

JORNADAS IBEROAMERICANAS "EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA JUSTICIA
FRENTE A LA PANDEMIA COVID 19"

Impacto de la pandemia en el trabajo para mujeres y minorías en interseccionalidad

**PROCESO LABORAL. PROTECCION A SECTORES VULNERABLES Y COVID
19**

Héctor Hugo Boleso*

Luego de la mortalidad y afecciones a la salud de la población, el desempleo es una de las consecuencias más graves de la pandemia.

La OIT ha informado sobre el impacto del desempleo en las distintas sociedades, y como ello afecta primordialmente a mujeres y jóvenes.

El proceso laboral, es el instrumento que permite la realización de los derechos humanos en general y del derecho del trabajo en particular.

Herramienta que debemos emplear con perspectiva de género.

Recordemos que hay una Recomendación del Comité CEDAW -2010- en sentido que: "Se insta al Estado Argentino que se vele porque la judicatura –incluidos jueces, abogados y defensores públicos– conozcan los derechos de la mujer y las obligaciones de Estado parte, con arreglo a la convención. Y alienta al Estado Argentino) para que imparta capacitación sobre cuestiones de género a todos los miembros del sistema de justicia, entre ellos, a los encargados de hacer cumplir la ley, y a que vigile los resultados de su labor".

Juzgar con perspectiva de género permite transformar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico.

La aplicación de la perspectiva de género como instrumento o método jurídico de análisis requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección.

En conclusión: dictar resoluciones judiciales con mirada de género constituye lisa y llanamente una obligación legal.

Es auspicioso el dictado de la Acordada 4032 de la SCBsAs, que crea la Comisión Permanente en Género e Igualdad, como órgano consultivo, y entre otras competencias: Diseña y propicia la adopción de protocolos y guías de actuación vinculadas con la temática de género. Asegura su incorporación en la actividad

jurisdiccional de todos los fueros. Hace un seguimiento en la implementación de instrumentos de igualación en el seno del Poder Judicial. Propone la implementación de políticas concretas al respecto.

Antes de la declaración de emergencia sanitaria por el COVID 19, ya el DNU 34/19 declaró la emergencia pública en materia ocupacional a partir del 13.12.2019 y por el término de 180 días, la que fue prorrogada en sucesivas ocasiones hasta el 31.12.2021.

El DNU citado además, impuso por éste plazo, una duplicación de las indemnizaciones en casos de despido sin causa. La norma se fundó en la *necesidad de atender a la situación de vulnerabilidad de los sectores más desprotegidos y, evitar que se acreciente el nivel de desprotección de los trabajadores y trabajadoras formales.*

La norma no era aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia.

El Decreto N° 528/20 dispuso ampliar el plazo de la emergencia pública en materia ocupacional declarada. Reiterando que la norma no es aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto ni al Sector Público Nacional definido en el art. 8° de la Ley N° 24156, con independencia del régimen jurídico al que se encuentre sujeto el personal de los organismos, sociedades, empresas o entidades que lo integran.

Ello demuestra un problema de base, antes de la pandemia, la desocupación ya era un mal que afectaba al mercado de trabajo, y que necesitaba una urgente respuesta.

Declarada la emergencia por la pandemia, el Decreto 329/20 resolvió prohibir, a partir del 31.03.2020, los despidos sin justa causa y por las razones de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, y prohibir las suspensiones por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor; por el plazo de 60 días.

Se exceptuaba de la prohibición, a las suspensiones hechas en los términos del artículo 223 bis de la LCT.

Norma que con sucesivas prórrogas se extiende hasta el 31.12.2021

Ello significa que, los despidos y suspensiones dispuestos en violación a la prohibición, no producirán efectos, y se mantendrán vigentes las relaciones laborales en las mismas condiciones.

La OIT, no ha cesado de advertir, que el mundo del trabajo se ve profundamente afectado por la pandemia mundial del virus.

Por ello en su documento "Las normas de la OIT y el Covid 19" alude a la necesidad de que los gobiernos *implementen medidas* dirigidas a paliar los

efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor

En nuestro país, algunas empresas despidieron y despiden a sus trabajadores, los suspendieron o suspenden, o afectaron sus salarios.

Entre las medidas gubernamentales, nos interesan las resoluciones judiciales, es decir aquellas decisiones que mediante el proceso laboral lograron salvaguardar derechos fundamentales de la mujer o el/la joven trabajadores.

-Caso I- REYES (reincorporación ante despido): La demandante padecía una enfermedad respiratoria -asma- por la que, por recomendación médica, debía permanecer en su domicilio, circunstancia que comunicó a su empleadora. Esta la despidió, pese a estaba anoticiada de su estado de salud y que se había a disposición la fuerza de trabajo para cumplir funciones desde su domicilio, de manera remota. Afirmó que la actora se hallaba transitando el periodo de prueba, invocado para justificar el despido.

En primera instancia se rechazó la pretensión cautelar, pero la Sala I de la CNAT, la revocó, con fundamento en el hecho que: la accionante, acreditó prima facie que padecía una enfermedad de las contempladas en la regulación y que la ubican como una persona en riesgo (art.3º inc.1 de la Res. Nº 627/2020 del Ministerio de Salud de la Nación) frente a la pandemia.

Y con base normativa en el D 329/2020 en sentido que: "Esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo lleva a la marginalidad de la población". Entendió prioritario atender el reclamo cautelar, frente al daño irreparable que podría generar a la trabajadora demandante, en el contexto de emergencia que es público y notorio, la privación del ingreso, por el perjuicio a la economía personal y familiar, por la imposibilidad actual, en virtud de la afección en la salud que la aquejaría, para conseguir otro trabajo que le permita subsistir y contar con la cobertura de obra social **1.**

-Caso II- P., M. S (Dación de trabajo de manera remota: La actora a través de certificado médico acreditó que padecía un trastorno psiquiátrico, de ansiedad generalizada con agorafobia. Y la recomendación de reinserción laboral paulatina, bajo el régimen de trabajo remoto.

La agorafobia es un trastorno de la ansiedad que suele aparecer después de uno o más ataques de pánico, cuyos síntomas incluyen el miedo y la necesidad de evitar los lugares y las situaciones que pueden causar sensación de pánico, encierro, impotencia o vergüenza, el tratamiento se basa en terapia conversacional y medicamentos.

La empleadora la intimó a justificar inasistencias, bajo apercibimiento de considerarla incurso en abandono de trabajo. Y luego intimó a que concurra a trabajar un día por semana, y frente a su respuesta negativa, deciden hacer reserva de su puesto de trabajo en los términos del art. 211 LCT.

La Jueza de primera instancia luego de reseñar las características de toda medida innovativa, aplicando las normas de emergencia dictadas con motivo de la pandemia por COVID-19, sucesivos DNU que disponen, como sus objetivos, proteger en forma directa a los trabajadores, como sujetos de preferente tutela, que la situación de emergencia no les haría perder sus puestos de trabajo. Mantener los puestos de trabajo a fin de aminorar los efectos adversos de la situación y proteger a los trabajadores frente a los daños que le ocasionarían el despido en el marco de la emergencia sanitaria.

Citó el documento de la OIT del 23/03/20 "Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)", y dada la gravedad de la situación denunciada, así como el peligro que implica para todo ser humano la pérdida del ingreso durante la situación de emergencia sanitaria, -circunstancia que se produciría de encuadrar la situación en el art. 211 de la LCT-, admitió la medida, destacando que el peligro en la demora se define por sí mismo, dado que la situación denunciada por la trabajadora conllevaría a la posible carencia de recursos alimentarios y asistenciales que, inevitablemente, incidirían de manera perjudicial sobre su persona.

Por ello, ordenó a la empresa que le otorgue trabajo en forma remota mientras subsista la recomendación del médico tratante y no varíen las circunstancias, con el pago íntegro de la remuneración y demás consecuencias obligacionales que surgen de mantener vigente el vínculo, ello sin perjuicio de las facultades de control que le asisten a la empleadora en los términos del art. 210 LCT **2**.

La empleadora notificada de la medida dispuesta, se presentó en el expediente, manifestó la voluntad de dar cumplimiento a la manda judicial, depositando en la cuenta sueldos de la trabajadora los haberes devengados, y dispuso la reinserción laboral, mediante la modalidad de trabajo remoto, habilitando los medios para que esto se hiciera efectivo.

-Caso III- ATE C/GCBA (convocatoria a retornar a trabajar de manera presencial a personas de riesgo): En contra de la normativa de emergencia, de normas constitucionales y supralegales que protegen la salud y la seguridad de las personas trabajadora, como de leyes nacionales que integran el orden público laboral; en plena "segunda ola" de la pandemia, ciertas resoluciones administrativas facultaron a los empleadores a convocar a trabajar en forma presencial a personas consideradas "de riesgo", una vez recibida la primera dosis de vacunación.

ATE interpuso acción de amparo contra el GCBA, a fin de que se le ordene dejar sin efecto un decreto y, en consecuencia, se abstenga de convocar a trabajar de

manera presencial al personal de salud que siendo considerado de riesgo, haya recibido solo una sola dosis de la vacuna, hasta tanto se complete el esquema de vacunación. Y a quienes hayan recibido ambas dosis, hasta tanto el GCBA acredite que cuentan con la inmunidad suficiente para preservar su salud y vidas.

Asimismo, solicitó que se ordenara de manera cautelar al GCBA que, provisoriamente, se abstenga de convocar a trabajar de manera presencial al personal de salud considerado de riesgo, de acuerdo a las garantías previstas en normas constitucionales y supralegales (Convenio 155 OIT).

El Juez analizó el derecho a la salud en nuestro ordenamiento jurídico, comparó la legislación nacional y local respecto al personal de riesgo, luego se preguntó acerca de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad del decreto cuestionado, y si correspondía que éste sea dejado sin efecto.

Sucintamente, decidió que el empleo del término "podrá" supone que para ejercer tan delicada atribución es necesario el dictado de un acto administrativo que lo ponga en práctica.

Afirmó que la decisión de establecer el retorno a la actividad presencial de agentes del Subsistema Público de Salud Pública de la CABA dispensados que contaran con una dosis, debe ser adecuadamente motivada, *con especial referencia a los parámetros que emergen de los criterios científicos actualmente disponibles y la información que a cada momento brinde la comunidad científica internacional.*

Y que ello supone una motivación que aborde: a) Nivel de inmunidad tras la primera dosis en consideración a la vacuna asignada, el tiempo transcurrido desde su inoculación y el tipo de riesgo que afecta a cada paciente; b) Diferencias entre efectores de la salud respecto de la necesidad concreta de cada uno de ellos de requerir la presencialidad de los agentes beneficiados por la dispensa, y c) también la posibilidad concreta de contar en tales efectores con aéreas en las que no exista alta circulación viral de COVID- 19 para que los agentes comprendidos puedan prestar tareas.

Consideró que la interpretación efectuada por la Subsecretaría de Atención Hospitalaria del Ministerio de Salud del GCBA no estaba ajustada al criterio que emerge del art. 2º del decreto que venimos comentando.

Por ello: resolvió hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por ATE, y ordenó al GCBA que para establecer el retorno a la actividad presencial de agentes del Subsistema de Salud Pública de la CABA dispensados, respecto a aquellos que cuenten con una sola dosis, debe cesar todo comportamiento que le imponga el retorno a la actividad presencial sin la existencia previa de un acto administrativo adecuadamente motivado. La medida tendrá efecto hasta que recaiga la sentencia definitiva **3**.

Las decisiones comentadas, en nuestra opinión realizaron un correcto encuadre constitucional, convencional y legal.

El art 14 bis CN protege a los trabajadores contra el despido arbitrario, tutela que ha sido reforzada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así la CorteIDH, considera el derecho a la estabilidad laboral, como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana **4**.

Respecto al derecho a la estabilidad laboral, la CorteIDH resolvió que: "las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes:

a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho;

b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado;

c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende,

d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos **5**.

Lo mismo sucede con la protección que otorgaron nuestros tribunales al derecho a la salud, puesto que la CorteIDH considera que el derecho a la salud es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención **6**.

Como lo ha afirmado el Alto Tribunal Interamericano en su doctrina de control de convencionalidad, todas las instituciones –y no solo el poder judicial– son responsables de la protección de los derechos humanos.

Todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad" entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana **7**.

Notas

1. CNAT, SALA I, REYES, GLORIA SOL c/SOLUCIONES MEDICAS INTEGRALES S.A. s/MEDIDA CAUTELAR, Sentencia Interlocutoria del 6.8.2020, www.cij.gov.ar.

2. P., M. S. vs. Gregard S.A. s. Medida cautelar Juzg. Nac. Trab. N° 8; 06/05/2021; Rubinza Online; RC J 2452/21, ver Comentario de Sosa, Ma. Fabiana: Una cautelar ordena la dación de trabajo remoto como forma de proteger a la trabajadora, <https://www.lacausalaboral.net.ar/doctrina-3.-una-cautelar-ordena-la-dacion-de-trabajo-remoto-como-forma-de-proteger-a-la-trabajadora-por-fabiana-sosa.html>.

3. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 23, ATE c/GCBA s/amparo, Expte. 110.40/2021-0, Actuación: 913701/2021, ver Comentario de Lozano, Ma. Paula: La vacunación y el retorno a la actividad del personal de salud con riesgo sanitario. Análisis de la medida cautelar en los autos "Asociación Trabajadores del Estado c/GCBA s/amparo", <https://www.lacausalaboral.net.ar/doctrina.-la-vacunacion-y-el-retorno-a-la-actividad-del-personal-de-salud-con-riesgo-sanitario-por-maria-paula-lozano.html>.

4. CorteIDH, Caso Lagos del Campo vs Perú, S del 31.08.2017, Consid. 149, www.corteidh.or.cr.

5. CorteIDH, Caso Lagos del Campo vs Perú, S del 31.08.2017, Consid. 149, www.corteidh.or.cr.

6. CorteIDH, Caso Caso Poblete Vilches Vs Chile, S del 8.03.2018, Consid 110, www.corteidh.or.cr.

7. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México (2010), Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador (2019), von Bogdandy Armin: De la interpretación de normas al cambio social. Los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos a la luz de la realidad, en: Diálogos entre Cortes Regionales de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>.

* Abogado. Ex Juez Laboral, ex docente universitario -UNNE-, autor de libros y ensayos sobre Derecho Laboral, Derecho Procesal laboral y Derechos Humanos.