
Documento de Trabajo 1

**Comentarios preliminares
al impacto en las relaciones laborales
de la Ley de Violencia Basada en Género**

I.- Introducción

Este trabajo tiene como propósito tratar algunas cuestiones vinculadas al impacto en materia laboral que trae la promulgación de la Ley 19.580 sobre violencia hacia las mujeres basada en género, en particular sobre el alcance y significación del art. 40.

La norma tiene como objetivo general *“garantizar el efectivo goce de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia basada en género”* (art. 1), establecido de forma expresa en el primero de sus casi cien artículos; en ella se procura regular los distintos impactos que la violencia basada en género tiene en diversos aspectos de la vida de las mujeres.

La ley establece mecanismos, medidas y políticas *“integrales”* de prevención, atención sanción y reparación”, y comprende en su ámbito de aplicación protector *“a mujeres de todas las edades, mujeres trans, de las diversas orientaciones sexuales, condición socioeconómica, pertenencia territorial, creencia, origen cultural y étnico-racial o situación de discapacidad, sin distinción ni discriminación alguna”* (art. 1). El análisis del art. 40 implica necesariamente algunos comentarios sobre la lógica normativa en la que el mismo se inserta, las que desarrollaremos como cuestiones previas.

De esa manera, se debe tener en cuenta, en primer término, que desde el *nomenjuris* del propio art. 40 (“*Medidas para asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo*”), el legislador da orientaciones claras, teniendo como premisa el mantenimiento del puesto de trabajo, el cual se erige como principio cardinal de interpretación.

El análisis de la norma debe de tener en cuenta otros principios que se establecen en algunas disposiciones de forma expresa y que funcionan como orientadores de la inteligencia de la misma.

Otro aspecto que entendemos necesario plantear en el análisis es que la regulación en estudio requiere considerar el poder de dirección del empleador, el alcance y sus límites, con énfasis en la facultad variar la prestación por parte del trabajador que otorga esta norma, en particular en el análisis del literal c del artículo en análisis.

No debe perderse de vista que la mujer trabajadora víctima de violencia basada en género, es doblemente vulnerable, ya que a su condición de hiposuficiente se le agrega la violencia por su condición de mujer; por ende es más acreedora aún de un trabajo digno.

Efectuadas tales precisiones, se procurará comentar cada uno de los numerales por su orden, y se hará referencia a cuestiones de índole práctica. Por último, se formularán algunas conclusiones en el marco de esta primera aproximación al tema.

II.- Cuestiones previas.

Previo a analizar el art. 40, se considera necesario destacar algunas disposiciones contenidas en la Ley 19.580 que deberán constituir la guía a seguir por el intérprete y aplicador del derecho a la hora de interpretar la norma en cuestión.

En materia de INTERPRETACIÓN, se destacan las siguientes disposiciones:

** Art. 3. “(Interpretación e integración).- Para la interpretación e integración de esta ley se tendrán en cuenta los valores, fines, los principios generales de derecho y las disposiciones de la Constitución de la República y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en particular la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención De Belém Do Para), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (CEDAW), la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CON), la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.*

En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la norma, prevalecerá la interpretación más favorable a las mujeres en situación de violencia basada en género”.

**Art. 5“(Principios rectores y directrices).- Son principios rectores y directrices para la aplicación de esta ley, los siguientes:*

A) Prioridad de los derechos humanos. Las acciones contra la violencia basada en género hacia las mujeres, deben priorizar los derechos humanos de las víctimas”.

Respecto a la violencia laboral, la misma se enmarca en la previsión del literal I) del art. 6, que dispone:

**Art. 6 “Constituyen manifestaciones de violencia basada en género, no excluyentes entre sí ni de otras que pudieran no encontrarse explicitadas, las que se definen a continuación:*

I) Violencia laboral. Es la ejercida en el contexto laboral, por medio de actos que obstaculizan el acceso de una mujer al trabajo, el ascenso o estabilidad en el mismo, tales como el acoso moral, el sexual, la exigencia de requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física, la solicitud de

resultados de exámenes de laboratorios clínicos, fuera de lo establecido en los marcos legales aplicables, o la disminución del salario correspondiente a la tarea ejercida por el hecho de ser mujer”

Podemos visualizar de las disposiciones mencionadas que se plasma (y ratifica) el criterio de favorabilidad o pro homine reinante en la interpretación de los textos vinculados a los derechos fundamentales.

Por su parte, se logra apreciar que el literal I del art. 6 ratifica el derecho a la estabilidad, siendo la única disposición en el plano legislativo que recoge expresamente tal derecho en el Derecho laboral privado; más allá que la estabilidad constituye un derecho fundamental por ser una proyección del “derecho al trabajo”, consagrado en normativa internacional¹, aplicable y vigente en nuestro ordenamiento jurídico por mandato de los arts. 72 y 332 de la Constitución.

En suma, la interpretación y aplicación de la Ley 19.580, en cualquiera de sus aspectos, no puede soslayar la existencia de principios propios que se establecen de forma expresa en la norma y de derechos que se aplican “además de los derechos reconocidos” (art. 7); aplicar o interpretar la ley violando o prescindiendo de tales principios y derechos, sería incurrir en ilegalidad, vulnerando su espíritu proteccionista consagrado a favor de las mujeres víctimas de violencia basada en género.

III.- Comentarios al artículo 40.

III.I.- Análisis del acápite del art. 40 “(Medidas para asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo).

1 El derecho al trabajo como un *derecho humano fundamental* está consagrado, entre otras, en las siguientes normas internacionales, aplicables en nuestro orden jurídico por imperio de los arts. 72 y 332 de la Constitución; art. 6 y 7 del PIDESC (1966); art. 5 literales e) e i) de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (1965); art. 11.1.literales a) y c) de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (1979); parte II, art. 10 de la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social (1969); art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); numerales 1 y 2 del Art. 6 y literal d) del art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre DDHH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “*Protocolo de San Salvador*” (1988); art. 2 literal a) y art. 19 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1947); y art. 15 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur.

Desde el *nomenjuris*, la arquitectura normativa está pensada para favorecer que la trabajadora pueda seguir desempeñándose en las mejores condiciones posibles y que el mantenimiento o la ejecución de la relación de trabajo no operen como contrapeso en la defensa de sus otros derechos humanos. Además, los cambios en la ejecución de la relación de trabajo, que la norma habilita, de ningún modo deben de ser un elemento utilizado para llevar a la trabajadora a la pérdida su puesto de trabajo.

Tanto del acápite del art. 40, como del literal I del art. 6, se puede extraer que la Ley 19.580 ratifica el derecho a la estabilidad. Y decimos que ratifica y no consagra, ya que la estabilidad se encuentra implícitamente en el “derecho al trabajo” consagrado en diversos instrumentos internacionales. En este aspecto, se considera importante destacar que, al analizar el derecho al trabajo contenido en el art. 6 del PDESC (1966), la Observación General (OG) N° 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha sostenido que el mismo consiste “en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta” (núm. 4 de la OG) y “el derecho a no ser privado injustamente de empleo” (núm. 6 de OG).

De la normativa internacional surge el “derecho a la estabilidad”² como una proyección del “derecho al trabajo”. Incluso, por sentencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) dictada el 31 de agosto de 2017 en el caso “Lagos del Campo vs Perú, se sostuvo no solo que *la estabilidad se encuentra en el art. 26 de la Convención Americana de sobre DDHH, “Pacto de San José de Costa Rica” (1969)*, sino que aclara que la estabilidad debe otorgar garantías de protección al trabajador al exigir “causas justificadas” del despido y la posibilidad del trabajador de recurrir la decisión del empleador. Por esta “*sentencia hito se reconoce como autónomo el Derecho del Trabajo y particularmente la estabilidad laboral*”, siendo ambos derechos justiciables por la CIDH³.

2 Si bien no se desconoce los tipos de estabilidad (relativa, propia e impropia) que maneja cierta parte de la doctrina, se señala lo sostenido por BARBAGELATA, H. - H., quién siguiendo a RUSSOMANO, entiende que la estabilidad “no tiene grados” y que la única estabilidad real es la que corrientemente “y tal vez en forma inadecuada” se la denomina estabilidad absoluta (BARBAGELATA, H. - H., “Sobre la estabilidad en el empleo”, Rev. Der. Lab. Nro. 111, Tomo XXI, Montevideo, junio – setiembre 1978, pp. 330 y 331).

3 (Cfr. Nral 4 del voto razonado del Juez Roberto F Caldas).

La ley 19.580 ratifica el derecho a la estabilidad consagrada en innumerales instrumentos internacionales, que sin duda integran lo que se denomina el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Cualquier análisis que se haga de la norma debe tener en cuenta en forma necesaria que la trabajadora debe de mantener su puesto de trabajo. La situación se encuentra recogida en el propio art. 40; desde el vamos, cuando en el *nomenjuris* utiliza los términos “asegurar la permanencia” en el trabajo.

III.II.- Comentarios Literal a).

El literal a) establece el derecho a *“recibir el pago íntegro de su salario o jornal el tiempo que conlleve la asistencia a audiencias, pericias u otras diligencias o instancias administrativas o judiciales que se dispusieran en el marco de los procesos previstos”* en la ley.

Previo a su análisis debemos hacer referencia al concepto de salario. Al respecto, el Convenio internacional del Trabajo Nº 95, Sobre la protección del Salario, ratificado por ley 12.030, establece: *“ Artículo 1: A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”*

Aunque sea obvio destacarlo, se señala que no cabe la menor duda de que el salario base comprende el concepto de “salario o jornal íntegro”, por lo que se analizará la pertinencia del pago de las partidas marginales.

En tal sentido, a continuación se hace referencia a algunas partidas que podrían generar dudas respecto de si deben abonarse (o no) según lo dispuesto por el literal comentado.

a.- (Salario en especie). Las partidas abonadas en especie tienen naturaleza

salarial, así lo ha entendido unánimemente la doctrina y jurisprudencia, por lo que, salvo excepciones fundadas, las mismas deben abonarse, a efectos que la trabajadora reciba el salario “íntegro”, tal como lo establece la ley.

b.- (Alimentación). La alimentación brindada en días trabajados, puede realizarse mediante servicios de comedor o vales de almuerzo o canasta de alimentos, por sí o a través de terceros. En este caso, debemos distinguir entre los casos que se brinda la alimentación en el lugar de trabajo, lo que no puede cumplirse en casos de ausencia del trabajador.

Diferente es el caso en el que se brinda la canasta de alimentos, o los vales en forma mensual, hoy pagaderos, mediante dinero electrónico. En dicha situación, el no pago de la partida de alimentación correspondiente al día, sería contrario al concepto de pago íntegro que la ley establece.

c.- (Vivienda). El uso de la vivienda, como salario en especie, lógicamente entra dentro del concepto de salario íntegro que tiene derecho a percibir, durante el tiempo que conlleve la asistencia a las diligencias previstas. De acuerdo a los términos legales utilizados, estamos ante una ausencia justificada, que no exonera del pago del salario, por lo que, se mantiene el derecho al uso de la misma.

En iguales términos, sería el caso que se pague una partida mensual en concepto de vivienda, el que, debería ser abonado, dada la amplísima definición, “íntegro”, que utiliza la ley.

d.- (Presentismo y primas similares). Estas partidas están asociadas a la presencia y cumplimiento de jornada, existiendo una importante variedad de maneras de establecer los casos en que el derecho a su cobro se pierde. En el caso que nos ocupa, estamos ante una ausencia legalmente justificada, por lo que, el tiempo insumido en las audiencias o trámites previstos, no puede redundar en un perjuicio económico, que implicaría la pérdida del presentismo.

e.- (Horas extras) La ley 15.996 define como horas extras como aquellas que excedan la jornada máxima, legal o convencional del trabajador. En el

presente caso, estamos ante una ausencia justificada que conlleva el pago del salario íntegro, pero, la no realización de trabajo fuera del límite legal o convencional, excluye el pago de horas extras. Para el caso que la trabajadora realice habitualmente una jornada superior a la legal o convencional, se entiende que en dicha hipótesis no obligaría al pago del horario extraordinario no realizado.

Situación diferente, es cuando se paga una partida fija en concepto de trabajo extraordinario. Dicha partida, además de ser acordada mediante convenio colectivo, debe ser más beneficiosa que las horas extras efectivamente realizadas. En dicho caso, al estar una partida de carácter salarial fija, y no atada a la realización de las horas extras, integra parte del salario “íntegro”, que debe ser abonado.

f) (Partidas variables). En caso de que la trabajadora perciba partidas variables, deberá abonarse el promedio de las mismas. Ahora bien; para determinar el promedio se pueden utilizar dos procedimientos: (a) aplicar el promedio de los últimos 12 meses, según procedimiento previsto para la licencia anual (Ley 13.556); o (b) aplicar el promedio de las partidas variables de los últimos 12 días trabajados, siguiendo el criterio de pago de los feriados (decreto del año 1962).

En suma, deberá adoptarse un concepto amplio de salario y las partidas mencionadas deberán incluirse para pagar el tiempo que conlleve la asistencia a audiencias, pericias u otras diligencias o instancias administrativas o judiciales que se dispusieren en el marco de los procesos previstos en la Ley.

Por otra parte, la forma de justificación de asistencia a las instancias mencionadas, lógicamente puede acreditarse mediante documentación oficial expedida por los organismos competentes.

El concepto es amplio, ya que abarca todas las diligencias que se dispongan en el marco de los procesos. La concurrencia, no requiere la autorización previa del empleador, sino que la norma otorga una justificación para

la ausencia, y la correspondiente obligación de pago del salario en todos los casos. Por lo tanto, la ausencia o no de la trabajadora en definitiva está determinada por el juzgado o autoridad que fije las diligencias.

Asimismo, toda interpretación razonable indica que no comprende únicamente el tiempo que conlleve la actividad en sí, sino también los tiempos necesarios de traslado.

III.III.- Comentarios Literal b).

Texto del literal b): *“A licencia extraordinaria con goce de sueldo por el lapso de veinticuatro horas a partir de la presentación de la denuncia en sede policial o judicial, prorrogables por igual período para el caso en que se dispusieran medidas cautelares en sede judicial”.*

En consonancia con el espíritu protector de la norma, y para generar condiciones para que las denuncias de violencia de género se realicen, se prevé la posibilidad de hacer uso de una licencia extraordinaria a partir de la realización (“presentación”) de la denuncia.

Se destaca que la misma puede ser en Sede judicial o administrativa y ambas dan lugar al goce de la licencia extraordinaria. La que deberá ampararse en la especialísima situación en la que la mujer se encuentra.

El ejercicio del derecho a la denuncia no deberá implicar una alteración en el salario que la trabajadora percibe, aplicando para esta hipótesis en lo que corresponda lo expresado para el literal a).

III.IV.- Comentarios Literal c).

Texto del Literal c): *“A la flexibilización y cambio de su horario o lugar de trabajo, siempre que existiera la posibilidad y así lo solicitara”.*

Comencemos por decir que la norma establece un conjunto de disposiciones esparcidas en su contenido que nos indican de la intención de la

misma: procurar la estabilidad del trabajador en su lugar de trabajo.

Debemos destacar, en esta línea, el contenido del literal F del propio art. 40, el cual establece la prohibición absoluta de despedir a la trabajadora víctima de violencia basada en género “*a partir de la imposición de medidas cautelares*”. Del análisis de la norma no se desprende que exista ninguna forma de exonerarse por parte del empleador para no cumplir con esta obligación. Podría pensarse, incluso, que la protección que la norma intenta instaurar a la mujer víctima de violencia basada en género, es de tal magnitud que quitaría la posibilidad de que el empleador invocara la notoria mala conducta como causal de despido.

La norma prohíbe el despido de la trabajadora en situación de violencia basada en género, si se la despidiera, el despido sería nulo, por tratarse de una contravención a una norma de orden público (art.2 de la Ley 19.580); sabido es que todo lo hecho contra una ley de orden público es nulo (arts. 8 y 11 del Código Civil). La nulidad del acto de despido dejaría la posibilidad a la trabajadora de solicitar el reintegro a su puesto de trabajo, siendo la reparación patrimonial “*equivalente a seis meses de sueldo*” otra posibilidad por la cual puede optar la despedida. Siendo derechos de la trabajadora los que están en juego, la opción por la reparación “*in natura*” (reintegro a su puesto de trabajo) o la reparación patrimonial, estarán siempre en la esfera de decisión de la trabajadora.

Como se dijo, otra norma que reviste importancia en el punto es el art. 6 particularmente en su literal I, el cual define las distintas formas de violencia basada en género de la que puede ser objeto la trabajadora. El antes mencionado literal describe lo que denomina “*Violencia Laboral*”, como la ejercida en el contexto laboral y que entre otras cosas obstaculice el acceso de la mujer al trabajo, o de algún modo afecten el ascenso o la estabilidad en el mismo. Se desprende de lo anterior que la norma se sigue esforzando por crear salvaguardas a la trabajadora en su puesto de trabajo, en el caso la hace acreedora a una estabilidad en su puesto de trabajo, pudiéndose interpretar que algunas conductas que atenten con la estabilidad lleguen a configuren “*violencia laboral*”.

Podemos decir sin dudar que cuando la trabajadora opta por ejercer su derecho a flexibilizar, cambiar su horario de trabajo, o cambiar su lugar de trabajo, de ningún modo se le pueden imponer condiciones de trabajo que afecten la permanencia del vínculo laboral; el empleador debe abstenerse de ejecutar actos que directa e indirectamente signifiquen la violación del derecho a la estabilidad que tiene la trabajadora.

Las valoraciones que se hagan o puntos de vista que se viertan desde la perspectiva del derecho del trabajo no nos liberan de tener que valorar la importancia de otros principios y derechos que se extraen de la ley, los cuales deben ser tenidos en cuenta, sea cual sea la parte de la ley que se quiera aplicar (art. 20 del Código Civil).

A nuestro entender se erigen en la categoría de principios y por ende de guías para la interpretación, integración o incluso reforma o reglamentación de la norma los establecidos en el art. 5 a los cuales la propia norma denomina, *“principios rectores y directrices para la aplicación de esta ley”*. También reviste el mismo carácter lo dispuesto en el art. 3 inciso final de la ley, cuyo texto establece que *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, prevalecerá la interpretación más favorable a las mujeres en situación de violencia basada en género.”*; la norma parece un reflejo claro de una de las manifestaciones del principio protector que ya describiera Plá Rodríguez.

Dentro de los principios y directrices contenidos en el art. 5 destacan especialmente dos de ellos, por su vinculación íntima con la materia laboral. Merece atención el literal A, el cual ordena dar prioridad a los derechos humanos, la importancia de la disposición se magnifica si tenemos en cuenta que el trabajo pertenece al campo de los derechos humanos⁴. No le va en zaga en cuanto a su trascendencia el literal C de la norma el cual consagra

4 *“Personas empleadas y desempleadas tienen en el trabajo una medición crucial que puede tanto ser responsable por producir lo mejor, en términos de autorrealización y construcción de salud o de lo peor- en términos de degradación y padecimiento psíquico. Teniéndose en cuenta la “centralidad del trabajo”, que confiera al trabajo una dimensión antropológica (lo que significa que el trabajo es indisoluble de la condición humana), entonces del derecho no puede ser más considerado como un derecho especial. El derecho al trabajo toca un derecho fundamental”* en rev. Der. Lab T LIX N° 262 página 229

como principio para la aplicación de esta ley la no discriminación y la igualdad en el goce de derechos humanos.

Además de los referenciados principios que se consagran en la norma, la misma también otorga a la trabajadora víctima de violencia basada en género, un conjunto de derechos que se aplican *“además de los derechos reconocidos a toda persona en la legislación vigente, nacional e internacional”* (art. 7). La disposición legal nos explicita un abanico de derechos de los cuales es acreedora la mujer víctima de violencia basada en género, derechos que obviamente deben ser respetados a la mujer trabajadora. La mujer deberá ser respetada en su dignidad, intimidad, autonomía, tiene derecho también a no ser sometida a ninguna forma de discriminación(art. 7 literal A); tiene derecho a su vez a ser respetada en su orientación sexual e identidad de género (art. 7 literal B); tiene derecho a recibir información clara, accesible, completa, veraz, oportuna, adecuada a la edad y contexto socio cultural(art. 7 literal C); tiene derecho además a la privacidad de sus datos personales, a la privacidad propia o de persona que esté bajo su cuidado(art. 7 literal E); son acreedoras de protección y atención integral y oportuna tanto en materia jurídica, médica, psicológica o psiquiátrica (art. 7 literal F, G, H e I).

Como todo trabajador, además de los ya mencionados derechos que se listan en la norma a partir del art. 7, no nos escapa que la trabajadora víctima de violencia basada en género también tiene derecho a ser respetada en su trabajo sin perjuicio de su situación personal, derecho que implica la estabilidad que la ley consagra a su favor y el derecho a trabajar efectivamente (art. 40 literales D y F); tiene derecho también la trabajadora, a la carrera funcional la cual no se puede ver afectada por razones extrañas a su calidad como tal (art. 40 literal E); tiene derecho a la integralidad de su salario (art. 40 literal A); derecho a licencias especiales(art. 40 literal B); obviamente la trabajadora tiene derecho a no ser discriminada⁵ por su condición de tal o por cualquier otra condición ilegítima; tiene derecho a no

5 La no discriminación para el derecho del trabajo tiene, el carácter de principio *“El principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferencias que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorables que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima”* Plá Rodríguez en *“Los principios del Derecho del Trabajo”*FCU, cuarta edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione, Montevideo julio de 2015, página 353

sufrir acoso de ningún tipo, ni acosos sexual, ni moral, ni la que la propia norma denomina como “violencia laboral”, concepto que describe un conjunto distinto de conductas lesivas hacia los derechos de la mujer víctima de violencia basada en género.

Una cuestión cardinal tiene que ver con determinar el alcance del literal C del art. 40, si lo analizamos en consonancia con el propio artículo y con los principios y derechos ya analizados.

Es de destaque tener en cuenta que la norma consagra en este literal tres derechos a favor de la trabajadora que sufre violencia basada en género. En efecto, la disposición establece que *“las mujeres víctimas de violencia basada en género tienen los siguientes derechos: ...C) A la flexibilización y cambio de horario o lugar de trabajo, siempre que existiera la posibilidad y así lo solicitara”*. La trabajadora tiene derecho a solicitar *“Flexibilización de horario”*, *“cambio de horario”* o cambio en el *“lugar de trabajo”*; se consagran entonces derechos a gozar mientras se ejecuta el vínculo laboral, derechos que deben ser respetados por el dador de trabajo, y que pueden funcionar en forma independientes entre sí.

La norma consagra derechos a favor de la trabajadora, derecho a que la trabajadora introduzca ciertos cambios en la prestación de trabajo, a variar en la ejecución del vínculo laboral, en dos aspectos, en el horario de trabajo (pudiendo flexibilizar el horario de trabajo o incluso cambiarlo) y en el lugar donde va a prestar labores. Cambiar el horario, flexibilizar o cambiar el lugar donde se trabaja no es una simple potestad o facultad que permanece en manos del empleador, es un derecho otorgado por una ley de orden público (art. 2) a la trabajadora que ha sido víctima de violencia basada en género. Estos derechos se activan con la simple solicitud de la trabajadora sin ninguna otra formalidad.

Es inevitable ver en estos derechos una colisión con el poder de dirección, existe en el caso un desplazamiento de un poder privado (el poder de dirección) por parte de una ley de orden público, por razones más que justificadas.

El poder de dirección que tiene como único fundamento la supremacía económica del empleador y la asunción del riesgo económico⁶ se ve desplazado por la ley, en los tres aspectos antes mencionados. Este poder privado con fundamento en el derecho de las cosas no es ilimitado⁷, y aquí la ley le agrega otros límites a texto expreso. La ley establece derechos a favor de la trabajadora, y no es potestativo del empleador respetarlos o no, el negar un derecho requiere de una poderosa causal de justificación, que nunca puede ser solamente económica o derivada del contrato de trabajo.

El giro que utiliza la norma cuando expresa que los cambios se pueden pedir *“siempre que existiera la posibilidad”* debe interpretarse en su sentido natural y obvio (art. 18 del Código Civil); es claro por ejemplo que si existiera un solo lugar físico para que la trabajadora labore, es imposible pedir un cambio de lugar de trabajo, es indiscutible que lo imposible no puede hacerse.

La interpretación del giro legal no nos puede llevar a analizar la situación solamente desde el poder de dirección (desde la esfera del empleador), pues no podemos comparar un poder privado con los derechos que la norma otorga a la trabajadora, el derecho indudablemente prevalece, y el poder privado se ve recortado por ley. El cambio de horario, la flexibilización del mismo o el cambio del lugar de trabajo dejan de ser parte del mentado poder de dirección y pasan a ser derechos de la trabajadora víctima de violencia basada en género, la ejecución del vínculo laboral debe ser funcional a la especial situación de vulneración que padece la trabajadora. Como todo derecho, es obvio decir que debe de utilizarse dentro de los márgenes legales, por ejemplo sin abuso, so pena de perder su legitimidad.

6 Dice Sinzheimer que *“ la propiedad del capital no tiene solamente contenido jurídico, sino que se traduce en un poder social. La propiedad impone su supremacía sobre las personas cuando estas tienen necesidad de medios de producción que se encuentran en propiedad de otros”* citado por Nicolliello en XII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social página 108

7 Sobre los límites al poder de dirección ver por ejemplo Mangarelli en *“Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y sus límites”* en rev. Der. Lab Tomo LIV núm 244.

La negativa del empleador, que significara una violación a estos tres derechos debe de estar debidamente justificada y el empleador debe de demostrar que agotó todas las posibilidades para cumplir con la ley, en esta readaptación de su poder de dirección el empleador debe de actuar, entre otras cosas con buena fe y razonabilidad. No debe de olvidarse tampoco que se consagra en favor de la trabajadora víctima de violencia basada en género el derecho a “*A recibir información clara, accesible, completa, veraz, oportuna, adecuada a la edad y contexto socio cultural, en relación a sus derechos*”(art. 7 literal C), esto nos permite reafirmar que el empleador está obligado a justificar su conducta, ya no por una cuestión solo de razonabilidad y buena fe⁸, sino por mandato legal.

El empleador es deudor y garante de esos derechos y la falta de respeto a los mismos podría hacerlo incurrir en conductas que la ley tipifica como situaciones de violencia (art. 6 literales I y Q). La relación de trabajo no puede ser una situación vital que profundice la violencia y la situación de vulnerabilidad que ya padece la mujer trabajadora, la trabajadora tiene derecho a que la relación laboral se re edifique (en sus horarios y lugar de prestación) en función de la salvaguarda de sus derechos como mujer víctima de violencia basada en género.

Además, los cambios que se introduzcan en la relación de trabajo deben de ser funcionales a la protección de la trabajadora que es víctima de violencia, no es cualquier alteración al horario o al lugar de trabajo, se requiere que los mismo sirvan para que la trabajadora pueda seguir salvaguardando sus derechos como víctima, deben de estar siempre orientados a favorecer el ejercicio pleno de los derechos que tiene la trabajadora en el marco de la ley, los cambios deben de ser funcionales a lo que necesita la trabajadora. De nada servirían los cambios si colocaran a la trabajadora en un lugar u horario que, por ejemplo, no le permitiera concurrir a las instancias judiciales señaladas en la norma. Tampoco sería

8 En referencia a la justificación del despido, pero en términos que bien se podrían aplicar a esta cuestión Barretto Ghione expresa que “La justificación del despido resulta un corolario inevitable y necesario de la protección constitucional del derecho a trabajar. La justificación del acto rescisorio puede cumplir una función preventiva ante eventuales actos discriminatorios, que **de no exigirse la explicación de su causalidad quedarán en la penumbra y fuera del alcance de lo jurídicamente controlable**”(el destacado en negrita, nos pertenece) rev.Der. Lab. Tomo LXI número 270 “Dos tópicos desactualizados sobre el despido: la doctrina el *abuso de derecho* y el *despido libre*”

prudente que la nueva situación laboral profundice la violencia de género que ya viene padeciendo la mujer. Se trata entonces de permitirle a la trabajadora seguir ejerciendo sus derechos, preservando la de situación de más vulnerabilidad y manteniendo su empleo.

La norma nada expresa sobre la extensión temporal de estos cambios a los cuales tiene derecho la trabajadora. Atendiendo a lo ya dicho, se infiere que los mismos deberían mantenerse mientras la mujer trabajadora se mantenga incurso en la situación de violencia que motivan las tramitaciones judiciales en el marco de la Ley 19.580. Las actuaciones judiciales que se desarrollen en este marco determinarán en la práctica la vigencia de los mismos. Las reglas de interpretación e integración de la ley (art. 3) parecen abonar lo antes dicho, sobre todo en la primera parte del primer inciso y en el segundo inciso del artículo, al establecer: *“Para la interpretación e integración de esta ley se tendrán en cuenta los valores, fines, los principios generales de derecho y las disposiciones de la Constitución de la República y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos...”* *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, prevalecerá la interpretación más favorable a las mujeres en situación de violencia basada en género”*.

Podemos concluir este apartado afirmando que la trabajadora víctima de violencia basada en género, tiene derecho a cambiar su horario de trabajo, a flexibilizar el mismo o incluso a cambiar su horario de trabajo, todo en función de las necesidades que ella tenga como persona víctima de víctima de violencia basada en género.

La negativa del empleador, que desemboca en la violación de un derecho, deberá de estar debidamente justificada pues así lo impone la razonabilidad y la buena fe, además del texto de la ley.

No debe dejarse pasar la oportunidad para señalar la importancia suprema que en estas circunstancias adquiere el concepto de *trabajo decente* impulsado fuertemente por la Organización Internacional del Trabajo en los últimos

años, el trabajo decente como valor y como derecho adquiere particular importancia.

La trabajadora víctima de violencia basada en género sufre una doble sumisión, la propia de la situación de violencia y la de tener que perder su libertad para lograr su salario. Se reconoce en ambas cosas un amplio universo subjetivo, la violencia de género es una triste realidad abrumadora sumado a que la mayoría de las mujeres que la padecen viven de un salario⁹. Por esta razón, entendemos que el espacio vital que ocupa la relación de trabajo debe de ser un momento para honrar y promover el concepto de trabajo digno, la trabajadora víctima de violencia basada en género es más fuertemente acreedora a un trabajo decente, como único modo de evitar o aliviar esta situación que le viene dada por su condición de trabajadora y de mujer.

Sobre el concepto de *trabajo decente* se ha escrito largamente, destacándose como una formulación a la cual se le dio nombre en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999¹⁰, la memoria de Juan Somavia Director General de la OIT trata y da nombre al tema, pero, el tema del trabajo decente ha sido un desvelo que recorre toda la historia de la Organización Internacional del Trabajo. Conceptualizar la “expresión trabajo decente”¹¹ es una tarea de construcción diaria, enlazada con los tiempos sociales¹² que son propios del Derecho del Trabajo.

9 “Salvo en el caso de un ínfima minoría de ricos sin apenas nada que hacer-la clase ociosa-. el trabajo ha sido la condición que ha definido a la humanidad en el transcurso de toda la historia” en consonancia con lo anterior continúa diciendo el autor que las personas sin trabajo son “desesperadamente infelices; han sido despojadas de la dignidad derivadas de sentirse útiles a la sociedad. El desempleo también tiene efectos negativos significativos sobre la salud, especialmente sobre la salud mental. La combinación de penurias económicas y pérdida de dignidad vuelve a la persona desempleada más propensa a la depresión...” Ha-Joon Chang “Economía para el 99% de la Población” , título original “ Economics: TheuserGuide” traducido por Teresa Arijon para editorial PenguinRandomHause Grupo Editorial S.A.U. España páginas 315 y 327 respectivamente

10 Según expresara el Profesor Arturo Bronstein en las clases de “Derecho Internacional del Trabajo” de la Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UDELAR, Somavia cuando habla de trabajo decente lo que hace es únicamente dar nombre a lo que históricamente impulso y trabajo la OIT, agrega Bronstein “pone una nueva etiqueta a un viejo vino”.

11 “El trabajo decente presenta una relación inescindible con uno de los derechos humanos más destacados como es la dignidad humana...En suma, el trabajo decente resulta la plataforma ideal desde la que trabar el par dignidad humana/trabajador con el objetivo último de dotar a la persona trabajadora de la autonomía necesaria para poder desarrollar sus propios planes de vid, cuyo centro gravitacional se sitúa en las necesidades no satisfechas que impedirían tal finalidad” Francisco Trillo Parraga en “Derecho del Trabajo-Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana”, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, páginas 69 y 70

12 “El trabajo y las relaciones que genera, son particularmente sensibles a los cambios que se operan a través del tiempo en las bases de la estructura social y en las diversas manifestaciones de la cultura” Barbagelata Héctor-Hugo en “El Particularismo de Derecho del Trabajo y Los Derechos Humanos Laborales , FCU, segunda edición actualizada y ampliada, Montevideo 2009 página 33

En un primer momento, se hablaba de trabajo decente como un trabajo productivo, realizado en libertad, en condiciones de seguridad, de dignidad¹³, con una remuneración adecuada y con protección social. Todo lo cual se resume hoy día en la expresión “Empleo en cantidad y calidad suficiente”. El trabajo decente es un concepto que debe de integrarse al análisis de la norma como forma de arribar a una protección integral de la trabajadora y acortar la diferencia¹⁴ que la distancia aún más de su empleador cuando está más vulnerada.

III.V.- Comentarios Literal d).

Texto del literal d): *“A que las medidas de protección que se adopten ante la situación de violencia basada en género no afecten su derecho al trabajo y carrera funcional o laboral.”*

Este literal ratifica que las medidas establecidas en el capítulo V Sección IV Procesos de Protección en el Ámbito Judicial, que veremos más adelante no le ocasionen a la trabajadora víctima de la violencia de género una vulneración del derecho al trabajo, contrariando lo establecido en el artículo 53 de la Constitución de la República, y a su carrera funcional o laboral.

La aplicación de medidas que disponga la autoridad judicial deben tomar en cuenta, como se dijo, que las mismas no menoscaben la continuidad de su trabajo durante el plazo que fije esa protección, tomando en cuenta lo establecido en el art. 5 (“Principios rectores y directrices”), en cuanto prioriza los *derechos humanos de las víctimas; en este caso se prioriza el derecho al trabajo como derecho fundamental.*

13 *“El respeto a la dignidad personal del trabajador determina distintas exigencias y prohibiciones sin que pueda establecerse un catálogo preciso de conductas impuestas o excluidas. El significado de la expresión es suficientemente claro y fecundo como para permitir valorar frente a eventuales hechos o actos del empleador si ha actuado con el debido respeto a la dignidad personal del trabajador”* Pla Rodríguez en Curso de Derecho Laboral Tomo II Volumen II Ediciones Idea, Montevideo 1991, página 169

14 *“Hablar de diferencia en el derecho del trabajo es hablar de la asimetría de poder existente entre las partes de la relación de trabajo, dato esencial a partir del cual se edifica toda la materia protectora del contratante más débil de ese vínculo”* Barretto Ghione en “ El concepto de diferencia en la relación de trabajo. Su consideración original como asimetría de poder y su declive hacia el consenso y la no discriminación” en rev. Der. Lab. Tomo LIV núm 244 Página 727

En la ley existe un capítulo específico de normas de protección en especial las establecidas en los arts. 64 y 65. Las del art. 64 son medidas de protección genéricas y las del art. 65 son las específicas, relacionados con el tema del análisis y que son importantes remarcar las establecidas en los literales G y H.-

El literal G establece lo siguiente: *“G) Ordenar al empleador disponer el traslado o suspensión de la persona denunciada, cuando la violencia ocurre en el lugar de trabajo de la víctima.”*, lo indicado en la norma está relacionado en primer lugar con la violencia laboral que está definida en el art. 6 literal I que revela: *“Violencia laboral. Es la ejercida en el contexto laboral, por medio de actos que obstaculizan el acceso de una mujer al trabajo, el ascenso o estabilidad en el mismo, tales como el acoso moral, el sexual, la exigencia de requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física, la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, fuera de lo establecido en los marcos legales aplicables, o la disminución del salario correspondiente a la tarea ejercida por el hecho de ser mujer”*.

Más allá que, en forma general, en el ámbito del trabajo se pueden generar como forma de violencia el acoso moral y el sexual de acuerdo a lo establecido en la Ley 18.561, podrían configurarse también otro tipo de violencia hacia la mujer que están bien definidas en el art. 6 de la Ley 19.581. Tomando en cuenta el mandato emergente del literal D esta medida específica de protección implicaría además trasladar o suspender a un trabajador denunciado imponiendo la carga al empleador de ese traslado o suspensión, para que no se afecte el derecho al trabajo a la mujer denunciada. La empresa tiene que cumplir ese imperativo judicial dado que la misma emerge de una norma de orden público por la declaración emergente del artículo 2.

El literal H de este artículo establece: *“H) Disponer correctivos y otras medidas para evitar la discriminación o la violencia hacia las mujeres en el medio laboral o institucional”*. Cuando se disponga esta medida, que tiene el carácter de imponer hacia otros que se evite la discriminación o la violencia, el establecimiento de las mismas no debe generar la afectación que protege

el literal D del art. 40. Pues la imposición de las mismas no debe causar un efecto no deseado, contrario a la voluntad que se armoniza entre el art. 40 literal D y el art. 65 literal H.

En relación a la carrera funcional o laboral, se marca una diferencia a lo establecido en el literal E, en cuanto a su redacción, pero en este literal se abarcó tanto a las trabajadoras de la esfera pública en sus distintos estamentos así como a las trabajadoras que se rigen por los principios del Derecho del Trabajo. De una lectura integral de la ley, queda claro que la misma en todos sus aspectos rige para ambos sistemas de relaciones laborales.

III.VI.- Comentarios literal E.

Texto del literal e): *“A que se dispongan medidas para que la violencia basada en género en el ámbito laboral no redunde negativamente en la carrera funcional y en el derecho al trabajo”.*

Este literal establece la posibilidad de que se adopten medidas para que la violencia basada en género no redunde negativamente (esto es no afecte ni impida) la carrera funcional de la mujer y el “ejercicio del derecho al trabajo”.

En primer lugar, se destaca la importancia del literal E en tanto ratifica (no consagra) a nivel legal dos derechos laborales: a la carrera funcional y derecho al trabajo. Previo a determinar qué medidas se pueden adoptar para preservar tales derechos, corresponde delimitar genéricamente el alcance de los mismos. De esa manera, respecto a la carrera funcional la misma está en armonía con el derecho “al ascenso” establecido en el literal I del art.6.

El derecho al ascenso y a la carrera funcional sería el legítimo derecho a postularse y aspirar a cargos superiores dentro de la organización empresarial donde se desempeña, mientras que el “ascenso” sería la mejora en la situación funcional (definición tomada del art. 53 de la ley 19.121).

En cuanto al “derecho al trabajo”, sin perjuicio de otras normas supranacionales, a

nivel americano, la norma más importante es el *Protocolo de San Salvador*, que consagra a texto expreso la obligatoriedad de garantizar plenamente del derecho al trabajo (arts. 6 y 7). No obstante sostener que la estabilidad se encuentra recogida expresamente en algunos instrumentos internacionales¹⁵, la misma también surge -en forma implícita- del reconocimiento del “derecho al trabajo”. La estabilidad, en su faceta de proscripción del despido sin justa causa, debe ser vista también como una proyección del derecho al trabajo.

En este aspecto, compartimos la posición de PÉREZ REY, quien analizando el “derecho al trabajo” en el art. 35.1 de la Constitución Española, señala que “no solo queda referido a la adquisición de un trabajo, sino también a su conservación”¹⁶¹⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España en sentencia 22/981 ha sostenido que el derecho del trabajo tiene doble aspecto: el individual y el colectivo. En su aspecto individual, el Tribunal sostiene que “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe *una justa causa*”. Y, en su dimensión colectiva, implica además “un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”^{18 19}.

Como consecuencia de lo expresado, el “derecho al trabajo”, en su aspecto individual, determina necesariamente la prohibición del despido sin justa

15 A modo de ejemplo; en el art. 11.1.literales a) y c) de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (1979), **expresamente citada en el art. 3 de la ley 19.580**

16 PÉREZ REY, Joaquín, *Estabilidad en el empleo*, Editorial Trotta, Madrid, año 2004, pp. 41.

17 La misma posición sustenta Alfredo MONTOYA MELGAR, en “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España*, Madrid, 2005, Nro. 58, pp. 135. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/58/Est07.pdf).

18 Sentencia de fecha 2/7/1981 por el cual dictaminó la inconstitucionalidad de una norma que establecía la jubilación forzosa al llegar a determinada edad, por afectarse el derecho al trabajo. (Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22>). Este fallo es citado por PÉREZ REY, J. ob. cit., pp. 43. Se destaca también la sentencia del mismo Tribunal de fecha 27/1/1994. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1994-4709.pdf>).

19 En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de la Nación de Argentina en sentencia dictada el 3/5/2007, caso: “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”.

causa, es decir comprende en su contenido a la estabilidad en el empleo.

Y, el derecho a la estabilidad no solo protege el bien jurídico trabajo sino también la dignidad y la seguridad del trabajador, al desterrar la posibilidad de terminar el vínculo laboral sin justa causa, eliminando el despotismo que el poder del empleador genera en la decisión de poner fin al trabajo en forma libre y sin necesidad de invocar causa alguna.

Medidas para proteger la carrera funcional y el derecho al trabajo. Ahora bien. Delimitados genéricamente el derecho a la carrera funcional y el derecho al trabajo, debemos analizar qué medidas pueden tomarse para proteger los mismos.

¿Quién adopta las medidas? El literal E no aclara quién deberá adoptar las medidas. Ante ello, sostenemos que las medidas de tutela pueden adoptarse por el *empleador (como medida preventiva)* y, por supuesto, que el *Poder Judicial*. En principio, los Juzgados Especializados en Violencia basados en género, doméstica y sexual (art. 51) y los Juzgados Letrados del Interior (art. 52) podrán adoptar dichas medidas, de oficio, a petición de la víctima o iniciativa del Ministerio Público (art. 64). Los Jueces de Paz del Interior también podrán adoptar medidas de urgencia en forma provisional, debiendo elevar el asunto al Juzgado Letrado Departamental (art. 53).

No obstante no estar previsto expresamente en la ley cabe la duda si se trata de violencia laboral (art. 6 literal I), si sería la Justicia laboral al entender sobre conflictos individuales de trabajo, quien tendría (o no) competencia para adoptar medidas que protejan la carrera funcional y el derecho al trabajo, siempre que fuere solicitada por la trabajadora víctima de violencia.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar, el art. 64 de la ley prevé la posibilidad de adoptar *medidas cautelares genéricas*²⁰. Estas medidas pueden ser adoptadas por los Juzgados Especializados en Violencia basados

20 Art. 64 (Medidas cautelares genéricas).- Siempre que se acredite que un derecho humano fundamental se vea vulnerado o amenazado, el Tribunal debe disponer, de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público, en forma fundada, todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, su libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial de ésta y de su núcleo familiar. En ningún caso pueden disponerse medidas recíprocas o a cargo de las víctimas o que restrinjan sus derechos. Si el Tribunal decidiera no adoptar medida alguna, su resolución debe expresar los fundamentos de tal determinación”.

en género, doméstica y sexual (o los Juzgados Letrados del Interior o -por competencia de urgencia- por los Juzgados de Paz del interior). Por su parte, el art. 64 prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares específicas, indicando algunas de ellas a modo enunciativo. Entre las mismas, nos interesa destacar las establecidas en los literales B²¹, C²², G²³ y H²⁴

Las medidas cautelares específicas contenidas en los literales B y C, tendrán una duración mínima de 180 días, sin perjuicio de su modificación o cese (art. 66). Teniendo presente de que las “medidas” establecidas en el art. 64 no son taxativas y que el literal E del art. 40 refiere a “medidas” en forma genérica, cabe sostener que el Juzgado puede adoptar cualquier medida para evitar discriminación o perjuicio *en la carrera funcional y el derecho al trabajo; deberán ser medidas de tutela efectiva de los derechos laborales* (ej. podrían adoptarse medidas de no innovar las condiciones laborales; ordenar traslados, etcétera, siempre que sean en exclusiva protección de la trabajadora – víctima). Incluso, más allá de la estabilidad consagrada en el literal I del art. 6 y literal F del art. 40, en base al literal E comentado, *el Juzgado puede ordenar que no se despida a la mujer víctima de violencia basada en género salvo justa causa, ya que ello implica proteger y garantizar estrictamente el “derecho al trabajo” (y por consiguiente la estabilidad y permanencia en el empleo).*

Insistimos, refuerza dicha posición el acápite del art. 40 al referirse a medidas que aseguren “la permanencia” de las mujeres en el trabajo. De esa manera se estaría protegiendo un derecho humano fundamental y realizando una interpretación “conforme” y en favor de la víctima (tal como lo dispone el art. 3 de la ley 19.580).

21 Literal B): Prohibir a la persona agresora comunicarse, relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar -por sí o a través de terceros- en relación con la víctima, sus hijos e hijas y demás personas afectadas, testigos o denunciantes del hecho.

22 Literal C): Prohibir, restringir o limitar la presencia de la persona agresora en el domicilio o residencia de la víctima, lugares de trabajo, estudio u otros que frecuente ella o sus hijas e hijos u otras personas a su cargo, pudiendo disponer mecanismos de seguimiento que aseguren el estricto cumplimiento de la medida dispuesta, tales como los sistemas de tecnología de verificación de presencia y localización de personas u otros análogos.

23 Literal G): Ordenar al empleador disponer el traslado o suspensión de la persona denunciada, cuando la violencia ocurre en el lugar de trabajo de la víctima.

24 Literal H): Disponer correctivos y otras medidas para evitar la discriminación o la violencia hacia las mujeres en el medio laboral o institucional.

III.VI.- Comentarios literal f).

Texto del literal f): *“ A la estabilidad en su puesto de trabajo. Por un plazo de seis meses a partir de la imposición de medidas cautelares por hechos de violencia basada en género, las mujeres en favor de quienes se hubieran dispuesto no podrán ser despedidas. Si lo fueren, el empleador deberá abonarles un importe equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda”*

La norma en su literal F) asegura la estabilidad de la mujer en su puesto de trabajo, protegiendo el derecho de permanecer en el empleo. Constituye una garantía para la trabajadora que se encuentra amparada por medidas cautelares dispuestas en virtud de un hecho de violencia de género.

El alcance subjetivo comprende a la trabajadora víctima de violencia basada en género, quien por un lapso de seis meses desde la imposición de las medidas cautelares por dichos hechos, no pueden ser despedidas, y si lo son se les debe abonar seis meses de sueldo más la indemnización legal.

El período de estabilidad que contempla la norma es de seis meses desde que se dispusieron las medidas cautelares por los hechos de violencia de género.

Y para el caso de violación de la estabilidad laboral se deberá indemnizar el equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda. La determinación del monto establecido en el concepto de sueldo, comprende a todas las trabajadoras, es decir que contempla la mujer jornalera, destajista, mensual, independientemente de la forma en la que se remunere su salario. Podrá en todo caso variar el monto de los seis meses de sueldo con la indemnización legal.

Se genera la posible contradicción entre el tipo de estabilidad, ya que como se dijo la normativa internacional consagra el derecho a la estabilidad (sea en forma expresa o implícitamente en el contenido del derecho al trabajo); derecho a la estabilidad que es ratificado en el art. 6 y en literales del art. 40.

Un posición tradicional sostendría que la estabilidad consagrada en el literal F es relativa impropia porque si el empleador dispone igualmente del despido deberá abonar una indemnización especial equivalente a seis mensualidades más la indemnización legal correspondiente. Coincidentemente el art. 17 de la Ley 11.577 protege el despido de la mujer embarazada estableciendo también una indemnización especial en este caso.

Otra posición, basada en que el derecho al trabajo es un derecho humano fundamental y que la estabilidad en el mismo por consecuencia no tiene grados, propugna que la única estabilidad es la “absoluta” y que no se podría despedir si no existiera justa causa.

Vemos, entonces, una contradicción en la ley en tanto, por un lado, consagra la estabilidad y, por otro lado, en el literal F del art. 40 parecería admitir una estabilidad relativa impropia (que en rigor no es una estabilidad real). Esta contradicción debería salvarse aplicando los principios y orientaciones consagrados en la propia ley, debiendo tenerse en cuenta además el fin fuertemente tuitivo de la norma y la situación de especial vulnerabilidad del sujeto que la norma intenta proteger.

Por otra parte, parte de la doctrina se ha planteado “si el empleador podría exonerarse de esta obligación de mantener el trabajo”, alegando y probando la notoria mala conducta del trabajador (ley 12.597, art. 10)”.

En virtud de ello, han concluido dos interpretaciones. “Una, que la garantía de la tutela del derecho al trabajo a la mujer –trabajadora- víctima de violencia basada en género es independiente de su conducta y por ende aún configurada la notoria mala conducta mantendría el derecho a la indemnización por despido especial. Ello con fundamento, en que la ley no incluye expresamente ninguna causa de exoneración para el empleador. Otra, que atendiendo a la situación de tercero en la relación de violencia de género entre la trabajadora y el victimario, y existiendo en la relación de trabajo –entre la víctima y el empleador- lazos de contenido patrimonial pero también otros de contenido no patrimonial, el quebrantamiento de

unos u otros por parte de la trabajadora, impediría el mantenimiento de la obligación que le impone la ley”²⁵.

Si bien entre los autores del presente trabajo se han generado discrepancias, la mayoría sostiene que debería aplicarse la primera interpretación, es decir que la trabajadora debería mantener la indemnización por despido especial aunque fuera despedida por notoria mala conducta.

Por su parte, en el caso de concurrencia de una situación de violencia basada en género y un contrato a término, la Ley 19.580 no establece ninguna previsión. Si aplicamos las soluciones previstas para el caso de la trabajadora grávida la posición de la jurisprudencia mayoritaria no ha hecho lugar a la procedencia del despido especial, por entender que existe una fecha determinada de finalización del contrato a término, por lo que no debería abonarse la indemnización especial, por lo que se podría aplicar la misma solución a la trabajadora víctima de violencia basada en género.

Sin embargo para el contrato a prueba, en el caso de la trabajadora grávida la postura mayoritaria de la jurisprudencia es la contraria, esto es sostiene que corresponde la indemnización especial basada en que la norma es de orden público y el alcance tuitivo de la protección.

Entonces, podremos sostener que, por ser la Ley 19.580 una norma especialmente tuitiva, que protege a la mujer y su derecho al trabajo, al salario y a la estabilidad también en estos casos – contrato a término y contrato a prueba - la trabajadora que es víctima de violencia de género tendría derecho a la estabilidad en el empleo y para el caso de ser despedida tendría derecho al cobro de la indemnización especial, si se sostuviera que se trata de una estabilidad relativa, o la opción por el reintegro -si se considera que se está ante una estabilidad real-, y esto porque la ley no previó ninguna excepción a la obligación de reparar el daño.

25 Rossi Rosina y López Adriana en “Análisis primario de los aspectos laborales de la ley 19.580 Violencia hacia las mujeres basadas en género en rev. Der. Lab. Tomo LIV núm 270 Página 371 y 372

O, por el contrario, aplicar por analogía las posiciones mayoritarias de la jurisprudencia para el caso de la trabajadora grávida y entonces sostener que la trabajadora víctima de violencia, si tiene un contrato a término no tiene derecho a la indemnización especial y sí lo tiene si está dentro de un contrato a prueba. Creemos que esta última postura parece ilógica dentro del sentido de protección que establece la ley. Pero es un punto en que se deberá profundizar.

IV. CONCLUSIONES.

Luego de un análisis preliminar del art. 40 de la Ley 19.580, se formulan las siguientes reflexiones a modo de conclusiones:

a.- La norma en análisis consagra un fuerte sistema de protección para la trabajadora que es víctima violencia basada en género, sistema que tiene claras repercusiones en la relación de trabajo y en el derecho del trabajo. En este contexto otorga a la trabajadora un conjunto de derechos, entre los que se encuentran el derecho a flexibilizar, cambiar su horario de trabajo, o cambiar su lugar de trabajo, sin que esto implique desmejorar su condición como trabajadora ni mucho menos perder su fuente de trabajo perder su fuente de trabajo.

b.- Los derechos consagrados en la ley, deben de ser ejercidos y respetados en concurrencia con el ejercicio de otros derechos consagrados en misma norma. Por esta razón, el análisis y la interpretación de la norma debe de hacerse en función de su totalidad, teniendo en cuenta todo y cada uno de los derechos y principios en ella consagrados.

c.- En suma, la interpretación y aplicación de la presente ley en cualquiera de sus aspectos no puede soslayar la existencia de principios propios de la ley y de derechos que se aplican *“además de los derechos reconocidos”*, aplicar o interpretar la ley violando estos principios y derechos.

d.- Del literal F del art 40, que establece la prohibición absoluta de despedir a la trabajadora víctima de violencia basada en género “*a partir de la imposición de medidas cautelares*”, no se desprende que exista ninguna forma de exonerarse por parte del empleador para no cumplir con esta obligación. Podría pensarse incluso que la protección que la norma intenta instaurar a la mujer víctima de violencia basada en género es de tal magnitud que quitaría la posibilidad de que el empleador invocara la notoria mala conducta como causal de despido.

e.- La norma establece un conjunto de disposiciones esparcidas en su contenido que nos hablan de la intención de la misma, procurar la estabilidad del trabajador en su lugar de trabajo. Se genera la duda interpretativa de si se está ante una estabilidad absoluta o relativa. La posición de readmisión se basa en que la ley prohíbe el despido de la trabajadora en situación de violencia basada en género, si se la despidiera, el despido sería nulo, por tratarse de una contravención a una norma de orden público (art. 2 de la Ley 19.580), sabido es que todo lo hecho contra una ley de orden público es nulo (arts. 8 y 11 del Código Civil). La nulidad del acto de despido deja la posibilidad obvia a la trabajadora de solicitar el reintegro a su puesto de trabajo, siendo la reparación patrimonial “*equivalente a seis meses de sueldo*” otra posibilidad por la cual puede optar la despedida. Siendo derechos de la trabajadora los que están en juego, la opción por la reparación “*in natura*” (reintegro a su puesto de trabajo) o la reparación patrimonial, estarán siempre en la esfera de decisión de la trabajadora.

f.- En consonancia con lo expresado y para completar el sistema de protección. Se entiende que la negativa del empleador en permitir el ejercicio de cualquier derecho consagrado por la norma, entre ellos el derecho que tiene la trabajadora a cambiar su horario a flexibilizar o a cambiar su lugar de trabajo, deberá de estar debidamente justificada pues así lo impone la razonabilidad y la buena fe, además del texto de la ley; en tanto es constituye un derecho de la trabajadora y no una potestad del empleador (el cambiar su horario de trabajo, a flexibilizar el mismo o incluso a cambiar su lugar de trabajo en función de las necesidades que ella tenga como persona víctima de víctima de violencia basada en género).

g.- La norma impone a los operadores jurídicos que apliquen las medidas de protección el poder deber de que al decretar las mismas no perjudiquen y afecten un derecho humano fundamental como es el derecho al trabajo y de que la mujer víctima de violencia de género pueda seguir trabajando y de que por las medidas no vea frustrada la posibilidad de proseguir con su carrera funcional o laboral.

h.- De los arts. 3 y 5 citados se extrae que toda interpretación debe ser “conforme” a normas internacionales y a la Constitución y, en caso de duda, se deberá aplicar el criterio de favorabilidad para la mujer (víctima).

i.- Por último, cúmplenos con señalar el papel central que a nuestro juicio tiene el concepto de trabajo decente en la aplicación de todo el derecho del trabajo, pero particularmente en la aplicación de esta ley que da más razón de ser al necesario carácter proteccionista que inspira a esta ley y al derecho del trabajo en general.



Redactado por:

Dres. Arturo Ferrizo, Rosario Landri, Eduardo Nalbarte,
Gabriel Salsamendi, Jaqueline Vergés, y Manuel Echeverría.