigación de este trabajo me remito a dos películas vinculadas a la temática planteada:

- “Lovelace: garganta profunda” de 2013, trata de una mujer que vivía sujeta a los deseos de un hombre que la obligaba a prostituirse y dedicarse a la pornografía, recurriendo a todo tipo de violencia.
- “Mujer Bonita” de 1990 en donde Vivian conoció a un ejecutivo que, tras pasar la primera noche con ella, le ofrece dinero para pasar toda la semana con él y lo acompañe a distintos eventos sociales.

Como puede deducirse y observar en las películas, en la primera de ellas, la protagonista no elige sobre su vida y mucho menos sobre el trabajo al cual es sometida violentamente. Es humillada, denigrada y sometida.

Mientras que en el segundo filme se muestra la libertad y autonomía con la que se maneja la protagonista, sin depender de nadie, pudiendo elegir con

quien quisiera hacerlo, cuando, donde y en qué condiciones.

Especialmente quería hacer esta comparativa para que pudiese apreciarse las distintas circunstancias en la que se da ésta actividad y como afecta la vida y los derechos humanos de las personas que la ejercen.

## II. Sistemas jurídicos tradicionales

1. **Prohibicionista.** Este modelo se caracteriza por la represión penal. En este sentido, el estado asume la responsabilidad de tomar acciones represivas con la autoridad de la policía ante cualquier oferta sexual que implique retribución económica. En este modelo, la mujer en situación de prostitución al dedicarse a la actividad sexual remunerada se considera una delincuente, que deberá ser sancionada e inclusive reeducada para su reinserción social.
2. **Abolicionismo.** Este modelo es el que ha predominado en el ámbito internacional. Asume que toda forma de prostitución es una explotación del cuerpo del ser humano y que la reglamentación de la actividad sólo consigue perpetuar esta injusticia. En este sentido, las personas que ejercen la prostitución no se consideran delincuentes, sino más bien víctimas de tráfico humano, necesitadas de ayuda y protección que se debería prestar desde el estado a través de programas de tratamiento y reeducación.
3. **Reglamentarismo.** Parte de la idea de que la prostitución es un “mal necesario”. Que ha existido y seguirá existiendo, por lo que el menor mal consiste en regularlo. En este sentido, el Estado crea una estrategia de regulación que incluya derechos y obligaciones para las mujeres en situación de prostitución, entre las que se encuentran, el registro de prestadoras del servicio sexual o trabajadoras sexuales, expedición de licencias o permisos, controles médicos, mecanismos de supervisión, entre otras. Para estos partidarios, la prostitución, con independencia de las causas o razones que orillen a la existencia de este fenómeno, genera de facto impactos en la sociedad, que deben regularse y evitarse los mayores daños posibles.

## III. Posicionamiento actual en Argentina

En nuestro país el trabajo sexual no es considerado un crimen, pero sí es penalizado en el caso que se trate de menores; que hayan sido obligados, engañados o amenazados para ejercer el comercio sexual; quiénes obtengan un beneficio económico por el trabajo sexual de terceros y quienes faciliten la

entrada o salida de personas del país con fines sexuales.

Pero, por el contrario, en el caso que sea una persona mayor de 18 años y ejerza el comercio sexual libre y voluntariamente, no será sancionada por el Código Penal. De todos modos, ello se encuentra sujeto a las reglamentaciones impuestas por los Códigos de Faltas, de Convivencia o de Contravenciones específicos de cada provincia.

En Córdoba, el Código de Convivencia Ciudadana intenta estrategias de control de los cuerpos de las trabajadoras sexuales en su artículo 53 denominado “tocamientos indecorosos”, que expone: *“Serán sancionados con hasta cinco (5) días de trabajo comunitario, multa de hasta diez Unidades de Multa (10 UM) o arresto de hasta tres (3) días los que valiéndose de las aglomeraciones de personas en lugares públicos, sitios privados de acceso público o unidades de transporte público de pasajeros realicen en forma deliberada roces, tocamientos o manoseos en evidente actitud libidinosa o de acoso, que pudiera afectar el honor o decoro de otra persona.”*

Así, este artículo exhibe una amplia discrecionalidad para el accionar de las fuerzas policiales y el Estado, que sin prohibir o penalizar directamente el hecho de ejercer la prostitución, utiliza argumentos morales para prohibir dicha práctica y perseguir a quienes la ejercen.

La falta de una legislación clara en la materia, ha llevado a los gobiernos locales, a través de distintos códigos contravencionales o de convivencia, en su mayoría dictados en tiempos de gobiernos de facto, hayan intentado deficientemente regular la actividad desde una visión moralista, con lo que, lejos de aportar avances en la materia, se ha terminado por vulnerar el principio de razonabilidad contenido en el artículo 28, a través de normas abiertamente inconstitucionales, destinadas netamente a perseguir, reprimir y estigmatizar el ejercicio de esta actividad.

#### **IV. El derecho como estructura de dominación**

Como sostiene Catherine Mackinnon (feminista, filósofa y psicóloga) el poder que tienen los hombres sobre las mujeres de la sociedad (refiriéndose a violación, maltrato, acoso sexual, prostitución, pornografía) son prohibidos por el derecho, pero permitidos en la práctica.

La agresión contra quienes tienen menos poder se experimenta como placer sexual. Este placer se va a caracterizar por la *dominación* de los hombres y la sumisión de las mujeres, lo que se convierte en un terror sistemático y azaroso.

Las mujeres se encuentran inmersas en un contexto de dominación por parte del poder de los hombres que se origina principalmente en el control



que estos tienen sobre el cuerpo de las mujeres, generando una *desigualdad de género*.

El Derecho fomenta esta dominación a través de las leyes sobre, por ejemplo, prostitución o abusos sexuales que, más que velar por la seguridad de las mujeres, incrementan la cuota de poder masculino sobre ellas. Se construye una definición de mujer y de la vida de la mujer sin la participación de las mismas y en torno a las concepciones masculinas de poder escondido bajo un lenguaje y método neutro.

## V. La masculinidad del Derecho

El carácter *estructuralmente masculino* de los sistemas de normas y valores jurídicos y el predominio masculino entre legisladores y operadores legales asegura el ámbito de poder y su esfera de dominio y exclusión de los valores femeninos. Esto hace que el ámbito legal esté impregnado de una sola perspectiva (masculina y patriarcal).

Es por ello que Carol Gilligan (abogada y activista del feminismo) afirma que las condiciones y recursos efectivos de vida de las mujeres deben ser escuchadas e incorporadas en los *discursos jurídicos* con el fin de conseguir la visibilidad de las mismas.

Su propuesta es incorporar esta otra voz como una forma de enriquecer, perfeccionar y equilibrar el compromiso del Derecho con la *justicia distributiva*, reconocedora de la diversidad de necesidades. Busca desarrollar una nueva perspectiva formulando una idea de ética del cuidado o responsabilidad femenina y moralidad que se integre a la masculina, la contrapone (no opuestas sino diferentes resultados) a la ética de justicia masculina.

## VI. Derechos humanos vulnerados

Lamentablemente, el no reconocer la “prostitución” como *trabajo sexual* (TS) y confundirlo con otras figuras punitivas (trata de personas, proxenetismo, etc.) constituye obstáculos para el ejercicio autónomo del trabajo sexual impidiendo el goce de derechos humanos fundamentales como son los desarrollados a continuación:

### 1. Derecho a trabajar

Toda persona tiene derecho al trabajo. El derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad. Incluye la oportunidad de ganarse la vida a través del trabajo escogido libremente, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad. Además, implica otros derechos sumergidos en éste como ser: condiciones equitativas y

satisfactorias de trabajo, la no discriminación, remuneración digna, protección social y derecho de sindicación, preservación de la salud, entre otros.

Desde la Asociación Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) se reconocen como trabajadoras sexuales y definen su trabajo como la “actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual a cambio de un pago para beneficio propio”.

Desde esta perspectiva, reconocer que el trabajo sexual es trabajo es el punto de partida para abordar estas condiciones y para organizar y abogar por ambientes laborales dignos. Cuando el TS no se reconoce como trabajo, otros derechos se ven afectados.

## **2. Derecho a la seguridad social**

Este derecho se encuentra regulado en el tercer párrafo del art 14 bis de la Constitución Nacional que textualmente reza: *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que puedan existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”*.

Actualmente, al no ser reconocida como trabajo la actividad sexual, quienes ejercen la prostitución, no cuentan con ninguno de los beneficios mencionados.

No cuentan con la posibilidad de cobro de una jubilación en el futuro, pues al no ser reconocido el trabajo sexual, no hay forma de que puedan realizar tales aportes al sistema de jubilaciones y pensiones. Ello ocasiona que las trabajadoras sexuales deban prolongar su vida de trabajo, dado que de no hacerlo dejaran de percibir ingresos, lo cual no sólo es desgastante y perjudicial para su salud integral, sino también discriminatorio.

## **3. Derecho a la salud**

La discriminación manifiesta o implícita en la prestación de servicios de salud viola derechos humanos fundamentales. Esta violación a los derechos se ve profundamente arraigada a los valores sociales relativos a la sexualidad de las mujeres.

Las trabajadoras sexuales se ven particularmente vulneradas cuando concurren por atención médica y son tratadas con indiferencia por su reputación, ni hablar si asisten por la interrupción voluntaria del embarazo o enfermedades de transmisión sexual (situaciones muy frecuentes) que agravan la marginación y dificultan más aún el acceso a servicios de prevención y atención.

Según un estudio realizado por AMMAR sobre estigma y discriminación en los servicios de salud a las mujeres trabajadoras sexuales en América Latina y el Caribe demuestra que seis de cada diez encuestadas en Argentina tuvo dificultades para ir al hospital o servicio de salud porque los horarios se superponían con el trabajo (63,3%) y alrededor de la mitad se atendió lejos de donde vive para que en su barrio o su casa, no supieran que es TS (55%) y/o se atendió lejos de donde realiza su actividad como TS para evitar que lo sepan en el servicio. Prácticamente la mitad (48,3%) no quiso ir al hospital o servicio de salud para no tener que dar explicaciones sobre su actividad.

El Derecho a la salud abarca no solo el derecho al acceso oportuno, accesible y asequible de los servicios de salud, sino también, la obligación del Estado a garantizar un cierto nivel de salud pública. Una vez más, el Estado demuestra no hacer efectivas las garantías constitucionales e internacionales.

#### **4. Derecho a la intimidad y a la privacidad**

El derecho a la vida privada no solo es reconocido en nuestra constitución sino en diferentes tratados internacionales para definir aquel derecho que protege la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con las y los demás o de manera individual.

Por otro lado, los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que el libre desarrollo de la propia personalidad no incluye solamente la protección de los lugares donde se desenvuelve la vida privada, sino que alcanza aspectos del individuo en cuanto a su identidad física y social, lo que incluye el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. A ese respecto, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que la sexualidad de la persona es una parte fundamental de su vida privada.

El derecho a la intimidad se encuentra muy relacionado con el derecho a la honra, es decir, la fama o reputación que los demás tengan de una persona. Por lo cual, al entrometerse en la vida privada y juzgar sus actos como inmorales, no sólo se vulnera el derecho a la intimidad sino también al honor, puesto que por el hecho de ser trabajadores sexuales son objeto de discriminaciones constantes.

#### **5. Derecho a la igualdad**

Por mencionar uno de los tantos organismos jurídicos que prescriben este derecho, el Pacto de San José de Costa Rica dice en su artículo 24 prescribe “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Pese a ello, las personas que ejercen la prostitución en nuestro país, se encuentran en profunda desigualdad con el resto de los ciudadanos. Por ejem-

plo, son arrestadas por el llamado de vecinos que repudian su trabajo y las fuerzas policiales mantienen un trato abusivo y discriminatorio contra ellas, lo que vulnera no solo el derecho a la igualdad sino a la seguridad personal. Otra desigualdad es que no cuentan con la posibilidad de hacer aportes jubilatorios para asegurarse su subsistencia futura o al ejercicio del derecho a la salud referido supra.

## VII. Perspectiva sociológica y de género

La representación normalizada que tenemos de la “prostitución” se basa en la forma más vil de servicio sexual. De tal forma que las mujeres que ejercen la prostitución nos parecen corruptas o víctimas de explotación. Y a pesar de que el trabajo sexual no esté penalizado, la estigmatización social coadyuva a la clandestinidad y la precariedad de ésta actividad. Es así, que dichas trabajadoras se ven forzadas a trabajar en malas condiciones y poniendo en riesgo su integridad psicofísica.

¿Hasta cuándo vamos a seguir juzgando la vida del otro? ¿Quiénes somos para opacar los derechos del otro? Entendamos que los trabajadores que ejercen la prostitución son personas adultas y que eligen de forma voluntaria el ejercicio de ésta actividad. Toda persona tiene el derecho y la libertad de realizar todo aquello que desee en tanto no esté prohibido por la ley, y ni el Estado, ni la sociedad, pueden impedir este derecho.

La “prostitución” es consecuencia de la *subordinación* social y económica de las mujeres y tendería a perpetuar el sistema normativo hegemónico. En este sentido, la prostitución no genera un nuevo marco para la sexualidad, sino que reproduce y magnifica el existente.

Si el Derecho incorpora las necesidades y experiencias de las mujeres en sus propios términos, y no en relación o de acuerdo con las perspectivas, experiencias, y necesidades del grupo masculino privilegiado, el paradigma masculino que oscurece las diferencias reales y positivas, podría ser confrontado. De esta forma, la situación de las mujeres podría mejorar pues los derechos serían concebidos en una forma relacional y no androcéntrica. Tengamos en cuenta que no existe un Derecho desligado de una concepción política, social y económica de una sociedad. Por ende, considero necesario un cambio de paradigma social.

La significación del rol de la trabajadora del sexo fue mutando a lo largo de la historia. Los primeros indicios sobre la estigmatización de este grupo social, datan de 1864 cuando el Parlamento Británico sanciona las leyes de “enfermedades contagiosas”, otorgando la mayor responsabilidad a las mujeres que se dedicaban al trabajo sexual. Calificando su accionar como inmoral y como portadoras/transmisoras de enfermedades sexuales. Ya que, no respetaban las

normas culturales de mantener relaciones sexuales dentro del matrimonio y solo con el fin de procrear.

Cabe destacar que esta situación se da en un contexto de un sistema capitalista, el cual necesita para su funcionamiento, establecer un orden social y moral, legitimando ciertos modos de vida; desvalorizando y estigmatizando otras formas. Así el trabajo sexual queda fuera del modelo capitalista, moderno, patriarcal y eclesiástico.

En 1970 se aprueba el “Manifiesto de las trabajadoras del sexo” donde se reivindica esta actividad laboral. Así, como también la transformación conceptual, de “prostituta” a “trabajadora sexual”, que intenta hacer hincapié, en el respeto por los derechos civiles y humanos de las personas que tienen un intercambio consensuado de sexo por dinero, lo que permite libertad e independencia económica a los/as trabajadores/as. Además, este cambio de visión, sirve como herramienta para evitar la estigmatización de los y las trabajadoras.

En Argentina, este debate se institucionaliza desde la creación de la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina en 1994 y a nivel continental, en 1997 con la creación de la Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales en Latinoamérica y el Caribe (REDTRASEX).

Actualmente las y los trabajadoras/es sexuales sufren cotidianamente la desidia del Estado, padeciendo violencia institucional por las fuerzas de seguridad, en centros de salud, en instituciones educativas y con diferentes profesionales, que en gran parte toman medidas asistenciales y paliativas. Estos mismos, realizan un diagnóstico, que, en la mayoría de los casos, tiene como eje problemático el ejercicio de su profesión. Lo que aumenta aún más la estigmatización y la exclusión de este colectivo.

El cuestionamiento de la neutralidad de nuestras nociones de justicia nos obliga a tener siempre presente el contexto del desarrollo de los derechos. Las mujeres están desarrollando sus derechos en estructuras que tienen todavía un marcado sesgo de género. Las oportunidades de las mujeres están estructuralmente limitadas, razón por la cual aparecen las sobrecargas femeninas, las exclusiones. Fenómenos aparentemente inexplicables en una sociedad que afirma la igualdad de las mujeres. La idea de que la discriminación de las mujeres no es un problema de las mujeres, implica abordar la reconstrucción de la estructura de los derechos. Entonces ¿cómo pensar una intervención sin reproducir estigmas sociales?

## **VIII. Reflexiones personales**

¿Es el derecho del trabajo una vía para superar la condición de vulnerabilidad? Entre el abolicionismo y el reglamentarismo podría construirse

una propuesta centrada en la superación de las condiciones de vulnerabilidad que como se señaló en las primeras páginas derivan de manera conjunta del género y por tanto de la dominación patriarcal como base, pero también de la violencia y de la desprotección jurídico-normativa de las personas que ejercen la prostitución.

Este punto intermedio exige un acuerdo alrededor de varias premisas. La primera, probablemente, es el reconocimiento. El reconocimiento de las mujeres que se consideran trabajadoras sexuales y de las necesidades que expresan, intentando construir una respuesta vinculada a las luchas sociales que las representan. En este sentido, es útil recordar que el Derecho, habitual cómplice de la sedimentación de las desigualdades, también puede (debe) servir como instrumento de efectiva alteración de las prácticas reales vigentes, como un medio o una técnica entre otras muchas, para garantizar el resultado de las luchas e intereses colectivos hacia la justicia social.

La segunda premisa es el aprendizaje de los errores y el conocimiento de los límites del derecho del trabajo. La experiencia nos demuestra que encajar en un molde jurídico rígido de una realidad que no se ajusta conlleva la permanencia de situaciones que por acción u omisión se queda “fuera”. Pero, además, sabemos bien que cubrir una realidad precaria con una solución laboral precaria tampoco es la solución.

La solución debería recaer en una estrategia mixta. Por un lado, el refuerzo de la universalidad de los derechos sociales, que permitan superar las desigualdades de género y las situaciones de carencia y falta de recursos. Y, por otro lado, el apoyo a las estructuras que las personas que ejercen la prostitución decidan impulsar para organizar su trabajo y su relación con los clientes, sin necesidad de usar para ello el trabajo asalariado. Otras figuras que evitan el vínculo de subordinación, pero refuerzan el de colectividad (las cooperativas, por ejemplo) podrían resultar más adecuadas para permitir el desarrollo de esta actividad a quien se libremente y así lo decida.

De igual manera, el apoyo (asesoramiento en materia de formalización de la prestación, prevención de riesgos, etc.) para las que decidan establecerse como autónomas también podría impulsar una dignificación de la vida de quienes, teniendo cubiertas las necesidades vitales mediante los servicios públicos de calidad y las aportaciones estatales necesarias, decidan ejercer el trabajo sexual.

# LAS CONDICIONES LABORALES A LAS QUE ESTÁN SUJETAS LAS PERSONAS MIGRANTES EN NUESTRO PAÍS

*Por: Lourdes Valentina Mota*

*Tutoría: Natalia Gonzalez Boarini*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. El marco normativo en la actualidad. IV. Organización Internacional del Trabajo, V ¿A qué nos referimos cuando hablamos de inmigrantes en argentina? VI. Sectorización laboral. VII. La irregularidad laboral de los inmigrantes y la violación de sus derechos: moneda corriente. VIII. políticas públicas, IX. Casos trascendentes: 1. Taller Luis Viale; 2. Soho, X. Propuesta superadora y conclusión

## I. Introducción

Según la definición propuesta por la Real Academia Española, inmigrar es aquella acción realizada por personas que llegan a un país extranjero para radicarse en él, o bien instalarse en un lugar distinto de donde vivía dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida. Por otra parte, define emigrar como aquello que realiza una persona que abandona su propio país para radicarse en el extranjero<sup>495</sup>.

Por consiguiente, podemos determinar que inmigrar y emigrar son dos caras de una misma moneda. La historia de las migraciones internacionales está fuertemente asociada con la búsqueda de mejores empleos, ingresos más altos, mayores oportunidades educativas y, en consecuencia, mayores posibilidades de acceso a servicios que garanticen el bienestar social.

En este trabajo me propongo tratar la inmigración como un fenómeno complejo que produce efectos de diversa índole en la situación social, económica, jurídica y cultural de las personas y al mismo tiempo en la política y en la conformación de las sociedades.

Las migraciones suponen tres elementos: el traslado (movimiento); el cambio de jurisdicción (es decir, de límites estatales); y el cambio de residencia.

Todos estos aspectos se vinculan fuertemente con lo jurídico y es por eso que en el presente trabajo me propongo abordar la temática de las migraciones

<sup>495</sup> Real Academia Española – inmigrar (<https://dle.rae.es/inmigrar>)

también desde una perspectiva jurídica.

Bien sabemos que, por lo general, cuando una persona se instala en un territorio diferente a su país de origen se encuentra en una situación de vulnerabilidad, lo cual muchas veces es aprovechado para realizar diversas maniobras violatorias de los derechos humanos tanto en el ámbito personal como en el laboral. De este último punto nos ocuparemos en las siguientes páginas.

## II. Antecedentes históricos

Históricamente la Argentina ha sido (y continúa siendo) un país con una gran recepción de migrantes, sin embargo, con los años los patrones migratorios han ido cambiando, desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX predominaban los flujos migratorios europeos, pero posteriormente se incrementó la presencia de migrantes de países limítrofes y también del Perú<sup>496</sup>.

En la Argentina del siglo XIX, el recurso tierra era abundante, no así la fuerza de trabajo, por ende, el Estado se propuso promover la inmigración europea masiva. Durante el gobierno de Avellaneda, se sancionó una ley que pretendía facilitar el acceso de los inmigrantes a la propiedad de la tierra a cambio de trabajo agrícola. El gobierno militar que se instaló al mando de nuestro país en el año 76 se introdujo fuertemente en la temática migratoria.

En el año 1981 se sancionó la ley 22.439 “Ley de Migraciones y Fomento de la Inmigración”, la cual le otorgaba al Estado un rol activo con facultades directas para promover la inmigración y expresamente prohibía a todo extranjero ilegal desarrollar tareas remuneradas e impedía a los inmigrantes indocumentados el acceso a los servicios de salud y educación, lo cual constituye una clara violación a los Derechos Humanos<sup>497</sup>. Además, expresamente se requería a los extranjeros que quisieran desempeñarse laboralmente en la Argentina que contaran con un permiso para desarrollar dicha actividad, lo que generó una oportunidad más para la informalidad laboral ya que los trabajadores ingresaban al país como turistas y luego obtenían un trabajo en condiciones de irregularidad.

## III. El marco normativo en la actualidad

Cuando nos referimos al conjunto de normas que en la actualidad regulan la temática migratoria es indispensable partir de los preceptos de nuestra Constitución Nacional. La misma, en su preámbulo expresamente establece

<sup>496</sup> ETEL PAPO, Laura. Revista de Derecho Laboral. Editorial: Rubinzal Culzoni 2008 El trabajador migrante irregular frente a los tratados de derechos humanos, La libertad sindical. Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080020-papo-trabajador\\_migrante\\_irregular\\_frente.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080020-papo-trabajador_migrante_irregular_frente.htm)

<sup>497</sup> LEY GRAL. DE MIGRACIONES Y DE FOMENTO DE LA INMIGRACION N° 22.439 <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22439-16176>



que una de las finalidades por la cual se establece la Constitución es *“promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...”*.

Las disposiciones constitucionales integran el bloque de constitucionalidad en conjunto con los tratados del art. 75 inc. 22, entre los cuales podemos mencionar como relevantes en la materia que nos compete: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 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.

Por otro lado, la Argentina ha ratificado La Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la cual reconoce en términos absolutos los derechos civiles, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a un trato digno, igual derecho de los trabajadores migrantes y sus familias que los trabajadores nacionales para el acceso a la justicia, derecho a un procedimiento justo y a una indemnización. Sin embargo, en otras disposiciones aparece un reconocimiento diferenciado según la condición de regularidad o irregularidad en que se encuentre el trabajador migrante, privando al irregular del goce de derechos humanos que deberían reconocerse independientemente de su situación, restringiendo a éste último y colocándolo en una situación de inferioridad. Esta Convención es el principal mecanismo para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

Dentro del marco normativo también encontramos la ley 25.871 que constituye un avance importante, ya que sus disposiciones van de la mano de los principios constitucionales. Esta ley básicamente busca promover la integración social y laboral de los inmigrantes.

La ley regula expresamente el reconocimiento del derecho humano a migrar. El art. 4 dice *“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”*.

El art. 56 establece que *“La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria.”*

Por otro lado, en concordancia con lo mencionado anteriormente, la Ley de Contrato de Trabajo determina que el contrato celebrado entre un emplea-

dor nacional y un extranjero en condiciones de irregularidad ha sido considerado como contrato de trabajo cuyo objeto es prohibido.

La nulidad de dicho contrato es relativa, ya que la prohibición está siempre dirigida al empleador, es inoponible al trabajador y, por lo tanto, no afecta los derechos adquiridos durante la relación laboral.

#### IV. Organización Internacional del Trabajo

La OIT es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales<sup>498</sup>.

En el ejercicio de sus funciones se dictan Convenios que son un conjunto de normas internacionales de trabajo que imponen obligaciones a los Estados y cuya finalidad es mejorar las condiciones de empleo en todo el mundo.

En el presente trabajo nos ocuparemos específicamente del Convenio 97 sobre trabajadores migrantes que entre sus principales objetivos tiene crear un servicio gratuito encargado de ayudar a los trabajadores migrantes y especialmente de proporcionarles información.

Por otro lado, con dicho Convenio se obliga a los Estados que lo han ratificado a tomar todas las medidas pertinentes para erradicar la propaganda errónea sobre la emigración y la inmigración<sup>499</sup>.

En relación al derecho a la igualdad, se recepta en la Convención que todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con la remuneración, las horas de trabajo, las vacaciones pagadas, el aprendizaje y la formación profesional, la vivienda y la seguridad social.

V. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de inmigrantes en Argentina?

A lo largo del presente trabajo hemos visto que una de las características de nuestro país es la recepción de personas migrantes, pero ¿qué engloba el término “personas migrantes”?

En los párrafos siguientes analizaremos el porcentaje de migrantes que integran nuestra población y el perfil general de los y las migrantes en relación a la edad, el género y los niveles de estudios.

El Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas realizado en la Argentina en el año 2010 establece que tenemos en el país una población ex-

<sup>498</sup> Organización Internacional del Trabajo [https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n\\_Internacional\\_del\\_Trabajo#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20Internacional%20del%20Trabajo,abajo%20y%20las%20relaciones%20laborales](https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_Internacional_del_Trabajo#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20Internacional%20del%20Trabajo,abajo%20y%20las%20relaciones%20laborales)

<sup>499</sup> Convenio sobre trabajadores migrantes N° 97. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=normlexub:12100:0::NO::P12100\\_instrument\\_ID:312242](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=normlexub:12100:0::NO::P12100_instrument_ID:312242)

trajera de aproximadamente 1.805.957 personas. En virtud de esto, podemos determinar que las personas migrantes en nuestro país representan el 5% respecto al total de la población. De la totalidad de migrantes, aproximadamente un 81% provienen de países limítrofes y del Perú. La inmigración proveniente de Europa representa aproximadamente un 16% y la procedente de Asia y África aproximadamente 3%<sup>500</sup>.

En relación a la edad de la población migrante, podemos decir que aproximadamente las tres cuartas partes de este grupo tienen entre 18 y 59 años, lo que significa que la mayoría de extranjeros que ingresan en nuestro país integran lo que se conoce como “población activa”, que significa que se encuentran en condiciones de desarrollarse laboralmente.

En términos generales, podemos decir que en la población migrante hay un predominio femenino. Por cada 100 mujeres que ingresan al país tenemos 79 varones migrantes. Los niveles de educación alcanzados por estos grupos de personas no suelen ser los óptimos y, generalmente, son menores a los alcanzados por la población nativa. Pocos migrantes llegan a nuestro país con título profesional, por el contrario, la gran mayoría de ellos cuenta con niveles de educación media solamente<sup>501</sup>.

## VI. Sectorización laboral

Bien sabemos que no es fácil para los migrantes conseguir trabajo en nuestro país, y mucho menos, uno en óptimas condiciones.

Cuando hablo de sectorización laboral me refiero a que generalmente en los casos en que los migrantes logran conseguir trabajo, lo hacen en áreas que parecen estar “preestablecidas” para extranjeros independientemente de su experiencia o formación académica. En los diversos estudios que he consultado al respecto se menciona que es ínfimo el porcentaje de migrantes que pueden dedicarse a su profesión o a lo que les gusta. De manera tal que nosotros podemos observar que la mayoría de los migrantes sudamericanos se ocupan en ramas como la construcción, el servicio doméstico, la industria textil y del calzado y como deliverys<sup>502</sup>.

Dentro de esta sectorización laboral que encontramos entre migrantes y nativos, tenemos otra sectorización “interna” o “propia” de la población migrante, a la cual voy a llamar “sectorización de género”.

<sup>500</sup> Migrantes en la República Argentina: Inserción en el mercado de trabajo. <https://repository.iom.int/handle/20.500.11788/2376>

<sup>501</sup> Migraciones Laborales en la Argentina. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_379419.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_379419.pdf)

<sup>502</sup> Migraciones Laborales en la Argentina. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_379419.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_379419.pdf)

Aquí podemos ver que la mayoría de la vez, las mujeres quedan atrapadas en los trabajos relacionados con la limpieza del hogar, cuidado de adultos mayores industria textil, todos ellos en condiciones de irregularidad y violación de derechos laborales. Por otro lado, el rubro de la construcción es exclusivamente para los hombres.

## **VII. La irregularidad laboral de los inmigrantes y la violación de sus derechos: moneda corriente**

Como hemos mencionado anteriormente la mayoría de las personas migrantes vienen a nuestro país en búsqueda de mejores oportunidades laborales, pero ¿con qué se encuentran realmente?

Ya hemos dicho que si los trabajadores migrantes no cuentan con la residencia migratoria legal queda excluida la posibilidad de obtener un empleo registrado, lo cual da origen a la principal situación de vulnerabilidad a la que son sometidos los trabajadores migrantes ya que solamente pueden ocupar empleos precarios fuera de toda protección socio laboral. Sin embargo, cabe preguntarse ¿si los migrantes tuvieran los papeles que les permiten desarrollarse en el mercado laboral de manera formal, los empleadores los contratarían bajo esas condiciones?, la respuesta surge clara de todo lo expuesto anteriormente y lo que a continuación mencionaremos.

La inserción de los trabajadores migrantes irregulares en los trabajos menos calificados, como hemos visto en el apartado de sectorización laboral, y la posibilidad de explotación de dicha mano de obra, los convierte en una “oportunidad” para algunos empleadores de vulnerar de diversas maneras sus derechos y en víctimas de prácticas sistemáticas de actos discriminatorios.

Partimos de la base entonces, que los trabajadores migrantes se desempeñan de manera irregular, es decir, ajena a todo marco legal existente.

En el ámbito laboral circulan frecuentemente prejuicios sobre los trabajadores migrantes, primero porque se los considera una amenaza para los trabajadores locales ya que se considera que desplazan mano de obra local o que colaboran para que los empleadores deterioren los salarios o las condiciones laborales.

Este tipo de ideas alimenta prejuicios y prácticas discriminatorias, lo cual vulnera el derecho de todo ser humano a no ser discriminado.

Tanto en la búsqueda laboral como en el desarrollo del trabajo propiamente dicho los migrantes son sometidos a humillaciones personales relacionadas con su condición de migrante, su situación social o económica, que constituyen una clara violación de sus derechos como persona.

Otro de los principales derechos vulnerados es el derecho a la salud, ya

que los trabajadores migrantes irregulares no tienen garantizada cobertura de salud para ellos ni para sus familiares, y como bien sabemos, la salud es un derecho humano fundamental<sup>503</sup>.

En virtud de todo lo mencionado podemos arribar a la conclusión de que los migrantes en nuestro país se desempeñan de manera irregular, fuera de toda protección del Estado y de la justicia, con jornadas de trabajo extendidas y salarios reducidos y en malas condiciones, lo que constituye un claro escenario de explotación laboral. No se respetan sus derechos a vacaciones pagas, salario mínimo vital y móvil, seguridad social, capacitación, entre otros aspectos. Todas estas son violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

De todas estas problemáticas que surgen en relación al ámbito laboral de los migrantes nacen otros problemas que desarrollaré a continuación.

Como hemos mencionado los migrantes en nuestro país trabajan jornadas extendidas, que en algunos casos llegan a 13 horas diarias con un día semanal de descanso, lo cual no les permite desarrollar efectivamente sus derechos a un descanso y a la recreación<sup>504</sup>.

El mencionado derecho a la recreación también se ve imposibilitado de disfrutarse debido a los bajos salarios percibidos por los migrantes. Bien sabemos que los empleadores aprovechan la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes para ofrecerles trabajo a cambio de una remuneración ínfima con la que no llegan a cubrir sus necesidades básicas.

A los migrantes también se les dificulta conseguir una vivienda digna con los bajos ingresos que tienen, y más todavía si se encuentran en situación de indocumentados, por lo que generalmente terminan viviendo en “pensiones” que se encuentran en malas condiciones o en construcciones precarias que realizan en barrios alejados de la ciudad.

## VIII. Políticas públicas

El Plan Patria Grande fue un programa de regularización migratoria en Argentina que entró en vigencia en 2006, siendo lanzado por el entonces presidente Néstor Kirchner, con el objetivo de reducir la cantidad de personas en situación de irregularidad documental, estuvo destinado a los ciudadanos nativos de países miembros del Mercosur y de los estados asociados al mismo.

Para regularizar su situación migratoria, la persona interesada debía presentarse ante la autoridad competente del municipio en que vivía con su cédula

<sup>503</sup> Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR - Derechos humanos de personas migrantes. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>

<sup>504</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales. Situación de los inmigrantes y derechos humanos. Informe anual 1996 [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/1997/10/IA1996-6-Situacion-de-los-inmigrantes-y-DD.HH\\_.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/1997/10/IA1996-6-Situacion-de-los-inmigrantes-y-DD.HH_.pdf)

de identidad, pasaporte o certificado de nacionalidad y dos fotos carnet. Esto le permitiría al individuo acceder a una credencial de «Residencia Precaria», con la que podría permanecer, salir y reingresar a Argentina, estudiar, y obtener el CUIL provisorio para trabajar de manera legal hasta obtener su radicación definitiva<sup>505</sup>.

La Dirección Nacional de Población tiene entre sus objetivos la elaboración de propuestas de políticas en conjunto con asociaciones de colectividades de inmigrantes, centros de estudios, universidades, organismos gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil<sup>506</sup>.

Entre las políticas públicas se destacan:

Informar masivamente que la residencia precaria permite al inmigrante trabajar legalmente

Realizar acuerdos con la AFIP y con el Ministerio de Trabajo para asesorar a las grandes empresas en lo que respecta a la documentación que necesita el trabajador inmigrante para su contratación.

Trabajar conjuntamente el país de origen y el país de destino de los inmigrantes de modo que existan convenios para facilitar la documentación necesaria para la inserción del migrante en la sociedad receptora.

Defender a los trabajadores migrantes, ya que la defensa de ellos es también la defensa de los trabajadores argentinos. En condiciones de explotación, los inmigrantes se ven obligados a salarios paupérrimos, lo cual también afecta a los trabajadores argentinos, quienes no pueden competir con aquéllos. Así, al evitar la explotación de los inmigrantes se evita la competencia desigual entre nativos y extranjeros.

En el marco del Ministerio Público de la Defensa de la Nación se creó la Comisión del Migrante que tiene por principal finalidad promover la protección de los derechos de los extranjeros que se encuentran en nuestro país.

Se prevé la prestación a los migrantes de asistencia y defensa jurídica gratuita en procesos administrativos y/o judiciales<sup>507</sup>.

## **IX. Casos trascendentes**

### **1. Taller Luis Viale**

El 30 de marzo del 2006 el incendio del taller ubicado en el barrio de Caballito, más precisamente en la calle Luis Viale, provocó la muerte de 5 niños y una mujer embarazada, víctimas del hacinamiento en el que se encon-

<sup>505</sup> Plan Patria Grande – [https://es.wikipedia.org/wiki/Plan\\_Patria\\_Grande](https://es.wikipedia.org/wiki/Plan_Patria_Grande)

<sup>506</sup> Ministerio del Interior - Seminario Inserción <https://mininterior.gob.ar/poblacion/pdf/SeminarioInmigrantes.pdf>

<sup>507</sup> Ministerio Público de la Defensa – Comisión del Migrante <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/56-comision-del-migrante>

traban en la precaria casa de dos plantas (que contaba con un solo baño sin agua caliente) donde convivían y eran explotadas laboralmente 64 personas en su mayoría de nacionalidad boliviana<sup>508</sup>.

La mayor parte de las víctimas y sobrevivientes provenían de Cantón Cohana, un pueblo muy pobre que se encuentra aproximadamente a 100 km de La Paz.

Diez años después del incendio, comenzó el juicio donde los imputados son los talleristas (Sillerico y Correa), mientras que los dueños de la marca (Damián Fischberg y Javier Geiler) no fueron siquiera citados a declarar. Durante los 12 días que duraron las audiencias del juicio brindaron su solidaridad cientos de organizaciones sociales y de derechos humanos.

La abogada de los demandados basó su defensa en una serie de argumentos orientados a justificar la explotación de mano de obra que tenía lugar en el taller a partir de argumentos abiertamente racistas. Finalmente, los talleristas fueron condenados por reducción a la servidumbre y los dueños de las marcas sobreesidos por considerarse que no había elementos de prueba que logran demostrar que ellos sabían de la situación del taller, lo que no hace otra cosa que legalizar que las grandes empresas reduzcan a la servidumbre a trabajadores tercerizados.

A 15 años del incendio fatal, organizaciones migrantes reclaman que el lugar sea expropiado y convertido en espacio de memoria donde se pueda hacer un museo sobre la explotación a trabajadores migrantes en Argentina y un espacio donde las próximas generaciones tengan donde organizarse y capacitarse, porque las víctimas de Luis Viale eran todos inmigrantes bolivianos que no sabían nada sobre los derechos ni a quién recurrir. El Observatorio de Derechos Humanos de la Defensoría destacó que el fallo constituye “un importante avance en la lucha contra las formas modernas de esclavitud”.

## 2. Soho

En esta causa el juez Oyarbide sobreesió a tres directivos de la empresa Soho acusados de subcontratar talleres de costura donde trabajaban inmigrantes en condiciones precarias, por considerar que las formas de explotación de inmigrantes ilegales bolivianos por parte de talleristas de la misma nacionalidad responden a “costumbres y pautas culturales de los pueblos originarios del Altiplano boliviano”<sup>509</sup>.

Frente a los tribunales de Comodoro Py, integrantes de la cooperativa

<sup>508</sup> Talleres Clandestinos CABA: Dictarán sentencia en el juicio del taller Luis Viale <https://www.laizquierdadiario.com/CABA-dictaran-sentencia-en-el-juicio-del-taller-de-Luis-Viale>

<sup>509</sup> Página 12 - La explotación no es herencia cultural <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-106763-2008-06-27.html>

textilLa Alameda se manifestaron en contra del polémico fallo de Oyarbide. Allí, un costurero de nacionalidad boliviana se ató a una cruz para denunciar que el trabajo esclavo se ha cobrado vidas y afecta a muchos con enfermedades como tuberculosis.

## **X. Propuesta superadora y conclusión**

A lo largo del presente trabajo he podido vislumbrar las diversas violaciones asus derechos que sufren las personas migrantes que ingresan a nuestro país en búsqueda de mejores oportunidades laborales.

No cabe duda que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran es aprovechada por los empleadores que encuentran en ellos una oportunidad para la explotación laboral.

He llegado a la conclusión de que el “castigo” para estos empresarios no es proporcional a sus actos. Ellos se aprovechan de los migrantes humillándolos y vulnerando sistemáticamente toda la gama de derechos sociales y laborales, y a lo sumo, son condenados al pago de una remuneración en dinero en concepto de indemnización, o en los casos más extremos, pena de prisión de determinada cantidad de años.

Por otro lado, la condena social tampoco es de tal magnitud y a lo largo de la monografía hemos visto que los empresarios son justificados en algunos casoshasta por los propios miembros del sistema judicial.

Por otra parte, deberíamos plantearnos si nosotros como pueblo nativo no “necesitamos” en parte de estos migrantes que vienen a nuestro país a ocupar los puestos laborales mencionados anteriormente, en condiciones indignas y con salarios ínfimos que la población argentina no quiere ocupar.

En nuestros tiempos y con la cantidad de Tratados de Derechos Humanos que existen, los Estados no pueden bajo ningún concepto discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes.

En virtud del principio de tratar igual a los iguales, es lógico que los Estados puedan otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los indocumentados o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando ese trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, que no se base en cuestiones de raza, etnia, nacionalidad y que no lesione los derechos humanos.

Cada Estado debe además asegurar en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos independientemente de su estatus migratorio.

Por otro lado, considero que detrás de esta explotación laboral se esconde racismo y xenofobia ya que, consecuentemente, siempre estas violaciones de



los derechos humanos se dirigen contra los migrantes latinoamericanos que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, mientras que a los migrantes que provienen de otra parte del mundo, principalmente de Europa, se les ofrece un trato diferenciado y generalmente puestos de trabajo calificados.

En lo cotidiano parece verse que estas situaciones humillantes a las que son sometidos la mayoría de los trabajadores migrantes son el precio que tienen que pagar por obtener un trabajo en nuestro país.

Entiendo que la crisis económica en la que se encuentra inserto nuestro país repercute directamente en las condiciones laborales, sin embargo, considero que esta discriminación encuentra sus raíces más allá de cualquier crisis económica y que sería un gran avance como sociedad si dejáramos de normalizar que los migrantes tengan que desarrollarse solo en determinados trabajos y bajo condiciones establecidas de manera unilateral por el empleador sin contemplar al trabajador migrante desde ningún punto de vista.

Néstor Cohen ha dicho *“Es lógico que una sociedad no va a naturalizar un etnocidio, lo puede padecer o vivir, pero lo que sí puede naturalizar una sociedad son determinados tipos de comportamiento, que no tienen esa expresión violenta, pero sí hacen a justamente las diferencias que se dan en determinado tipo de relaciones entre los sujetos en función de la nacionalidad o de ciertos rasgos históricos, personales, genotípicos, de identidad, etc. Yo creo que ahí comienza quizás el primer problema, cuando la discriminación o el prejuicio o como queramos llamarlo, se naturaliza, cuando “de eso no se habla”. Peor aún, cuando en realidad se construye todo un discurso muy racional acerca de esas diferencias.”*<sup>510</sup>.

A lo largo de este trabajo hemos podido evidenciar que estamos inmersos en un proceso, que a su vez, es una lucha constante con la intención de hacer menos cruel un proceso que, de por sí, ya es muy doloroso para las personas que se ven obligadas a abandonar su país en búsqueda de mejores oportunidades.

---

<sup>510</sup> COHEN, Néstor. En Seminario de Inserción Socio laboral de los inmigrantes en la Argentina. Febrero del 2009, Recuperado de <https://mininterior.gob.ar/poblacion/pdf/SeminarioInmigrantes.pdf> (cons. 25/05/2022)

# CUPO LABORAL TRANSGÉNERO ¿HACIA UNA JUSTA INCLUSIÓN LABORAL?

*Por: Bianca Pistelli  
Tutoría: Mirna Lozano Boch*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Cuestiones conceptuales III. Realidades Trans. IV. Derechos vulnerados y su marco normativo. A. Derecho a la igualdad. B. Derecho a la no discriminación. C. Derecho al trabajo D. Derecho a la identidad. E. Derecho a la integridad física. V. Aspectos generales de la ley N° 27.636 A. ¿Por qué es necesario contar con una regulación? B. Argumentos en contra – problemáticas. VI. Programas e iniciativas: A. “Contratá Trans” B. “Potenciar trabajo” C. “Plataformas On-line” – ONU. VII. Conclusión

## I. Introducción

El 24 de junio del 2021 el Senado de la Nación aprobó la Ley de Cupo e Inclusión Laboral Travesti Trans. El proyecto de ley, aprobado con 55 votos a favor, 1 en contra y 6 abstenciones, establece que el Estado deberá destinar al menos el 1% de las vacantes de la administración pública a personas trans.

Lo cierto es que estos tipos de tratamientos, siempre vienen acompañados de grandes controversias, ya sea acerca de la conveniencia o inconveniencia de una inclusión obligatoria, de la justicia o injusticia de la misma, de problemáticas técnicas en su redacción. A más de tener en cuenta que esta ley repercute no solo en lo individual sino en lo colectivo, y tal como lo han mencionado referentes del movimiento “busca transformar culturalmente a una sociedad, que históricamente asoció y confinó a travestis y trans a la prostitución y la criminalidad”

El Estado es quien tiene la primordial responsabilidad de velar por los derechos humanos, pues “la promoción y protección de los derechos humanos es transversal a todas las políticas públicas y recoge las principales preocupaciones de la sociedad argentina.”<sup>511</sup> Cabe preguntarse, sin embargo, si el camino

<sup>511</sup> Es por ello que juega un papel central en la adopción de medidas positivas que tiendan a velar por los derechos de grupos vulnerables en nuestra sociedad, y en particular, en las relaciones laborales. Derechos Humanos - Ministerio de relaciones exteriores, comercio internacional y culto. Recuperado: <https://cancilleria.gob.ar/es/politica-externa/derechos-humanos>

del reconocimiento expreso en la ley a la realidad laboral cotidiana dista de un largo trecho en el que tendremos que trabajar como sociedad.

Lograr una opinión fundada sobre la temática requiere introducirse en la misma y valorar la mayor cantidad de aspectos posibles, y el rol que el colectivo travesti trans tiene y ha de tener en las relaciones laborales actuales, en pos del reconocimiento y afianzamiento de derechos humanos de éstas personas en situación de vulnerabilidad y marginación laboral.

En particular, se analiza el impacto de la entrada en vigor de la ley de cupo laboral trans en la administración pública con la que se busca, a través de medidas de acción positiva, compensar la desigualdad generada por una sociedad todavía poco inclusiva.

Se pretende así poner de manifiesto la realidad cotidiana de esta minoría y responder a las inquietudes de las personas todavía no convencidas de la importancia de una medida que pretende contrarrestar la marginalización de un sector de nuestra sociedad que ha ganado con el tiempo mayor visibilidad.

## II. Cuestiones conceptuales

Para iniciar el abordaje del tema, y poder concluir con una opinión fundada, es necesario saber de qué hablamos cuando hablamos de personas trans. Entonces, cuando hacemos referencia a las personas transgénero, transexuales y travestis, debemos tener en cuenta las conceptualizantes que se explicitan a continuación... “La *transexualidad* se define como la convicción y sentimiento de la pertenencia al sexo opuesto al biológico. Se trata de aquella persona que no se identifica con su propio cuerpo y desea cambiar su identidad por la del otro género. Estas personas tienen el deseo de modificar sus características sexuales, de tipo genital y físico. Conocido como proceso de transición o «proceso transexualizador», este se basa en adaptar su cuerpo mediante una terapia hormonal que suele finalizar con la comúnmente denominada operación de cambio de sexo.”, “*Transgénero* se refiere a aquellas personas que se identifican y desean pertenecer al sexo opuesto, pero todavía no se han sometido a una reasignación de sexo.

No obstante, no todos los individuos transgénero se someterán a dicho cambio de sexo” “El *travestismo* se trata del comportamiento e identidad transgénero en la que una persona, ya sea hombre o mujer, expresa a través de su modo de vestir un rol de género socialmente asignado al sexo opuesto”<sup>512</sup>

A continuación, corresponde abordar la diferencia entre los conceptos “sexo y género” basados en los siguientes argumentos; “El sexo se refiere

<sup>512</sup> Diferencias entre Transexual, Transgénero y Travesti- ATC llibertat recuperado: <https://atclibertad.wordpress.com/2015/04/24/cambio-de-sexo-transexual-transgenero-o-travesti/>

a la calificación de una persona como “masculina” o “femenina” basada en su anatomía (los órganos reproductivos) y/o su biología (hormonas). El género se refiere a los roles, comportamientos, actividades y características tradicionales o estereotípicos que una sociedad considera apropiadas para las mujeres y los hombres.”<sup>513</sup> Hechas estas aclaraciones de manera muy breve, corresponde desarrollar sus implicancias en el ámbito laboral.

### III: Realidades trans

Según datos oficiales, en la población trans: el 60% de las personas ejerce la prostitución o el trabajo sexual, con una estimación en 40 años de edad, su expectativa de vida. Se estima que el 70% nunca fue a una entrevista laboral luego de asumir su identidad de género<sup>514</sup>

Como sabemos, el acceso a un empleo formal o a oportunidades laborales significa además de autonomía económica, la posibilidad de formación, capacitación y acceso a la seguridad social. O en términos más generales, implica gozar de una vida digna en la cual se gocen la mayor cantidad de derechos humanos.

Sin embargo, las personas trans experimentan obstáculos sistemáticos que les impiden gozar de los mismos, y esto se debe a estereotipos culturales. Estos mismos llevan a considerar que únicamente existen dos géneros que se asocian con la clasificación de las personas basada en sus genitales, es decir, como “hombres” o como “mujeres” y con ello considerar que las identidades trans son algo “anormal” o directamente una patología. Pero, ¿es realmente así? Podría contestar esta pregunta de manera muy simple, refiriendo que actualmente la OMS ha eliminado la “incongruencia de género” (la transexualidad) de la clasificación de las enfermedades mentales, y lo deja dentro del capítulo de las disfunciones sexuales. Es decir, pierde la categoría de trastorno psicológico para quedarse en una cuestión física: la falta de adecuación del cuerpo al género que siente la persona.

Pero a mi me gustaría ir más allá y afirmar que alguno puede ser calificado como una enfermedad por el simple hecho de no encajar en una construcción social, la cual condiciona que el hombre actúe como hombre y la mujer actúe como mujer, es decir, a partir de las características que la sociedad les ha asignado respondiendo a una cultura tradicionalista, y en consecuencia, aquellos que no actúen acorde, se consideren “*anormales*”. Es de vital importancia

<sup>513</sup> Preguntas frecuentes sobre el tema transgénero Producido por la Fundación HRC, recuperado: <https://www.hrc.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-el-tema-transgenero>

<sup>514</sup> INCERTI, M. I. (2018). “La revolución de las Mariposas. A diez años de La Gesta del Nombre Propio”. Revista Punto Género, (8), recuperado: <https://doi.org/10.5354/0719-0417.2017.48402>

cuestionarnos acerca de patrones socioculturales a los que estamos arraigados para poder empezar a cuestionarnos sobre lo que queremos como sociedad. Pero volveré con ello en la conclusión del trabajo.

Lo que se pretende dejar en claro por el momento es como puede influir esta cuestión a la hora de la inserción laboral, así sostiene por ejemplo Alicia Ramos, una activista trans española: «La discriminación no es porque seamos transexuales, sino porque representamos un fenómeno al margen de la normalidad que sigue chocando con las estructuras mentales de muchas personas».<sup>515</sup>

Esto conduce a la marginación y a la vulneración de derechos humanos, no solo por la discriminación y la negación a un empleo digno, sino que viene de la mano con la lenta e inevitable inserción a ámbitos hostiles: el trabajo sexual. Sin embargo, antes de llegar a esto las distintas experiencias demuestran cómo estas personas luchan por obtener un empleo formal o en su caso, mantenerlo sin tener que soportar vejaciones o destratos como personas.

Las personas trans tienen, normalmente, contratos de corta duración, de jornada parcial y de baja calificación. Algunos directamente trabajan en las sombras, donde la gente no los pueda ver, ya que “los clientes y los trabajadores se podrían sentir incómodos”.

Los cierto es que las estadísticas demuestran que: “Un 55% de las personas trans y no binarias latinoamericanas sufrió una situación de violencia y acoso en el trabajo. El 56% fueron víctimas de violencia psicológica y un 25% tuvo que escuchar comentarios inadecuados sobre su identidad de género en el ámbito laboral, según una encuesta regional realizada por Bumeran, luego de la aprobación de la Ley de Cupo e Inclusión Laboral Travesti Trans en Argentina.”<sup>516</sup>

Esta violencia a la que hace referencia deviene de distintas maneras, desde tratos desigualitarios, intimidaciones, amenazas hasta acoso y/o abuso sexual. Así, a falta de oportunidades laborales o a causa de las humillaciones vividas en el ámbito laboral, deciden ejercer la prostitución. Pero ¿qué implica esto? ser un objetivo fácil de actos de violencia y crímenes de odio: violaciones, palizas, humillaciones públicas y a veces hasta asesinatos. Incluso la interferencia policial en el trabajo sexual de estas personas genera más violencia. Además, la elevada representación de personas trans en el trabajo sexual en todo el mundo hace que a las mismas se las relacione con este tipo de empleo y su reputación

---

<sup>515</sup> Berta del Río, en “Ser transexual dificulta mucho encontrar un trabajo”, 8 marzo 2013, Diario LaMarea. Recuperado de <https://www.lamarea.com/2013/03/08/ser-transexual-dificulta-mucho-encontrar-un-trabajo/>

<sup>516</sup> Luciana Peker, “Historias de trabajadorxs trans: violencia laboral y el cupo como la esperanza de un futuro con dignidad”, 17 de Julio de 2021, Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2021/07/17/historias-de-trabajadorxs-trans-violencia-laboral-y-el-cupo-como-la-esperanza-de-un-futuro-con-dignidad/>

se vea desprestigiada, dando a lugar a un círculo vicioso de discriminación.

La marginación contra las personas trans es moneda corriente en todo el mundo y repercute en sus posibilidades de acceso a muchos recursos básicos y al disfrute de sus derechos, por ejemplo, en la educación, el empleo, la vivienda, el acceso a la justicia y los servicios de salud adecuados.

Si bien el reconocimiento legislativo es un gran paso para cambiar las realidades de las personas trans, considero que todo empieza “desde abajo hacia arriba” es decir, desde lo cultural y social.

#### **IV. Derechos vulnerados y su marco normativo**

Los derechos humanos son aquellos derechos que tenemos todas las personas por el hecho de ser tal, teniendo los mismos su fundamento en la *dignidad humana*. El derecho internacional contemporáneo penetra en la soberanía de los Estados y reconoce derechos directamente a los individuos, obligando a los Estados no sólo a respetar los derechos consagrados en distintos instrumentos, sino también, a una obligación de carácter positiva: la de garantizarlos. Esto implica que se creen las condiciones para permitir el goce de los mismos, que se prevengan las violaciones y que se tomen las medidas necesarias para perseguir, sancionar y reparar esas violaciones.

Si bien este trabajo no pretende analizar cuestiones propias del derecho internacional público, conviene ubicarnos en materia jurídica. Contamos con distintos sistemas de protección general de derechos humanos, tenemos por ejemplo el sistema universal que nace al amparo de la ONU, con la “Carta internacional de derechos humanos” cuya denominación comprende instrumentos muy importantes, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La primera de las referidas, reza en su art 1: “Todos 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”. Además, el art. 2 dispone también que: “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.”

A su vez, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), contamos con el Sistema Interamericano, cuyos instrumentos jurídicos gozan de gran valor jurídico, entre ellos: La declaración americana de derechos y deberes del hombre y la Convención Americana de derechos humanos (o Pacto san José de Costa Rica). Esta última por su parte, ya en su artículo 1º,

enuncia; “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”<sup>517</sup>

Cabe por último señalar, que hay un amplio marco de tratados de carácter sectorial que tienen por fin proteger los derechos humanos de determinados grupos de personas. Hechas estas aclaraciones, corresponde hacer una consideración especial de ciertos derechos que se consideran especialmente vulnerados en las vidas de la comunidad trans.

### **A. Derecho a la igualdad**

El derecho a la igualdad es el derecho de todos los seres humanos a ser iguales en su dignidad, a ser tratados con respeto y consideración y a participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil, cultural, política, económica y social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva Nro. 18 del 17/9/03 sostuvo 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 él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”<sup>518</sup>. Es decir que al ser una norma *jus cogens*, significa que es “una norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>519</sup>. El derecho de igualdad tiene su base en la razonabilidad, lo que implica que cualquier distingo que pueda realizarse, no puede ser arbitrario ni irrazonable. Va de suyo que el trato diferencial de las personas trans no cuenta con fundamentación racional que autorice o justifique su exclusión. Razón por la cual, constituye una clara violación a este principio.

### **B. No discriminación**

Entre distintos instrumentos que definen el concepto discriminación, encontramos; la Convención Interamericana contra toda forma de Discrimi-

---

<sup>517</sup> “Apruébase el Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22/11/69 en Costa Rica sobre Convención Americana de los Derechos Humanos”. Recuperado <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>

<sup>518</sup> ARESE Cesar, *Derecho Humanos Laborales, teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs As, 2014, p 54

<sup>519</sup> Las normas imperativas de Derecho Internacional General (*jus cogens*) dimensión sustantiva, recuperado <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf>

nación e Intolerancia de 2013 en su art. 1 indica: “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”. Por su parte, el convenio 111 de OIT define la discriminación laboral en su art. I, 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”<sup>520</sup>

En éste sentido, como se ha mencionado más arriba, la discriminación a la comunidad trans se da mediante barreras estructurales en el acceso al empleo fundado en prejuicios sociales, ocasionando disminución de oportunidades y dificultando las posibilidades de progreso y crecimiento laboral.

### **C. Derecho al trabajo - Acceso al empleo**

La interpretación y alcance de referido derecho fundamental, ha sido analizada en distintos contextos institucionales, entre las distintas formulaciones expresadas, compartimos la siguiente: “Toda persona tiene derecho al trabajo. El derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad. Incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. En la realización progresiva de este derecho, los Estados están obligados a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y a tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para existan oportunidades de empleo productivo. Los Estados deben garantizar la no discriminación en relación con todos los aspectos del trabajo.”<sup>521</sup>

En su Observación General 18, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes) indica que el derecho incluye las siguientes características esenciales:

- Disponibilidad
- Accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física y acceso a la información.)
- Aceptabilidad y calidad

Receptado, entre otros, en el art 6 del mencionado PIDESC, dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”. En consonancia con el art 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el

<sup>520</sup> ARESE, Cesar ; Ob cit., p 55

<sup>521</sup> El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores - Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales © Red-DESC <https://www.escr-net.org/es/derechos/trabajo>



art 45.b. de la Carta de la OEA establece que, el “el trabajo es un derecho y un deber social”, y el art. 34 g) de dicha Carta, incluye entre las metas para lograr un desarrollo integral, “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. -

#### **D. Derecho a la identidad**

La CIDH definió a la identidad de género como; “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. El derecho a la identidad de género y sexual se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones. El Tribunal internacional afirmó que “el reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans”.<sup>522</sup>

#### **E. Derecho a la integridad física**

Dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando prescribe que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Por último cabe hacer mención al preámbulo del convenio 190 de OIT (sobre violencia y acoso laboral) recuerda la Declaración de Filadelfia cuando dice “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”<sup>523</sup>

### **V. Aspectos generales de la ley 27.636 - Ley de cupo laboral trans**

La ley nacional 27.636 establece que el sector público nacional debe reservar, al menos, 1% de sus cargos y vacantes para personas travestis, transexuales y transgénero.

Para el sector privado, prevé incentivos económicos, uno de ellos refiere en que “las contribuciones patronales que se generan por la contratación de las personas beneficiarias de la presente ley podrán tomarse como pago a cuen-

<sup>522</sup> Recuperado: <https://www.corteidh.or.cr/> en opinión consultiva sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo

<sup>523</sup> ARESE, César, “El Convenio 190 de OIT sobre violencia y acoso laboral

Un destello de futuro”, Revista Derecho Laboral Actualidad, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2019, Tomo II. P. 2.

ta de impuestos nacionales”. Además, el artículo 10 prevé que estas empresas tendrán “prioridad en las contrataciones del Estado, las compras de insumos y provisiones”. Especifica que; “son beneficiarias de esta ley de capacitación e inserción laboral todas las personas trans, travestis, transgénero y transexuales, hayan o no accedido al cambio registral establecido en la ley N° 26.743”.

Además, se crearán líneas de crédito específicas y con tasa preferencial para el financiamiento de emprendimientos de personas travestis, transexuales y transgénero. Por otro lado, establece que no podrán ser tomados como requisitos los antecedentes contravencionales y penales, ni tampoco la terminalidad educativa de los postulantes. Sin embargo, el art. 2 de la 27636<sup>524</sup> es el que merece mayor importancia, puesto que hace referencia a obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en virtud de tratados suscriptos que hoy revisten de jerarquía constitucional en el sentido de adoptar medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de los derechos reconocidos por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las recomendaciones específicas establecidas en los *Principios de Yogyakarta*, sin perjuicio de ello como se ha expuesto anteriormente, distan de ser garantizados en la realidad de las personas trans.

#### **A. Por qué es necesario contar con una regulación**

Tener una ley y darles un marco normativo a estas cuestiones es un primer paso muy importante a la hora de garantizar el efectivo goce de todos los derechos. Como se ha expuesto ut supra, el derecho al trabajo funciona como puerta de acceso a otros derechos, como es de esperar, por estar fuera del mundo laboral, estas personas no tienen acceso a un sistema de salud, tienen una expectativa de vida muy baja, no tienen acceso a un sistema de educación, y muchas veces ni a una vivienda en condiciones dignas.

Los resultados de la positivización de estos derechos, se van dando a conocer. Hoy contamos con historias como las de Micaela Herrera, Allison Gebel, Lorena Sánchez y David Gael Nelson, empleadas del Hospital Nacional en Red Licenciada Laura Bonaparte, especializado en salud mental y consumos problemáticos, uno de los primeros organismos públicos del país en cumplir con el cupo laboral travesti-trans. En esta extensa nota de Infobae, que se titula “Ya no nos imaginamos muertas a los 35 años”: las historias detrás de las primeras personas en cubrir el cupo trans en el Estado” queda sentado que el reconocimiento legal de derechos sin lugar a duda puede cambiar la vida de muchas personas, ayudando a luchar contra el estigma social y la discriminación, como una deuda que tenía el Estado para con este colectivo.

<sup>524</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=351815>

En su entrevista con Infobae, David Gael Nelson cuenta su experiencia; “Vivo en Buenos Aires desde 2010, cuando vine de Santiago del Estero. Siempre trabajé de lo que pude. Mi primer laburo fue como call center. Algunas veces estuve en lugares medio cuevas, ilegales. Siempre lo mismo. Por más que tuviera cursos en Sistemas nunca cumplía con las expectativas de las empresas. Entrar al hospital es un alivio muy grande después de haberla pasado mal. Pero además me permite pensar en volver a estudiar. En mi cabeza nunca podía estar estudiar porque tenía que encontrar un laburo para pagar el alquiler, las deudas. Nunca tenía estabilidad por eso nunca pensé que iba a poder volver a estudiar”<sup>525</sup>

Por su lado en el relato compartido por Micaela refirió que; “Soy de Santiago del Estero. Hace tres años que empecé mi transición y solo tuve trabajos de servicio sexual. Las veces que intenté tener otro tipo de empleos terminaban siendo favores turbios. Pero por suerte a la semana de que se aprobó el cupo me llamaron del hospital. Entré en la gestión de pacientes: administro las carpetas, las historias clínicas de los pacientes, ordeno los turnos. Me siento emocionada, no sé bien todavía hacia dónde voy, pero tengo ganas de aprender mucho más y de formar parte de un equipo que avanza hacia el mismo lugar. Estoy pensando en estudiar Psicología el año que viene”.

### **B. Argumentos en contra - problemáticas**

Como toda cuestión política, dicha normativa no ha sido exenta de críticas. Las mismas atentan no solo contra lo sustancial de la ley sino también con ciertos aspectos prácticos. Considero, sin embargo, que las mismas pueden ser respondidas desde cuestiones conceptuales, hasta con circunstancias fácticas que han sido ignoradas al plantear dichas críticas.

Una de las más habituales es recurrir al principio de “igualdad ante la ley” así, por ejemplo, suele considerarse que viola este principio ya que la ley aprobada consagra precisamente un privilegio para esta comunidad.

A su vez, se insiste en que se discrimina a los demás ciudadanos con posibilidad de aspirar a esos cargos y se les reducen el porcentaje de oportunidades para acceder a ellos. Asimismo, se sostiene que el único requisito para la función pública es la *idoneidad*, como reza el artículo 16 de la Constitución Nacional, y que esta es la vara que debe medir la admisión de las personas a los cargos, y no su elección de género.

Claro está, que la igualdad es un principio fundamental y uno de los derechos humanos que el Estado tiene el deber de garantizar, sin embargo, conviene advertir que esta igualdad a la que se refiere, es a una igualdad *real de*

---

<sup>525</sup> Mariana Fernández Camacho 21 de Octubre de 2020 “Ya no nos imaginamos muertas a los 35 años”: las historias detrás de las primeras personas en cubrir el cupo trans en el Estado <https://www.infobae.com/sociedad/2020/10/21/ya-no-nos-imaginamos-muertas-a-los-35-anos-las-historias-detras-de-las-primeras-personas-en-cubrir-el-cupo-trans-en-el-estado/>

*oportunidades*. La igualdad a la que debemos aspirar no es una que implique simplemente la no discriminación, sino una que posibilite el efectivo goce de derechos, en especial de los sectores menos favorecidos, a los que se les imponen obstáculos e impedimentos al momento de acceder al efectivo goce de derechos fundamentales, tal como las comunidades trans. Consecuencia de esto, es necesario, aunque no suficiente, un Estado que intervenga y tome medidas de acción positiva que tiendan a equilibrar las desigualdades que se producen en nuestra sociedad. “La igualdad real de oportunidades es, para la Constitución Argentina, igualdad estructural de oportunidades: un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales.”<sup>526</sup>

Es decir, que la ley de cupo laboral trans, como medida de acción positiva que busca insertar en el ámbito laboral a un sector socialmente discriminado y con imposibilidades estructurales de acceso a derechos fundamentales, no es violatoria del principio de igualdad.

Esta igualdad real a la que se aspira supone además tomar en consideración ciertas realidades o aspectos fácticos, y esto responde a una de las mayores críticas: La de considerar injusta la exención de tomar como requisitos los antecedentes penales y contravencionales de las personas trans. Si bien a simple vista parecería ser algo irrazonable, o que violaría el principio de igualdad, no debemos olvidar la situación estructural de hostigamiento policial y de criminalización del trabajo sexual que afecta las trayectorias de muchas personas trans. Por lo que, hacer caso omiso a esta realidad implicaría tornar ilusoria la posibilidad de acceso al trabajo a la que se aspira con esta ley.

Por su parte, Marcelo Ramal, economista y docente de la Universidad de Buenos Aires, en su columna en el programa “La quinta pata” criticó arduamente al periodista Jorge Lanata en sus dichos sobre la ley, al sostener una postura similar a la que he expuesto. En su contra argumentación, Ramal concluyó con una reflexión que merece a mi parecer ser citada “cuando a los sectores más degradados de la sociedad los condenamos al hundimiento y a la marginación eso tira para abajo el piso de los derechos laborales de todos los trabajadores, por ejemplo, pensemos en la mujer forzada a la prostitución, la posibilidad de que exista ese comercio sexual coloca a la mujer en la situación de tener que aceptar cualquier trabajo informal o en condiciones precarias, para no tener que apelar a la prostitución. Entonces la lucha para que estos sectores sean incluidos laboralmente es una lucha por levantar el piso de todas las relaciones laborales.”

---

<sup>526</sup> GROSMAN, Lucas Sebastian, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución” en *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Alegre y Gargarella Eds., Lexis Nexis, 2007 p 10

## VI. Programas e iniciativas

### A. Contratá Trans

El programa, “Contrata Trans”, es una bolsa de trabajo virtual exclusiva para personas travesti, transy no binaries, pero también una organización que brinda capacitaciones y asesoramiento para empresas, ONGs y organizaciones y campañas de visibilización de la temática laboral trans “Contratá Trans es un proyecto liderado por Impacto Digital, una Asociación Civil sin fines de lucro. No le cobramos nada (y nunca le vamos a cobrar) a las personas trans que pasan por nuestro programa.”<sup>527</sup> Este espacio busca conectar a personas trans en búsqueda laboral como a empleadores con compromiso en la contratación de personas trans.

Desde ElDiarioEs nos explican cómo se utiliza la plataforma<sup>528</sup>, a fin de poder facilitar el procedimiento en la formalización de contratos con personas trans, como facilitar y guiar a esas personas en la búsqueda de un trabajo, entrega de CV. También puede desplegarse el menú de búsqueda para perfiles más específicos: área de experiencia, estudios formales en el área, conocimientos en el área, interés en el área, idioma y provincia. Luego se carga la formación educativa: educación formal, cursos, pasantías, intereses e idiomas. Se debe incorporar datos personales y una vez hecho esto, los empleadores podrán visualizar el CV pero no el nombre ni el género autopercibido de la persona postulante, sólo su experiencia.

### B. Potenciar Trabajo

Constituye una de las políticas públicas que en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19 y ante la precariedad social de la población travesti/trans lanzo el Gobierno nacional, en el que según informes, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), comunicaron que se han incorporado 3536 personas trans/travestis de manera efectiva al programa, difundiendo los lineamientos del programa en el sentido de, .. “El objetivo principal de “Potenciar Trabajo” es promover la inclusión social plena y el mejoramiento progresivo de los ingresos de personas en situación de alta vulnerabilidad social y económica promoviendo y/o fortaleciendo iniciativas productivas de desarrollo socio-laboral y socio-co-

<sup>527</sup> Recuperado: <https://www.contratatrans.org/>

<sup>528</sup> Qué es y cómo funciona Contrata Trans, la bolsa de trabajo para personas travesti, trans y no binaries- elDiarioAR 11 de agosto de 2021 Recuperado de: [https://www.eldiarioar.com/sociedad/funciona-contrata-trans-bolsa-trabajo-personas-travesti-trans-no-binaries\\_1\\_8210636.html#:~:text=Contrata%20Trans%20es%20una%20bolsa,de%20la%20tem%C3%A1tica%20laboral%20trans.](https://www.eldiarioar.com/sociedad/funciona-contrata-trans-bolsa-trabajo-personas-travesti-trans-no-binaries_1_8210636.html#:~:text=Contrata%20Trans%20es%20una%20bolsa,de%20la%20tem%C3%A1tica%20laboral%20trans.)

munitarios.”<sup>529</sup> Se realizó mediante inscripción en un formulario a través de la página del gobierno.

### C. Plataformas On-line- ONU

Por su parte, el Pacto Global de Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos lanzaron una herramienta de análisis de brechas para prevenir la discriminación de personas LGBTIQ+, “La herramienta es una plataforma online de uso fácil y gratuito, y estrictamente confidencial que permite a las empresas autoevaluar sus políticas y programas actuales, identificar áreas de mejoras como también oportunidades para definir objetivos corporativos futuros. A su vez, la Herramienta provee a las empresas un aprendizaje institucional y potencial plan de acción para alinear sus prácticas, políticas y procesos a las Normas de Conducta LGBTIQ+ de la ONU, dichas normas, han sido aceptadas a nivel internacional sobre el rol y la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos de las personas de este colectivo en el lugar de trabajo, el mercado y la comunidad.”<sup>530</sup>

## VII. Conclusión

Surge una pregunta ineludible que comparto: **¿Qué se puede aprender de todo esto?** A continuación doy una respuesta personal que atraviesa el presente trabajo, orientado a demostrar que la mayoría de las veces, nuestros prejuicios vienen arraigados a cierta cultura transmitida. Los estereotipos que se crean de un grupo de personas son representaciones limitadas, y muchas veces falsas, de aquellos grupos a los que se suele prejuzgar con ideas preconcebidas e injustas.

Sin embargo, y ante la evidencia de los avances legislativos en igualación de derechos, podemos esperanzarnos en que hoy gobierna una concepción social más empática con el otro. Las nuevas generaciones revolucionan creencias y prejuicios que han estado latentes en nuestras sociedades, y como consecuencia de ello, la normativa legal ha ido avanzando en el reconocimiento de derechos. James Rachels, filósofo Estadounidense, al tratar sobre el Relativismo cultural, conocida como aquella corriente que defiende la tesis de que cada cultura es diferente y ninguna es superior a otra, nos dice que esta “nos previene del peligro de suponer que todas nuestras preferencias (léase también como prejuicios) están basadas en algún criterio racional absoluto.”<sup>531</sup> Afirmación

<sup>529</sup> Programa “Potenciar Trabajo” para personas trans 2020/03/27 Marian Spagnuolo Defensoría LGBT, FALGBT, INADI, Personas Trans, Potenciar Trabajo.

<sup>530</sup> Recuperado: <https://lgbtiq.unglobalcompact.org/>

<sup>531</sup> RACHELS, James Introducción a la filosofía moral, trad. de Gustavo Ortiz Millán. — México: FCE, 2006 347 p.; 17 × 11 cm — (Colec. Breviarios; 556) p.58

ésta que comparto y hago propia , ya que, muchas veces lo que concebimos como correcto e incorrecto no es más que fruto de una estipulación social o “un producto cultural” y no de pautas racionales. No significa que sea una tarea fácil, dejar de lado prejuicios o sentimientos es un largo camino en el cual debemos trabajar como sociedad, pero un primer paso es el reconocimiento institucional. Claro está que, si bien la ley de cupo laboral trans ha sido un gran avance, todavía queda mucho en el camino al efectivo goce de derechos humanos elementales para esta comunidad.

En la misma línea de pensamiento por el autor referido, considero que mantener la mente abierta a los cambios culturales es campo fértil en el logro de avances de minorías vulneradas. Afirma el autor “Podemos llegar a entender que nuestros sentimientos no son necesariamente percepciones de la verdad; pueden no ser sino el resultado del condicionamiento cultural. Así, cuando oímos sugerir que algún elemento de nuestro código social no es realmente el mejor, y nos encontramos resistiendo instintivamente a esta sugerencia, debemos detenernos y recordar esto. Entonces podemos estar más abiertos para descubrir la verdad, cualquiera que ésta sea”<sup>532</sup>

No obstante, desde ya esta normativa legal nos ha brindado resultados e historias emotivas como las que se ha expuesto en este trabajo. Por ello considero que seguir por este camino nos lleva inevitablemente, hacia una justa inclusión.

---

<sup>532</sup> RACHELS, James Introducción a la filosofía moral Ob.Cit, p 59

# REDUCCIÓN DE LA JORNADA Y LA SEMANA LABORAL: ¿AFECTA EN LAS CONDICIONES DE VIDA DEL TRABAJADOR?

*Por: Pablo F. Vera  
Tutoría: Noelia Pedrino*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes históricos. A. La jornada laboral previo a la revolución industrial. B. La jornada laboral y la revolución industrial. C. Las luchas por la reducción de la jornada laboral. III. Situación actual en Argentina. El avance de la “flexibilización laboral” y la situación de la juventud. IV. La reducción de la jornada y la semana laboral como un nuevo derecho humano. V. Conclusión. Bibliografía.

## I. Introducción

El trabajo y las relaciones laborales se han ido modificando a lo largo de la historia, desde las formas de llevar adelante las tareas, la remuneración, el tiempo y las condiciones. Estas modificaciones han respondido siempre a determinado contexto socioeconómico, transformaciones tecnológicas, culturales, entre otras.

Venimos de atravesar una pandemia a nivel mundial, provocada por el Covid-19, que nos demostró la importancia que tiene el rol del trabajador en el sistema económico, ya que ante la imposibilidad de salir de nuestras casas las industrias, las prestadoras de servicios y todo tipo de comercios tuvieron que cerrar y esto dejó en claro que son los trabajadores quienes impulsan la economía y que sin ellos el mundo se paraliza.

La pandemia también vino a agudizar una crisis económica mundial abierta allá por los años 2007/08. Y en el marco de esta crisis ha surgido un discurso en el que se relaciona a los estancamientos económicos con los derechos laborales, se afirma que a más derechos para los trabajadores más perjuicio es para la economía y el desarrollo.<sup>533</sup>

Este discurso no se correlaciona con la realidad, estamos en un momento de retroceso en materia de derechos laborales a través de la “flexibilización laboral”, de la llamada “uberización” de la economía en donde la regla es menos

<sup>533</sup> BOCHALOVSKY, Juan Pablo. Revista Anfibia. 2017.



derechos, salarios de miseria, explotación y como contrapartida grandes ganancias para las empresas.

Empresas como Rappi, Glovo, Uber o Pedidos Ya generaron grandes ganancias durante la pandemia, en detrimento de las condiciones laborales de sus trabajadores o “socios”, “trabajadores independientes” como le dicen, quienes hacen doble o triple turnos para poder cobrar un sueldo medianamente digno.

En este marco y teniendo en cuenta que hace más de 90 años, se estableció en la legislación argentina, en el año 1929, la jornada laboral de 8 horas, que rige en la actualidad, y ante el avance tecnológico que nos da herramientas para alivianar las cargas laborales creo que es necesario repensar la jornada y la semana laboral, para aggiornarla a los tiempos que corren y en beneficio de las condiciones de vida de los trabajadores, pero también en pos de una mejor producción.

La precarización laboral que está en auge trae más miserias para los trabajadores y ensancha la brecha con los dueños de los medios de producción, logrando su modificación para adaptarla a los tiempos que corren.

La juventud es la más afectada con este tipo de trabajos como ser repartidor de alguna aplicación, trabajos en donde no existe un contrato laboral o en “negro”, y ve condicionado su presente y su futuro por eso la necesidad de la reducción de la jornada laboral, porque la juventud es el futuro de la sociedad y con este presente parece difícil que haya un futuro mejor.

La reducción de la jornada y la semana laboral debe ser reconocido como un nuevo derecho humano laboral, para enaltecer la dignidad de la persona humana y la libertad, la libertad de elegir un presente y como construir un futuro en el que todos podamos vivir una vida, que merezca ser vivida.

Por cuanto el Derecho del trabajo, contribuye a la supervivencia del individuo, trabajador/a y de su familia, y al mismo tiempo, a que el trabajo sea libremente escogido a su plena realización y su reconocimiento dentro de la sociedad, para poder vivir con dignidad.

## **II. Antecedentes históricos**

Antes de entrar en el fondo del desarrollo del presente trabajo, voy a hacer un breve repaso de los antecedentes históricos.

### **A. La jornada laboral previo a la revolución industrial**

Es difícil hablar de “jornada laboral” previo a la revolución industrial sin caer en anacronismos. Ya que previo a la revolución industrial la forma de organización social predominante eran los señoríos, en donde el señor feudal tenía ciervos a su cargo, los cuales trabajaban solo a cambio de comida y vivienda y no eran libres, eran propiedad del señor feudal.

Por esto entiendo que durante esta época no se puede hablar siquiera de relación laboral, ya que estaba todavía en plena vigencia los regímenes de señorío y de esclavitud.

Con los procesos de la revolución industrial, la revolución francesa, y la definitiva caída del antiguo régimen, abrirán las puertas a una nueva etapa en las relaciones sociales y también a las laborales en específico.

### **B. La jornada laboral y la revolución industrial**

La revolución industrial fue la que consolidó al capitalismo como modelo de organización socioeconómica. Esto implicaba el fortalecimiento de la nueva burguesía surgida a partir de la revolución industrial y también la consolidación de la clase trabajadora como la clase oprimida por la anteriormente mencionada.

Esto ocurre porque la industria centraliza la propiedad en manos de unos pocos. La misma exige grandes capitales que levanta enormes establecimientos que arruina a la pequeña burguesía artesana, se apropia también de las fuerzas de la naturaleza para conquistar los mercados y a los obreros.<sup>534</sup>

En esta primera etapa las condiciones de vida de la clase trabajadora eran deplorables, la revolución industrial llevó a que miles de personas pasaran de vivir en el campo a la ciudad, la población se centraliza tanto como el capital, esto sucede naturalmente ya que en la industria el trabajador, es considerado solo como parte del capital<sup>535</sup>, esto llevó a grandes niveles de hacinamiento y en cuanto a lo laboral en esta primera etapa las condiciones de trabajo eran insalubres y la regla era la explotación laboral.

Las jornadas laborales eran de entre 12 y 15 horas y la paga era mínima, además no estaba mal visto el trabajo infantil ya que a los dueños de las empresas les convenía contratar niños y mujeres ya que les costaba mucho menos que contratar a hombres.

Esto llevó a que el gobierno inglés creara las “leyes de pobres” para combatir la mendicidad construyendo hogares (workhouses) para que la quienes no tenían trabajo duerman y a cambio darles trabajo, básicamente trabajaban para tener un lugar para dormir.

En 1824 los obreros conquistan el derecho de libre asociación lo que llevó a que se hicieran uniones que se expandieran en toda Inglaterra, es el nacimiento de los sindicatos que tenían como objeto proteger a los obreros y así comienza un proceso de organización y luchas de la clase trabajadora que se va a ver reflejada en la conquista progresiva de derechos laborales.

### **C. Las luchas por la reducción de la jornada laboral**

La organización de los trabajadores llevó a la conquista de derechos labo-

<sup>534</sup> ENGELS, Friedrich. La situación de la clase obrera en Inglaterra. Ediciones Akal. 2020

<sup>535</sup> ENGELS, Friedrich. La situación de la clase obrera en Inglaterra. Ediciones Akal. 2020

rales, en ese marco en Estados Unidos, más precisamente en Chicago en el año 1886 tuvieron lugar masivas huelgas. La huelga del 1° de mayo de 1886 en la que habían parado cinco mil fábricas y se habían movilizado cientos de miles de trabajadoras y trabajadores exigiendo la reducción de la jornada laboral a 8hs.

Ese derecho fue conquistado a través de la huelga que fue reprimida violentamente y le costó la vida a quienes serían conocidos como los “mártires de Chicago”, es por ellos que se conmemora el 1ro de mayo como el “Día del Trabajador” reivindicando esta jornada de lucha de la clase trabajadora.

A 136 años de esas históricas jornadas estamos viviendo una época de retroceso en materia de derechos laborales, en todo el mundo crece la tendencia de la flexibilización laboral que no es más que la precarización laboral y más explotación laboral.

Una de las características de esta “flexibilización” es la de jornadas laborales extensas o con límites poco definidos, a continuación, analizare la situación en nuestro país y a partir de allí la necesidad de rediscutir la extensión de la jornada y la semana laboral.

### **III. Situación actual en Argentina. El avance de la “flexibilización laboral”**

En los últimos años en nuestro país están creciendo los discursos de algunos sectores de la política, los llamados “libertarios” (Milei, Espert o de Juntos por el Cambio, el espacio del ex presidente Mauricio Macri) que apuntan a hacernos creer que los trabajadores tienen demasiados derechos o que las reiteradas crisis económicas son culpa de los derechos laborales, que las empresas no pueden progresar porque deben pagarles a sus empleados obra social, jubilación o las indemnizaciones por despidos sin causa.

Es más, en campañas electorales algunas propuestas apuntan a que los trabajadores deberían sacar de su propio sueldo para los aportes jubilatorios y una posible indemnización.

Todo esto resulta un retroceso en materia de derechos laborales y un avance de una posible reforma laboral de la que también se viene hablando que atacaría las condiciones de vida de los trabajadores.

Esta situación se viene agravando en las últimas décadas ya que el trabajo no registrado paso a ser del el 20% de los asalariados en 1970 al 33% en la actualidad, esto equivale a 4,5 millones de personas.<sup>536</sup>

Cuando hacíamos el repaso histórico de la jornada laboral recordábamos

<sup>536</sup> Redacción La Izquierda Diario. “Seis horas, cinco días a la semana. Trabajadores pobres y precarios: ¿y si se reduce la jornada laboral para trabajar todes?”. Abril 2022.

las revueltas de Chicago, en ellas la consigna era la siguiente: “8hs de trabajo, 8hs de descanso y 8hs de recreación”.<sup>537</sup>

¿Cómo puede ser que hayamos retrocedido tanto? Será que tiene que ver con estos nuevos discursos que están en boga y que la casta política empresarial reproduce con ayuda de los medios.

Una de las reformas que están discutiendo los empresarios es implementar la productividad y el presentismo dentro de los acuerdos paritarios, de convenios o directamente por empresas.

Y este tipo de acuerdos no solo afectan al trabajador desde lo laboral lo hace también en su vida personal, más horas en el trabajo significa menos horas para desarrollarse personalmente ya sea académicamente, socialmente, en actividades culturales o deportivas. También afecta a su vida social y familiar, y todo esto impacta directamente en su salud mental y física, en fin, en la felicidad y en la dignidad del trabajador.

En nuestro país, tenemos establecido por la Ley 11.544, que la jornada laboral es de 48hs semanales, y la duración del trabajo no podrá exceder de 8hs diarias una de las más largas del mundo, en este marco el trabajador se desvive para cubrir estas horas durante la semana y poder tener un franco o al menos el fin de semana libre esto implica trabajar más de 8hs semanales, de mínima tiene que trabajar 9,5hs por día para llegar a las 48hs semanales trabajando 5 días a la semana. Por ende, la jornada laboral de 8hs ya quedo atrás.

Y a estas 9hs hay que sumarle el viaje y el tiempo de recuperación lo que deja muy poco para que el trabajador pueda vivir, y entramos en una disyuntiva: ¿vivir para trabajar o trabajar para vivir? Y es en este punto viendo las consecuencias negativas de tener una jornada laboral extensa comienzo a responder el interrogante que busco revelar y la necesidad de reducir la jornada laboral en pos de una mejora en las condiciones de vida del trabajador, entendiendo que el trabajador en primer lugar es un ser humano y por el simple hecho de serlo tiene derechos humanos laborales y constitucionales (Art. 14bis CN) que deben respetarse.

En el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se habla del “ser humano libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos” y solo de esta manera se pueden garantizar los derechos humanos.<sup>538</sup>

Y siguiendo esto me pregunto si se ven garantizada la libertad de miles de trabajadores que se ven en la necesidad de aceptar estas condiciones de trabajo, de perder parte de su libertad y de arruinar su salud física y mental por

<sup>537</sup> MOLINA, Luciano. “Vivir para trabajar o trabajar para vivir”. La Izquierda Diario. Mayo 2022.

<sup>538</sup> ZAVALIA, Ricardo L. “Constitución de la Nación Argentina”. Ed: ZAVALIA. 2017.

salarios que no alcanzan a cubrir las necesidades básicas de una persona, creo que queda claro que no.

En la actualidad escuchamos mucho la palabra “libertad”, pero la libertad no es para los trabajadores es para el empresario que explota a sus trabajadores, que no paga lo suficiente, que no respeta los derechos laborales y humanos y lo hacen con la libertad de saber que no va a tener represalias por parte del estado ni de la justicia. Un ejemplo claro fue lo sucedido en pandemia cuando a pesar de existir una prohibición de realizar suspensiones y despidos, la empresa Techint despidió a 1450 empleados sin consecuencia alguna.<sup>539</sup>

La juventud es la más golpeada por la precarización laboral, en los últimos tiempos los únicos trabajos potables para la juventud son precarizados y deben elegir entre trabajar o estudiar.

Empresas como Rappi, Glovo o Pedidos Ya, están instalando un nuevo modelo de “flexibilización laboral” que no es más que explotación y precarización laboral encubierta, llaman a los trabajadores de estas aplicaciones “colaboradores” y les dicen que tienen libertad de elegir sus horarios, pero si no cumplen con determinada cantidad de pedidos al día la aplicación los bloquea o dejan de recibir pedidos. En fin, no son libres.

Cada repartidor debe encargarse de entregar la mayor cantidad de pedidos posibles para poder llevarse unos pesos más. Un tercio realiza más de 45 horas por semana, un 11% realiza entre 40 y 45 horas, y un 22% realiza entre 20 y 40 horas por semana (CIPPEC).<sup>540</sup>

Y todo esto sin recibir aportes jubilatorios, sin obra social y sin ningún tipo de protección ante posibles accidentes.

A esto se le debe sumar que si por estar enfermo o si el vehículo se le rompe y no puede salir a realizar pedidos el trabajador no cobra ese día. Y por último otro derecho vulnerado es el derecho a huelga, ya que si los trabajadores se organizan para reclamar y la empresa los identifica los da de baja de la aplicación.

En fin, vivimos en una época en donde los derechos laborales se ven atacados, en donde las condiciones laborales empeoran día a día y la necesidad provocada por la crisis socioeconómica lleva a los trabajadores a aceptarlas, en ese marco es momento de retomar el camino originado por los obreros en Chicago hace más de 100 años, y no solo recuperar los derechos ya conquistados sino avanzar en mejorar las condiciones no solo de trabajo sino de vida de la clase trabajadora.

<sup>539</sup> <https://www.infobae.com/economia/2020/04/07/techint-ratifico-los-despidos-de-1450-obreros-luego-de-alcanzar-un-acuerdo-con-la-uocra-y-homologarlo-en-el-ministerio-de-trabajo/>

<sup>540</sup> <http://izquierdasocialista.org.ar/2020/index.php/publicaciones/rabia-juventud/item/20442-se-agudiza-la-crisis-que-salida-existe-para-la-juventud-precariada>

Y en este punto antes de abordar la conclusión final quiero traer un concepto de Karl Marx de sus manuscritos filosóficos y económicos de 1844 en donde define la enajenación del trabajo: "...*el trabajo es externo* al trabajador, es decir, no pertenece a su ser; en que, en su trabajo, el trabajador no se afirma, sino que se niega; no se siente feliz, sino desgraciado; no desarrolla una libre energía física y espiritual, sino que mortifica su cuerpo y arruina su espíritu. Por eso el trabajador sólo se siente en sí fuera del trabajo, y en el trabajo fuera de sí. Está en lo suyo cuando no trabaja y cuando trabaja no está en lo suyo. Su trabajo no es, así, voluntario, sino forzado, *trabajo forzado*."<sup>541</sup>

Lo que Marx nos quiere decir en este párrafo es que el trabajador trabaja para satisfacer sus necesidades fuera del trabajo y que es fuera del trabajo en donde se desarrolla en libertad. Y este análisis sigue teniendo vigencia hasta el día de hoy, demostrado en las complicaciones de la juventud para desarrollarse en libertad ya que es la más afectada por la precarización laboral y el sistema nos lleva a tener que elegir entre estudiar o desarrollarnos personalmente para el futuro o trabajar de manera precarizada, y eso es lo que tiene que cambiar.

Esto no solo beneficiaría las condiciones de vida del trabajador, un trabajador descansado puede producir más y mejor, sería un beneficio para la sociedad toda. La jornada corta fomenta la dignidad y libertad de los pueblos, la jornada larga degrada a los pueblos física y moralmente.

Bialet Masse decía que: "No hay ni puede haber un pueblo fuerte, grande y libre, donde la jornada es larga y excesiva" ya que esto predispone a los pueblos a la servidumbre.<sup>542</sup>

#### **IV. La reducción de la jornada y la semana laboral como un nuevo derecho humano.**

Hemos hecho un recorrido por la historia de la jornada laboral, su evolución y un análisis de la actualidad en nuestro país que no dista tanto de la realidad a nivel mundial, el trabajo precarizado y la nueva forma de trabajar mediante aplicaciones sin horarios fijos es una tendencia a nivel mundial que se ve más palpable en países como el nuestro que está sumido en una crisis socioeconómica muy grave, llegando a los picos de inflación más altos en los últimos 20 años.

<sup>541</sup> <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/manuscritos/man1.htm>

<sup>542</sup> BIALET MASSE, Juan. "Informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la Republica". Tomo 2. Alción Editora. 2007.

## V. Conclusión.

Por lo expuesto y desarrollado en el presente trabajo quiero centrar mi conclusión y defensa de la reducción de la jornada y la semana laboral en dos derechos humanos básicos: el derecho a la vida y a la libertad.

El derecho a la vida visto de una manera amplia, no solo como el derecho a nacer, sino al de desarrollarse, al de que cada persona pueda llevar adelante su plan de vida en libertad y con igualdad real de oportunidades.

Para desarrollar esta vida en libertad es necesario un sueldo acorde a las necesidades y que vaya de la mano con la situación económica y una jornada que deje al trabajador un tiempo para el descanso y la recreación, y hago la distinción porque el descanso es para recuperarse de la jornada laboral y la recreación es una vez ya el trabajador descansado, que pueda elegir qué hacer en su tiempo libre.

La reducción de la semana y la jornada laboral ayudaría a combatir también el desempleo, ya que acompañar la reducción con el reparto de las horas de las horas de trabajo nos llevaría a tener más personas trabajando.

Sumado a que no afecte el salario de los trabajadores que debe ser acorde a la canasta familiar y no correr atrás de la inflación.

Y es precisamente esto lo que recomienda la OIT en la recomendación R116: *“Cuando la semana normal de trabajo exceda de cuarenta y ocho horas, deberían adoptarse medidas inmediatas para reducirla a ese nivel, sin disminución alguna del salario que los trabajadores estén percibiendo en el momento en que se reduzca la duración del trabajo”*.<sup>543</sup>

Y también es un mandato constitucional, ya que en el Art. 14bis de la CN se establece la “jornada limitada y descanso.

La Ley de Contrato de Trabajo también lo regula en su “Titulo IX – Capítulo I” pero por lo expuesto es hora de llevar adelante una modificación en torno a la jornada.

El progreso de las tecnologías, que se desarrollan a una velocidad supersónica y logra grandes avances podrían reducir también la jornada laboral y lograr esta libertad fuera del trabajo para el trabajador en la venimos trabajando.

En esta discusión, hay una discusión mucho más de fondo sobre quien produce y para quien. Entiendo que no es para ser desarrollado en este trabajo, pero está claro que la producción actual que solo apunta a la ganancia de unos pocos a costa de la miseria de las grandes mayorías no está funcionando para gran parte de la población.

<sup>543</sup> [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R116#:text=Cuando%20la%20semana%20normal%20de,reduce%20la%20duraci%C3%B3n%20del%20trabajo](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R116#:text=Cuando%20la%20semana%20normal%20de,reduce%20la%20duraci%C3%B3n%20del%20trabajo)

Algunos países como Bélgica ya vienen realizando esta experiencia con resultados positivos.

Como vemos, reducir la jornada y la semana laboral es un beneficio para la sociedad en su conjunto. Digo que la reducción de la jornada debe ser un nuevo derecho humano laboral para aggiornarse a los tiempos que corren en donde la precarización laboral parece ser la regla. Por eso debemos enaltecer el derecho a la vida y la libertad de las y los trabajadores, sobre todo enfocándonos en las necesidades de la juventud, para que puedan desarrollar su plan de vida en igualdad de oportunidades y con total libertad.

Una frase de la que se discute su origen dice lo siguiente: “Trabajar todos, trabajar menos y producir lo necesario”, esa premisa es la que deben seguir las legislaciones laborales y esa debe ser la orientación de las sociedades para que exista un futuro, con mejores condiciones de vida para toda la sociedad y que sea amigable con el medio ambiente.

En fin, la reducción de la semana y la jornada laboral es un primer paso para construir una sociedad con un mejor futuro, un futuro en donde y como trabajadores podamos desarrollarnos libremente y llevar adelante una vida que merezca ser vivida, con respeto y dignidad, y no ser solo maquinas que, funcionan, ya que de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hasta un 3% del PBI de las naciones se pierde a causa del estrés laboral, que a su vez genera menos productividad y más ausentismo.<sup>544</sup>

---

<sup>544</sup> <https://www.iprofesional.com/actualidad/343178-que-paises-avanzan-en-la-reduccion-de-lasemana-laboral-a->



# ACOSO LABORAL A MUJERES

## ¿CÓMO AFECTA EN LA PERMANENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO?

*Por: María Victoria Vieyra  
Tutoría: Pedro P. Yanzi Aspell*

**Sumario:** I. Introducción. II. Definiciones: violencia contra la mujer. Violencia y Acoso. III.- Manifestaciones de Acoso Sexual Laboral. IV. Estadísticas. V. Normativa. A. Normativa previa al Convenio 190 OIT en Argentina. B. Convenio 190 OIT. C. Normativa posterior al Convenio 190 OIT en Argentina. VI. Conclusiones.

### I.-Introducción

Mediante el presente trabajo se abordará una temática que ha tomado relevancia en el último tiempo, no por tratarse de situaciones novedosas, sino porque no fue hasta hace unos pocos años que las mujeres se atrevieron masivamente a denunciar estos hechos.

El acoso sexual laboral es una problemática que afecta de manera directa o indirecta a cada mujer trabajadora, no hay distinción de edad, actividad ni jerarquía cuando se trata de sufrir esta situación. El acoso atenta directamente contra la dignidad e integridad de la víctima, la cual se ve expuesta a un constante juzgamiento por parte del empleador, sus compañeros de trabajo y la sociedad en general.

### II. Definiciones: violencia contra la mujer. Violencia y Acoso.

El acoso sexual laboral es un término relativamente reciente pero que se refiere a un problema que existe desde siempre. Para poder comprenderlo es necesario analizar los términos básicos como qué es la violencia contra la mujer. La ONU<sup>545</sup> define a la violencia contra la mujer como todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o

<sup>545</sup> Organización de las Naciones Unidas

la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada.<sup>546</sup>

Además, la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar toda violencia contra la mujer* en su artículo 2<sup>547</sup> define los mecanismos de ejercicio de la violencia contra la mujer “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”

Por su parte, la OIT<sup>548</sup> ha definido a la violencia contra la mujer como toda acción o conducta basada en su pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación de libertad, tanto si producen en la vida pública como en la privada. La violencia es la manifestación más grave de la discriminación contra las mujeres.

En el art. 2 de convenio 190 OIT sobre Violencia y Acoso<sup>549</sup> ratificado por Argentina en el año 2019 establece que:

A efectos del presente Convenio:

- 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 de manera repetida, que tengan por objeto, que causen

<sup>546</sup> ONU Mujeres – Inicio – Que hacemos – Poner fin a la violencia contra las mujeres – FAQs – “Preguntas frecuentes: tipos de violencia contra la mujer” – Fuente de consulta: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence> (consultado el 14/6/22 - 16:54hs)

<sup>547</sup> OAS.org/es/- Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (consultado el 14/6/22 - 17:06)

<sup>548</sup> Organización Internacional del Trabajo, órgano que se encarga de desarrollar y supervisar el uso de las normas internacionales de trabajo que se convierten en convenciones y recomendaciones. Estas normas cubren todos los aspectos del mundo del trabajo, y establecen principios básicos y derechos con el fin de garantizar un trabajo digno para todos los ciudadanos.

<sup>549</sup> OIT- Normas del Trabajo - Convenio 190 OIT sobre la Violencia y el Acoso,2019 – Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190) (consultado el 14/6/2022 17:07hs)

- o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y
- la expresión «violencia y acoso por razón de género» 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.

### III. Manifestaciones de acoso sexual laboral

El acoso sexual ofende tanto el orden como a la moral pública, además de perjudicar a terceros, ya que la voluntad de la víctima, aunque acceda a la propuesta, se hallará viciada por la vis compulsiva. En este sentido, José Luis González de Rivera define al acoso sexual como: *“una forma de abuso que incluye el hostigamiento reiterado y continuado de una persona con fines, métodos o motivaciones de naturaleza sexual, ejercido desde una posición de poder física, mental o jerárquica, en un contexto laboral, docente, o en cualquier índole que implique subordinación del acosado/a”*. La Dra. Sandra Fabiana Lebrero, en su tesis titulada “Inclusión de indicadores de violencia laboral en la Auditorias de la Gestión de Recursos Humanos”, para la Universidad Nacional de San Martín, indica que el régimen jurídico de la función pública aprobado por el decreto 2385/93 definió al acoso sexual de la siguiente manera: “el accionar del funcionario que con motivo o en ejercicio de sus funciones se aprovechare de una relación jerárquica induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales haya o no acceso carnal”. Y agrega, que con ésta definición, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos “Perinetti, Daniel c/ Magrav SA s/despido” con sentencia el 04/08/2000, consideró despido con causa aplicado a un empleado que acosaba sexualmente al personal a su cargo.

Carlos Toselli (2007), siguiendo a Martínez Vivot, desarrolla las circunstancias que tipifican a la figura del acoso sexual laboral<sup>550</sup>, las cuales son: a) Comportamiento de carácter o connotación sexual; b) No deseado por la víctima, sino rechazado por la misma; c) Tiene incidencia negativa en la situación laboral del afectado, ya sea presente o futura; d) La conducta puede ser verbal o física, pero siempre de naturaleza sexual; e) El autor debe o debería saber que es ofensiva o humillante para el afectado; f) Que, en principio, comporta una discriminación en razón del sexo; g) Debe ser efectuado por el propio empleador o por dependientes jerárquicos; h) Puede ser hombre o mujer el sujeto pasivo; i) El acoso sexual es un concepto subjetivo, ya que cada afectado debe saber qué actitudes lo afectan o no; Se puede distinguir dos tipos de acoso sexual, por un lado el de “chantaje sexual” o acoso sexual puro, donde el victimario

<sup>550</sup> TOSELLI, Carlos et al, Violencia en las relaciones laborales, Alveroni, Córdoba, 2007, pág. 59.

tiene poder de decisión sobre la relación laboral, se trata de imponer una conducta sexual, afectando las condiciones o la continuidad laboral de la persona; y por el otro lado encontramos el acoso sexual ambiental, donde no hay una manifestación clara, sino que se trata de incitaciones inoportunas para coartar la actuación laboral o crear un entorno de trabajo ofensivo.

El acoso sexual puede ser utilizado como un instrumento o herramienta de acoso institucional cuando lo que se busca más que un favor sexual es humillar o degradar a la víctima, o simplemente se degrada a la víctima por su género. A menudo existe falta de denuncia por parte de la víctima, por miedo a dañar su propia reputación o por miedo a ser ridiculizada, temor a represalias y considerar que nada puede hacerse.

Se debe tener en cuenta que no todo acoso laboral es sexual. Pero sí se debe observar cuáles son las situaciones de acoso sexual que mutan en supuestos de mobbing. Por consiguiente, cuando el acosador no logró su objetivo, suele tornarse en acoso laboral y hostigamiento.

Concluimos, entonces en este aspecto que el acoso laboral, como forma de ejercicio de violencia en contra las mujeres, pueden manifestarse mediante comportamientos de diferente naturaleza:

- Física: violencia física, tocamientos, acercamientos innecesarios.
- Verbal: comentarios y preguntas sobre el aspecto, el estilo de vida, la orientación sexual, llamadas de teléfono ofensivas.
- No verbal: silbidos, gestos de connotación sexual, presentación de objetos pornográficos<sup>551</sup>

#### **IV.- Estadísticas**

Las estadísticas demuestran que en el ámbito laboral las mujeres son más propensas a ser víctimas de acoso mientras que los hombres son generalmente los victimarios. Cuando se habla de acoso hacia la mujer siempre estamos hablando de poder. En el espacio de trabajo la situación puede analizarse desde dos puntos de vista, ya sea porque las mujeres ocupan puestos de inferior jerarquía que los hombres. Esto hace que se encuentren en una situación de vulnerabilidad e inseguridad, donde el poder del que gozan los superiores sea utilizado como una herramienta más para ejercer el acoso.

Pero, por otro lado, también las mujeres se ven expuestas a ser víctimas cuando disputan el poder con los hombres, por ejemplo, para ocupar cargos de

---

<sup>551</sup> Informe “Violencia en el ámbito laboral”- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género junto a organizaciones privadas – Abril 2021 – Recuperado de: <https://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&codcontenido=4343&codcampo=20> (Consultado el 26/5/2022 18:43hs).

mayor jerarquía. Es decir, que las situaciones de acoso laboral hacia las mujeres no hacen distinciones de niveles jerárquicos ni de trabajos.

Cuando el acoso se produce en contexto laboral la mujer se enfrenta a una serie de barreras, temores y creencias sobre cuál será la consecuencia si decide denunciar el hecho.

Muchas mujeres no denuncian por temor a que no les crean, a que el acoso empeore o que puedan ver perjudicada su situación laboral.

El informe *Violencia en el ámbito laboral* realizado en el año 2021 por el Equipo Latinoamericano de Violencia y Género<sup>552</sup> junto con otras instituciones privadas y aportes del sector sindical en Argentina refleja estadísticamente la situación de violencia y acoso laboral de nuestro país.

Según este informe, un 26% de las mujeres entrevistadas ha recibido comentarios inadecuados en el ámbito de trabajo y un 17% acercamientos físicos inapropiados. Además, la exposición a estas situaciones de violencia y acoso es un 74% superior en mujeres que en varones, siendo las conductas más comunes: acercamientos físicos inapropiados, contacto físico con violencia y sin consentimiento, solicitud de favores sexuales a cambio de beneficios o promoción laboral y hostigamiento laboral por no acceder a un intercambio sexual o sentimental.

Un 23,6% de las mujeres entrevistadas ante una situación de acoso laboral decidió no hacer nada al respecto mientras que sólo un 5,2% realizó una denuncia fuera de la institución y un 11,1% presentó la situación ante el departamento de DDHH. El principal motivo por el que no realizaron ningún tipo de denuncia es por el miedo a perder el puesto laboral representado en un 48% de las mujeres que recibieron acoso entrevistadas.

Con respecto a quienes sí realizaron denuncias, un 50% sostuvo que hubo impactos negativos en su situación laboral, entre los cuales un 46% dijo haber perdido el trabajo, otras recibieron amenazas de perderlo, fueron aisladas laboralmente o sufrieron represalias y malos tratos.

Por su parte, la primera Encuesta Nacional realizada después de la ratificación del convenio 190 de la OIT en Argentina para la realización del informe *Violencia y acoso en el mundo del trabajo en el marco de la ratificación del Convenio N° 190. Aportes desde la negociación colectiva*<sup>553</sup> refleja que un 62,5% de las mujeres que sufrieron acoso sexual son personas con títulos universitarios

---

<sup>552</sup> Ídem cita 6

<sup>553</sup> Informe “Violencia y acoso en el mundo del trabajo en el marco de la ratificación del Convenio N° 190. Aportes desde la negociación colectiva” – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social Argentina – Subsecretaría de Planificación Estudios y Estadísticas – Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral – Noviembre 2021 – Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mteyss-violencia-laboral-informe-2022-aportes-negociacion-colectiva.pdf> (Consultado el 29/5/2022 10:10hs)

completos, se considera que esto es así porque cuentan con más recursos y herramientas para identificar y visibilizar una situación de acoso.

Además, los sectores donde más se registran situaciones de acoso sexual en el ámbito laboral son: Agricultura y Ganadería con un 88,3%, Servicios de Salud con 62,1%, Actividades Financieras, con 66,4% y Administración Pública con el 61,3%. El resto de los rubros se mantiene por sobre el 40 por ciento, es decir, no hay sector en el que las mujeres no se encuentren en riesgo de sufrir este tipo de violencia.

## **V. Normativa**

### **A. Normativa previa al Convenio 190 OIT en Argentina**

En nuestro país, previo a la ratificación del Convenio 190 de la OIT ya regían normas que regulaban la cuestión de la violencia sexual en el ámbito laboral.

A nivel constitucional el art. 14 bis consagra el derecho de los trabajadores a condiciones dignas y equitativas de labor, imponiendo el deber a los empleadores de garantizar dichas condiciones mediante medidas que resguarden la integridad y dignidad de los trabajadores.

Además, la propia Ley de Contrato de Trabajo prevé el deber genérico de seguridad e indemnidad que tiene el empleador para con los trabajadores, debiendo proteger su integridad psicofísica dentro del ámbito de trabajo.

Particularmente en lo referido a la violencia y acoso sexual en el ámbito laboral, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres<sup>554</sup> en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales define el término violencia laboral contra la mujer y constituye un marco de protección para las mujeres trabajadoras.

### **B. Convenio 190 de la OIT**

En el año 2019 la OIT adoptó el Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso laboral y su recomendación complementaria 206, invitando a los países que lo ratifiquen a realizar una revisión de sus normas internas con respecto al abordaje de la violencia y el acoso laboral.

El Convenio es la primera norma de derecho internacional que reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir un abuso a los derechos humanos y se orienta hacia una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano.

Así, introduce un nuevo derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso, y con ello una serie de directrices para el abordaje de la proble-

<sup>554</sup> Fecha de sanción 05/09/1974 – Publicada en el Boletín Oficial del 27/09/1974. TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/1976 – Bs As., 13/5/1976

mática a tener en cuenta por los países parte.

Las directrices generales del Convenio están orientadas a una revisión de la legislación de cada país, la modificación de las normas que no contribuyan a una cultura del trabajo libre de violencia y la sanción de normas materiales y procedimentales de prevención y acción ante supuestos de violencia o acoso laboral.

Se exige a los países que lo ratifiquen que adopten una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo laboral, incluidas cuestiones de género. Además, dicha legislación debe imponerle a los empleadores el deber de que tomen las medidas de control adecuadas para prevenir situaciones de violencia y acoso y procedimientos de actuación ante estas.

Por último, el Convenio establece que le corresponderá a cada Miembro el control del cumplimiento de las normas que regulen sobre la violencia y acoso en el ámbito laboral, garantizar el acceso a las vías de recurso, reparación o solución de conflictos adecuadas a la situación, asegurar el derecho a la intimidad de la persona damnificada, garantizar que se respeten los derechos del trabajador después de haber realizado la denuncia, etc.

### **C. Normativa posterior al Convenio 190 OIT en Argentina**

Luego de la ratificación del Convenio, la modalidad adoptada para adaptar la legislación nacional a las directrices del mismo fue mediante la modificación de Convenios Colectivos de Trabajo, ya que es en estos ámbitos donde se negocia acerca de los derechos de los trabajadores

Según el Informe *Violencia y acoso en el mundo del trabajo en el marco de la ratificación del Convenio N° 190. Aportes desde la negociación colectiva* entre el año 2019 y 2021 fueron 15 los convenios colectivos que adoptaron cláusulas relativas a prevenir y erradicar la violencia y el acoso en el ámbito laboral, dichas cláusulas prevén entre otras cuestiones el funcionamiento de mecanismos de denuncia y acompañamiento ante situaciones de acoso o violencia de género y capacitaciones sobre violencia y género.

La mayoría de estos convenios colectivos son a nivel empresa, lo cual deja un margen de desprotección a las víctimas de la actividad en general. Por su parte, las ramas de transporte, almacenamiento y comunicaciones han sido las que más acuerdos han logrado en torno a la violencia y el acoso laboral, mientras que en las ramas de salud, comercio y servicios sociales no se ha registrado ningún convenio referido a dichas cuestiones.

## **VI. Conclusiones**

El acoso sexual laboral es una de las más crudas manifestaciones de violencia y desigualdad de género. No se podrá lograr la tan pretendida igualdad

de derechos entre el hombre y la mujer si a raíz de las situaciones de acoso son las víctimas las que deben cambiar de trabajo o peor, sufren sanciones y despidos incausados.

Esta conducta constituye una violación a una innumerable cantidad de Derechos Humanos; el derecho a la dignidad e integridad psicofísica se ven afectados, no sólo cuando la víctima sufre el acoso sino también cuando debe decidir si denunciarlo o no debido a las consecuencias que esto puede traerle en su trabajo y su vida.

Las mujeres se enfrentan a una serie de barreras internas y externas para dar a conocer su situación y que efectivamente sea escuchada. A lo largo de la historia e incluso en la actualidad se intentó desacreditar a la mujer atribuyéndole a ella misma que habría buscado ser víctima con su comportamiento y más en casos de acoso sexual. Esto lleva a que las trabajadoras elijan callar o dejar el trabajo para evitar las miradas juzgadoras de sus compañeros o la indiferencia de su empleador.

Resuelta fuertemente menoscabado el derecho a la salud, las consecuencias en la salud de las víctimas van desde insomnio, ansiedad, estrés, ataques de pánicos, depresión hasta, en algunas ocasiones, el suicidio. Las mujeres se ven obligadas a iniciar tratamientos psicológicos y psiquiátricos, pedir licencias e incluso dejar el puesto de trabajo porque no pueden continuar con el desenvolvimiento normal de su vida.

Desde el punto de vista laboral, el acoso sexual atenta contra el derecho a las condiciones dignas de trabajo consagrado en el Art. 14 bis de la Constitución Argentina, el ámbito laboral se vuelve un espacio hostil para la víctima y se encuentra en una situación de desprotección. Además, las estadísticas demuestran un gran porcentaje de incumplimiento por parte de los empleadores del deber de protección de sus trabajadores, las trabajadoras no son escuchadas, acompañadas ni protegidas. Por el contrario, cuando una víctima toma la difícil decisión de denunciar su situación son juzgadas, ignoradas o sancionadas mientras que el presunto acosador se mantiene impune y libre de culpas.

Es una realidad la necesidad de que exista una reglamentación que regule esta problemática, que obligue a los empleadores a tomar medidas de prevención y protección a las víctimas.

Sin dudas, no basta con el derecho para cambiar una situación que tiene fuertes connotaciones sociales y culturales, mientras siga existiendo desigualdad en los derechos laborales de hombres y mujeres no habrá norma jurídica que sea suficiente. Mientras sean los hombres los que ocupan en su mayoría los cargos jerárquicos más altos, tengan mejores salarios y gocen del silencio de las víctimas por miedo a las represalias, el acoso sexual laboral seguirá afectado a las mujeres trabajadoras.



Tal como lo demuestran las estadísticas, ante situaciones de acoso laboral hacia mujeres, son estas quienes deciden cambiar de trabajo o son despedidas. La permanencia en el puesto de trabajo para una trabajadora que sufre esta situación es casi imposible, las empresas no están preparadas para brindarles contención y acompañamiento, mucho menos para garantizarles un ambiente de trabajo donde se sientan seguras y escuchadas.

