

El régimen jurídico del trabajo femenino

Jacqueline Richter

Profesora de Sociología Jurídica e Investigadora del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela.

Consuelo Iranzo

Socióloga del Trabajo, Profesora-investigadora del Centro de Estudios del Desarrollo (CENDES) de la misma Universidad.

Resumen

Este trabajo analiza la regulación del trabajo femenino en los temas de maternidad y condiciones de trabajo, con especial referencia a los temas de remuneración, formación profesional, salud ocupacional, seguridad social y acoso sexual. Las autoras reflexionan sobre las implicancias para el derecho del trabajo del reconocimiento constitucional del valor económico del trabajo del hogar no remunerado y su incorporación al sistema de seguridad

social. La consagración constitucional de la acción positiva abre un abanico de posibilidades para avanzar en la equidad de género en los mercados laborales, cuyo marco legislativo está compuesto fundamentalmente de declaraciones de principios que deben ser desarrollados. La salud ocupacional y la formación profesional siguen siendo tareas pendientes del legislador venezolano.

Palabras clave: Derecho del trabajo, seguridad social, mujer, equidad de género, maternidad, acoso sexual.

The Judicial Regime in Relation to Female Labor

Abstract

This paper analyzes the regulation of female labor in relation to maternity and work conditions, with special reference to the themes of remuneration, professional training, occupa-

tional health, social security and sexual abuse. The authors reflect on the legal implications in labor law related to the constitutional recognition of the economic value of non-

remunerated household work and its incorporation into the social security system. The constitutional guarantee of positive action opens a wide array of possibilities for advancing gender equality in labor markets, in which

the legislative framework is basically composed of declarations of principles that should be developed. Labor health and professional formation continue to be areas awaiting future legislation in Venezuela.

Key words: The right to work, social security, women, gender equality, maternity, sexual harassment.

I. Introducción

El trabajo como hecho social goza de la protección estatal. Dicha protección tiene carácter constitucional y abarca tanto la prestación de servicio subordinada como la independiente, remunerada o no; es decir, engloba el trabajo remunerado y todas las expresiones de trabajo voluntario, con la única condición que sean actividades lícitas que generen riqueza y/o contribuyan a la cohesión y bienestar social. El trabajo goza de protección constitucional, entre otras cosas, porque el constituyente de 1999 lo consideró uno de los pilares para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz. La prestación de servicios personales es considerada por nuestro texto constitucional como un derecho humano fundamental, como una actividad que debe ser protegida sin distinción de sexo, condición social u origen étnico. La mujer trabajadora, por tanto, está cubierta por dicha protección general y también es beneficiaria de la obligación estatal de promover la igualdad y equidad de género en el trabajo.

El actual texto constitucional reconoce que el trabajo del hogar no remunerado es una actividad económica que crea valor agregado y produce ri-

queza y bienestar social. Este trabajo está amparado por la protección constitucional del trabajo en general y las personas que lo realicen son sujetos de los beneficios de la seguridad social, pudiendo ser objeto de políticas sociales particulares.

Las regulaciones constitucionales del trabajo se efectúan en un contexto sociopolítico y jurídico que postula la democratización de todos los espacios sociales. Los principios constitucionales y los convenios internacionales sobre derechos humanos han situado la regulación del trabajo en un contexto de profundización de la ciudadanía, de promoción de la participación y de democratización de las relaciones sociales. Dentro de este contexto, la perspectiva de género ha puesto de relieve la necesidad de tomar en cuenta las diferencias entre los sexos para la construcción de una sociedad más justa y equitativa. Por ello, el régimen legal del trabajo femenino no puede ser analizado sin tomar en cuenta esta tendencia democratizadora, que implica poner límites al ejercicio del poder. En este caso, el poder que se limita es el del empresario, al cual no le es posible desconocer el ejercicio de la ciudadanía en el centro de trabajo, a

pesar de tener bajo su subordinación a los trabajadores (Carballo, 2000). Asimismo, al empleador se le imponen nuevas limitaciones al ejercicio de su poder de dirección y de organización de la fuerza de trabajo en función de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el campo laboral.

Venezuela ha ratificado numerosos convenios internacionales relativos a la promoción de la plena igualdad de la mujer. Los convenios abarcan la mayoría de los aspectos de la vida social, ya sea pública o privada. Este marco normativo posibilita utilizar diversas vías e instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades y de trato, más aún cuando, en nuestro actual esquema constitucional, los convenios y tratados internacionales tienen aplicación preferente incluso frente a la propia Constitución, cuando contemplan una situación más favorable en comparación a la previsión constitucional.

Las normas de origen internacional¹ y nacional que cubren esta materia son las siguientes:

I. Normas de origen internacional (Carballo, 2000: 74-76):

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (1948), por virtud de la cual se prohíbe todo tipo de discriminación pues "*los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*" (Arts. 1 y 2).
2. El Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración y el Convenio N° 111, relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, en atención a los cuales los Estados que los ratifican se obligan a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de remuneración, empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, religión u opinión política.
3. Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 2 y 3), y de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 2, 3 y 26), adoptados por la Organización de Naciones Unidas (1966). En particular, el primero de los instrumentos internacionales indicados prevé el deber de asegurar a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual (Art. 7.a.i) e igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de sus trabajos en la categoría superior que le corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (Art. 7.c.).
4. La Convención Interamericana sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Organi-

1 Por limitaciones de espacio, no abordaremos a lo largo de este artículo la normativa internacional.

zación de Naciones Unidas (1979), consagra la obligación de erradicar la discriminación en contra de la mujer.

5. El Convenio N° 169 relativo a pueblos indígenas y tribales que impone a los Estados la adopción de medidas adecuadas para evitar discriminaciones respecto a los trabajadores pertenecientes a pueblos indígenas o tribales, especificando la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo (Art. 20.3.d)

II. Normas de origen nacional:

1. La Constitución de la Republica de 1999, consagra la acción positiva, la protección del trabajo en general y establece la igualdad y equidad de genero en el derecho al trabajo. En materia de familia protege de manera integral tanto la maternidad como la paternidad. Prohíbe las discriminaciones en el trabajo fundadas en el sexo.
2. La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de 1990 contempla una serie de disposiciones que tratan de garantizar la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Prohíbe la discriminación en el trabajo por razones de sexo, establece el principio de la igualdad salarial, elimina las limitaciones existentes para que la mujer pueda trabajar de noche y en las minas, centrandó la protección especial en la trabajadora embarazada.
3. El reglamento de la LOT de 1999 avanza en la búsqueda de la equi-

dad de genero al considerar el acoso sexual como una expresión de discriminación por género y por ende una conducta ilícita e inconstitucional.

4. La Ley de Seguro Social Obligatorio de 1991, establece los pagos por pre y postnatal a cargo del Seguro Social para la madre gestante y el pago de los permisos por adopción. Garantiza la cobertura médica del embarazo y del parto tanto para la trabajadora como para la esposa o concubina del trabajador.
5. La Ley Orgánica de Prevención y Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT) de 1987, consagra la responsabilidad civil y penal de los empleadores en los casos en los cuales el trabajo se efectúe en un medio ambiente del trabajo inadecuado (Arts 1 y 2). Establece como directriz tanto para las empresas como para el Estado asegurar condiciones de trabajo apropiadas a la mujer.
6. La Ley de Igualdad de Oportunidad para la Mujer (LIOM) dictada con la finalidad de desarrollar las garantías establecidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, contempla una serie de obligaciones estatales para lograr una equitativa participación de la mujer en el trabajo.
7. La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia (LVMF) tipifica como delito el acoso sexual con sanciones privativas de la li-

bertad y sanciona con multas al patrono que no tome medidas para evitar que se produzca en su centro de trabajo.

8. En la Ley Orgánica para la Protección Integral del Niño y Adolescente (LOPNA) se refuerzan las garantías para la madre gestante y la obligación de las empresas de proveer un ambiente adecuado para la lactancia.

En síntesis, se puede sostener que la regulación constitucional, legal y reglamentaria del trabajo femenino se ha desarrollado fundamentalmente a través de dos grandes vertientes: la protección de la maternidad y la familia y la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades. Este marco normativo se describe de manera más detallada a continuación.

II. Los Principios Constitucionales

1) La acción positiva

La Constitución de la República de 1999 señala que la *ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva* (Art. 21, numeral 2). Para avanzar en la obtención de dicha igualdad prohíbe efectuar cualquier discriminación en el trabajo *por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición* (Art. 89, numeral 5). Además, la garantía de la no discriminación y la orden de hacer efectiva la igualdad ante la ley, cuentan con una herramienta privilegiada en el actual texto constitucional. El constituyente de 1999 ordenó al legislador adoptar las *medidas positivas a*

favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegiendo especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Art. 21, numeral 2). De esta manera se consagró la acción positiva con rango constitucional.

La consagración constitucional de la acción positiva reconoce no sólo la importancia de la acción estatal a favor de los grupos en desventaja o colectivos desfavorecidos y discriminados, sino que también expresa la convicción de que es imprescindible esa intervención si realmente se desea mejorar la situación de las personas y grupos sociales que -por su situación o condición dentro de la estructura social y económica- tienen dificultades para hacer valer sus derechos. Los obstáculos que se pretenden enfrentar son las situaciones que expresan un tratamiento discriminatorio sistemático contra un colectivo, por razones no relevantes jurídicamente. Así, la realización del principio de igualdad ante la ley, condición necesaria para la existencia de un Estado Social de Derecho, requiere necesariamente de la acción estatal a favor de los que están en desventaja social y económica. Por ello, no se puede ni siquiera pensar en la realización de la igualdad ante la ley si no se toman medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato. La doctrina y jurisprudencia han desarrollado con cierto detenimiento las justificaciones de la

consagración de la acción positiva. Se aduce que el principio de igualdad para hacerse efectivo requiere superar los tratamientos peyorativos a los cuales se somete de manera sistemática a un grupo de sujetos y de ahí que se haga necesario complementar el principio de igualdad ante la ley con el de *la igualdad social o de compensación social* (Carballo, 2000). Desde esta perspectiva, la única manera de hacer realidad la no discriminación es discriminando a favor de los sectores vulnerables o colectivos marginados y por ende es imprescindible la acción estatal para remover obstáculos que hacen imposible la igualdad ante la ley.

La idea de discriminar para favorecer un grupo o sector social no es ajena al Derecho. La noción de débil jurídico fue creada justamente para proteger y apoyar a ciertas categorías jurídicas que no podían celebrar negocios jurídicos en plano de igualdad con su contraparte. Este concepto permitió la regulación especial del contrato de trabajo, de arrendamiento y el desarrollo de un derecho tuitivo en materia agraria, indígena y de niños y adolescentes. En el Derecho del Trabajo la idea de favorecer a un colectivo, en este caso la categoría jurídica trabajador, está en su génesis. El Derecho del Trabajo en su conjunto expresa una discriminación positiva, pues contiene una serie de prerrogativas sustantivas y procesales destinadas a equipar a un hiposuficiente económico y social, el trabajador, frente a su contraparte, el patrono. El principio pro operario es tal vez la expresión más aca-

bada de esa discriminación y *“Representa un desvío de la regla de absoluta igualdad ante la ley propia del derecho general, por cuanto su aplicación supone un trato legal de privilegio al trabajador y a sus relaciones profesionales, como sujeto de una categoría específica de personas”* (Alfonzo Guzmán, 2002:330).

La acción positiva puede entonces asumirse como una profundización de una tendencia ya presente en el Derecho en general y núcleo del Derecho del Trabajo en particular. En este caso, la acción del orden jurídico no se agota en la protección a una de las partes de una relación contractual determinada, sino que también se ocupa de garantizar que grupos o colectivos marginados de esas relaciones jurídicas puedan participar en ellas. La acción estatal entonces también abarca a ciertas categorías de trabajadores con dificultades adicionales para hacer valer sus derechos dentro del mundo del trabajo, lo que justifica que se les otorgue una mayor protección. En cierto sentido, la protección no tendría sentido si un colectivo que forma parte de la categoría protegida no tiene posibilidad de entrar en esas relaciones o ingresa en un plano de mayor desigualdad que otros sujetos pertenecientes a la misma categoría jurídica. Por ello, se trataría de garantizar su ingreso y un trato igual dentro de la categoría ya protegida para que pueda surtir efecto el manto protector o tuitivo.

En el Derecho del Trabajo desde hace mucho tiempo se han desarrollado medidas especiales de protección

para lograr la equiparación de trabajadores minusválidos, minorías étnicas, veteranos de guerras. Especial mención merecen las medidas especiales que se implantaron en los Estados Unidos en el tercer decenio del siglo XX para subsanar las prácticas laborales injustas en contra de los organizadores y miembros de sindicatos (Hodges-Aeberhard, 1999). En general, estas modalidades de acción positiva o discriminación a la inversa no generaron grandes polémicas y se aceptó pacíficamente su convivencia con el principio de igualdad ante ley y la no discriminación. Las críticas comenzaron a hacerse sentir cuando las medidas especiales comenzaron a tomarse en dos terrenos concretos de la discriminación: la raza y el sexo. (ídem: 276). Normalmente, los cuestionamientos se han centrado en señalar que la acción positiva es una intervención que crea distorsiones e ineficiencia en los mercados laborales, que sólo favorece a los que ya se encuentran en los mejores puestos de los colectivos beneficiados y que no logran su objetivo, pues si se trata de ayudar a remover obstáculos para lograr la plena igualdad, dichas medidas deberían ser transitorias y en la práctica se convierten en permanentes. En el plano jurídico, una de las críticas más fuertes es que el principio de no discriminación es absoluto y no admite excepción alguna.

La discusión académica sobre las bondades y defectos de la acción positiva tiene ya más de cincuenta años. En ese lapso, varios países han adoptado diversas medidas de discriminación o igualación social. Muchas de es-

tas medidas han sido atacadas judicialmente y la respuesta de los tribunales ha sido muy variada.

La jurisprudencia utilizando el mismo principio ha llegado a conclusiones opuestas. En un caso en que se impugnó un ascenso, en cuya adjudicación fue determinante el sexo de la postulante, el tribunal dictaminó que la actuación del empleador se había ajustado a la prohibición de discriminación en el empleo porque la existencia de un desequilibrio manifiesto, que se reflejaba en la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de dirección, justificaba que se tuviese en cuenta el sexo de la candidata. En otro caso, se impugnó una cláusula contractual que obligaba a un trato especial a los colectivos minoritarios en casos de despidos, mediante la cual se garantizaba que dichos colectivos no verían afectado su porcentaje de representación dentro del conjunto del personal; el tribunal estimó que la cláusula violaba el principio de igualdad de protección y no discriminación (Hodges-Aeberhard, 1999: 282-283).

Nuestra Constitución, además de prohibir la discriminación en el empleo por razones políticas, de edad, raza, sexo, credo o basadas en cualquier otra condición, ordenó al legislador tomar medidas para integrar a los colectivos discriminados y lograr su igualación social. En materia laboral, la acción positiva no puede desvincularse de la protección constitucional del trabajo, de la obligación estatal de garantizar la equidad de género en el acceso al empleo, del principio de la no discriminación y del principio a favor. Por tales razones, los ar-

gumentos de inconstitucionalidad de las medidas positivas tendrían dificultades para hacerse valer dentro del actual esquema constitucional. La consagración constitucional de la acción positiva abre un amplio camino para el desarrollo de políticas públicas que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato, tanto a nivel legislativo y administrativo como también convencional. Así, una ley o un programa de gobierno podrían establecer medidas para lograr la plena incorporación de las mujeres a ciertas actividades productivas, garantizar su representación en los mandos gerenciales, reservar cuotas de participación política no sólo en cargos legislativos, sino también en cargos administrativos, por nombrar algunas de las medidas más conocidas.

La previsión constitucional también puede ser usada como la fundamentación jurídica que permita que en los procesos de negociación colectiva se desarrollen políticas y normas que impulsen la igualdad de oportunidades y de trato en el trabajo, pudiendo para ello los sindicatos utilizar dos ámbitos de acción complementarios: las instancias de concertación o diálogo social y la discusión de los convenios colectivos.

2) La protección constitucional del trabajo del hogar

El Estado reconocerá el trabajo en el hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social, reza el artículo 88 de la Constitución de la República de 1999. Varias consecuencias tiene esta declaración, cuya concreción pudiese ser efectuada mediante

la acción legislativa o a través de otro tipo de políticas públicas.

La norma constitucional que reconoce el valor económico del trabajo del hogar gratuito nos ubica en el tratamiento jurídico del trabajo lucrativo u oneroso en contraposición con el gratuito o no lucrativo. En una sociedad con intercambio de bienes y servicios a través de la oferta y la demanda, el ordenamiento jurídico regula los supuestos y las consecuencias de los actos onerosos y los gratuitos. Un acto es gratuito en los casos en los cuales no existe contraprestación, es decir, se recibe y se aprovecha de algo sin deber nada a cambio, con la consecuente pérdida de equilibrio entre empobrecimiento y enriquecimiento. En el derecho civil, el ejemplo más típico de acto gratuito es la donación, la cual es considerada una forma perfecta de liberalidad: hay una liberalidad cuando se consiente de manera voluntaria en el sacrificio material y se excluye cualquier remuneración. La gratuidad implica intención de favorecer a otro (Le Guidec, 1996: 701).

El trabajo gratuito ha planteado muchas interrogantes en el Derecho en general y en particular en el Derecho del Trabajo. Este último siempre ha considerado ajenas a su radio de acción y de protección a todas las formas de voluntariado social. Pero las fronteras entre trabajo gratuito sin protección social y trabajo remunerado se hacen cada día más borrosas, pues el efecto expansivo del Derecho del Trabajo tiende a proteger el trabajo en su sentido más lato, es decir como actividad social.

El trabajo remunerado es la norma, en particular si se trata de producción de bienes y servicios, pero el trabajo también "... es posible entenderlo como una actividad social más general, en donde las relaciones que se establecen no siempre se prestan a la medición económica, pero requieren, con todo, aptitud e inversión de tiempo. Engloba muchas otras actividades que sirven, entre otras cosas, para mantener el nexo social, de modo que el trabajo en sentido estricto económico y jurídico es reemplazado por la actividad social que lo integra y lo supera" (Le Guidec, 1999:701).

La familia, por mucho tiempo, constituyó un espacio natural del trabajo gratuito. Se podía decir que la estructura del grupo, vertical y autoritaria, en donde se reconocía al marido como jefe de la familia, lo explicaba y justificaba. En las relaciones entre cónyuges, el deber legal de asistencia y ayuda mutua era motivo suficiente para aplicar el principio de gratuidad, así como en relación a los hijos, la obligación legal de suministrar alimentos y el principio de solidaridad (Le Guidec, 1996: 703).

Los cambios en la estructura familiar y su democratización han puesto en retroceso la gratuidad en el ámbito familiar. Desde hace mucho tiempo se reconoce la validez del contrato de trabajo entre cónyuges, se han creado estatutos profesionales aplicables a los

cónyuges de agricultores y abundan los contratos de trabajo entre hijos y padres. El trabajo del hogar también ha comenzado a salir de la esfera de la gratuidad y en varios países se le otorgan prestaciones dinerarias² a las personas que realizan estas actividades. Pero, el tránsito hacia la remuneración y reconocimiento social y jurídico del trabajo del hogar de carácter voluntario ha dado lugar a una extensa literatura sobre su pertinencia y sus efectos sobre los ya recargados fondos de la seguridad social. Sin desconocer las implicaciones económicas e incluso políticas que esto tendría, nos interesa aquí reflexionar su pertinencia desde el punto de vista del derecho y de la justicia social.

La discusión sobre el reconocimiento social y jurídico de valor del trabajo doméstico no remunerado es vieja en la literatura económica y en la feminista. Las escuelas económicas neoclásicas se han centrado en analizar la producción en el hogar para entender la división del trabajo entre los hombres y las mujeres, y la determinación de la población ocupada. Desde otras escuelas económicas se ha discutido la pertinencia de aplicar el *concepto valor* al trabajo en el hogar. Este concepto se construye con base al intercambio mercantil de bienes y servicios, elemento clave para medir la producción de riqueza de una sociedad. Este intercambio no se produce

2 En Uruguay, la ley reconocía como causal de jubilación de la mujer el hecho de haber tenido un hijo. Esta ley se le conocía como la "ley de la madre". En Francia, los trabajadores del hogar no remunerados tienen derecho a pensión.

en el trabajo del hogar, lo cual ha llevado a cuestionar incluso la noción de valor como criterio único para medir una actividad económica productiva. Los aportes se han centrado en revelar las dificultades que se enfrentan para “medir” el valor del trabajo doméstico no remunerado tomando como referente la producción mercantil (Benería, 1999:331).

Los enfoques marxistas, en cambio, han destacado la importancia del trabajo doméstico no remunerado para el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo, enfatizando sus nexos con el mercado y con las relaciones de poder económico y social que se establecen entre hombres y mujeres. Una línea de investigación marxista ha planteado que ésta sería una de las pocas excepciones al concepto de alienación del trabajo porque es una producción destinada al uso y no al intercambio. De ahí, que cuestione la posibilidad de aplicar el concepto de explotación al trabajo doméstico no remunerado y, por ende, que éste sea objeto de las regulaciones propias del trabajo destinado al intercambio mercantil, como sí lo son el trabajo asalariado y el autónomo.

Los enfoques feministas, sin menospreciar los aportes de las escuelas neoclásicas y marxistas, han hecho más énfasis en los roles que asigna la sociedad a hombres y mujeres, visualizando el trabajo en el hogar como una expresión más de las relaciones de poder entre ambos dentro del hogar. Estos estudios han contribuido a clarificar más las consecuencias del trabajo doméstico para la distribución del poder político. Dentro de la discu-

sión feminista han cobrado relevancia las posiciones que cuestionan el tiempo excesivo que se ha dedicado a tratar de valorar y medir el trabajo no remunerado, señalando que el esfuerzo debería estar dirigido a lograr que “las mujeres desempeñen un trabajo remunerado para disminuir su dependencia de los hombres y aumentar su capacidad de negociación dentro del hogar y fuera de él. Por consiguiente (las organizaciones feministas) deberían centrar sus esfuerzos, ante todo, en concebir y aplicar medidas que faciliten la integración de la mujer a la fuerza de trabajo asalariada, tales como fomentar las guarderías y mejorar las licencias de maternidad” (Benería, 1998:337). Bárbara Bergmann ha formulado sus reservas a la idea de que computar el trabajo no remunerado mejore la situación de la mujer en el hogar o de los campesinos que se dedican a actividades de subsistencia. Además, teme que quienes desean «glorificar al ama de casa», como ocurre con determinados grupos derechistas de los Estados Unidos, se sirvan de las estadísticas sobre el trabajo doméstico para alegar que éste es irremplazable porque presta un servicio esencial a la sociedad, lo que profundiza la relegación de la mujer a los espacios privados y su subordinación al hombre. De ahí que llegue a la conclusión que “existe un móvil antifeminista en los que realzan la valía del trabajo doméstico” (ídem).

A este tipo de señalamiento se ha respondido con argumentos de índole práctica. Por ejemplo, en el caso de Africa, se ha aducido que si se poseye-

ran cifras sobre el tiempo que las mujeres dedican a recoger agua, sus autoridades tal vez no considerarían secundaria la instalación de agua corriente. Igual argumento se puede sostener para la recolección de leña, la cual ha sido criticada por sus efectos ambientales, pero no se posee información sobre el tiempo que la familia dedica a este trabajo no remunerado.

Como puede observarse la discusión ha sido abordada desde diversos enfoques y sobre aspectos muy diversos. El único elemento en común de todos los análisis pareciera ser el reconocimiento del trabajo del hogar como actividad económica productiva. Pero los efectos de este reconocimiento no son aún claros y para apreciar el trabajo del hogar se debieron “desplegar esfuerzos en dos terrenos: en primer lugar, hubo que afinar las categorías y mejorar el acopio de datos respecto de las modalidades de trabajo remunerado que, al menos en teoría, recogían las estadísticas tradicionales; en segundo lugar, se tuvo que replantear y redefinir la noción de trabajo, y así idear instrumentos para calcular el trabajo no remunerado, constituido esencialmente por actividades domésticas y de carácter voluntario” (Benería, 1999: 329).

Nuestro país no ha estado ajeno a esta discusión y el trabajo en el hogar ha sido objeto de consideraciones jurisprudenciales, las cuales han reconocido el valor económico de dicha ac-

tividad, en relación a la partición de los bienes de comunidad concubinaria. La norma legal que regula las relaciones concubinarias establece la comunidad de bienes concubinarios en aquellos casos en los cuales la concubina haya contribuido a la producción de dichos bienes. Los tribunales de manera reiterada han establecido que el trabajo en el hogar constituye un aporte a la producción de bienes, apto para fundamentar, de acuerdo con tal norma, la existencia de la comunidad concubinaria. De ahí, que la consagración constitucional del valor económico del trabajo en el hogar viene a ser un paso más en un proceso que ya tenía antecedentes normativos en el país, aunque ahora se expande desde el mundo de la familia hacia el del trabajo.

La norma constitucional que reconoce el valor económico del trabajo del hogar tiene varias consecuencias para el mundo del trabajo y sus regulaciones. Primero, el constituyente ordenó computarlo en las cuentas nacionales, con lo cual se abre toda la discusión sobre las metodologías para su medición. Segundo, la declaración constitucional incorporó a las personas que realizan el trabajo doméstico no remunerado a la población económicamente activa, lo que tiene como consecuencia que aumenta considerablemente la tasa de actividad en el país³. Tercero, se abrió la puerta para la protección de todo el trabajo no re-

3 Ninguna de estas dos órdenes han sido cumplidas por el Instituto Nacional de Estadísticas.

munerado de carácter voluntario, pues la calificación de actividad económica productiva que se otorga al trabajo en el hogar se le aplica perfectamente a aquél, que en los últimos tiempos tienden a expandirse⁴; esto en especial, si se toma en cuenta que la consagración de derechos en el texto constitucional es enunciativa y *no debe entenderse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en él* (Art. 22). Cuarto, se optó por una protección que va más allá de la seguridad social y de las políticas sociales, pues la Constitución considera el trabajo del hogar una especie de trabajo autónomo. Esta última aseveración requiere ser fundamentada.

La lectura conjunta de varias normas permiten sostener que el trabajo del hogar puede ser visualizado como una forma de trabajo autónomo o independiente. En primer lugar, el reconocimiento del valor económico al trabajo del hogar se realiza dentro de un artículo que garantiza la equidad de género en el acceso al trabajo. En la misma norma se garantiza también el acceso a la seguridad social para las amas de casa. La siguiente norma constitucional otorga protección al trabajo como hecho social. Estas de-

claraciones constitucionales sitúan la protección del trabajo en un contexto mucho mayor que la mera producción de bienes y servicios intercambiables.

Por estas razones, consideramos que el trabajo del hogar está protegido por el Derecho del Trabajo, independiente del hecho que no se dé el principio de alteridad. Desde hace mucho tiempo el Derecho del Trabajo ha expandido su protección hacia el trabajo independiente. Si bien la LOT regula principalmente el trabajo subordinado en interés ajeno, considera sujeto de sus regulaciones a los trabajadores independiente al incluirlos en el capítulo IV referido a las personas del Derecho del Trabajo. En este capítulo se garantiza a los trabajadores independientes el derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, mediante la celebración de acuerdos similares a las convenciones colectivas. Aquí, es conveniente recordar que el derecho a la sindicación es garantizado al sujeto de derecho *persona* en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (Art.7, a-i). El Convenio Internacional de la OIT N° 87, sobre libertad sindical, abarca a los trabajadores independientes y la LOT expresamente consagra este derecho al trabajador autónomo. Por tanto perfec-

4 Las formas de trabajo voluntario no remunerado son muy variadas y van desde los típicos voluntariados sociales hasta las formas comunitarias que se han desarrollado para enfrentar las crisis económicas. La economía del trueque en auge con la crisis de la Argentina ha puesto de relieve las diversas formas de trabajo voluntario. Con todo ello se están reanudando viejas discusiones sobre el hecho de que no todo trabajo conduce a un empleo, incorporando un nuevo elemento a la redefinición de los límites del Derecho del Trabajo.

tamente 100 personas que realicen el trabajo del hogar no remunerado podrían constituir un sindicato.

El derecho a la negociación colectiva mediante la celebración de acuerdos similares a los contratos colectivos implica situarnos en los niveles de diálogo social. En este ámbito, los sindicatos de trabajadores del hogar no remunerados podrían discutir la consagración legal o convencional de permisos o jornadas más reducidas en algunos supuestos de actividades familiares o domésticas, la ampliación de las protecciones a la maternidad hacia los varones sustento único de hogar, la consagración legal de los permisos por nacimiento de hijos, las primas legales o convencionales por responsabilidades familiares, las asignaciones o subsidios estatales por trabajo en el hogar gratuito, los requisitos para la pensión de jubilación para las amas de casa, los cambios estatales en los calendarios escolares, por citar algunos de los muchos temas que tienen que ver el trabajo del hogar que requieren tratamiento especial.

De igual manera, las disposiciones sobre condiciones y medio ambiente del trabajo, entendidas como parte de la humanización del trabajo o de la calidad de vida en el trabajo, también son susceptible de ser pensadas para regular el trabajo en el ámbito del hogar, sobre todo si el trabajo dependiente dentro del hogar está regulado por la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Acá el principio de la alteridad no se daría frente al patrono, sino habría que pensar en los causantes de

los daños ambientales y en las responsabilidades del Estado en garantizar una vivienda digna y con hábitat adecuado para determinar el obligado, en la violación del derecho a prestar el trabajo en condiciones ambientales adecuadas.

En síntesis, el trabajo del hogar es una de las especies de trabajo no remunerado de carácter voluntario que pueden darse en una sociedad, que por su importancia para la cohesión social y su aporte a la generación de riqueza, merece de la protección del Estado y así lo declara el texto constitucional. El constituyente al señalar que protege el trabajo como hecho social señala que no es sólo la actividad de producción de bienes y servicios para el mercado lo que le interesa tutelar sino que también busca proteger la actividad humana que genera cohesión social y fomenta la integración social. Por ello, considera que el trabajo es un derecho humano básico que dignifica a la persona que lo realiza y que, a través de él, se construye una sociedad solidaria, justa y próspera. De ahí, que el manto constitucional de protección abarca todo tipo de trabajo lícito, sea remunerado o voluntario. Por todo esto, la regulación del trabajo doméstico no remunerado es un paso más en la expansión de las fronteras del Derecho del Trabajo.

III. La Protección de la Maternidad

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre reza el artículo 76 de la Constitución de 1999. Más adelante la nor-

ma señala que el *Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio.*

Estas declaraciones constitucionales sitúan la acción del Estado y de la sociedad en un ámbito mucho más amplio que la protección de la madre, pues se asume que la protección y el cuidado de la reproducción de la especie no se realiza sólo con medidas que protejan a ésta, sino con aquéllas que también abarquen la paternidad y, lo que es más importante, que la reproducción de la especie y su cuidado forman parte de las responsabilidades de la sociedad en su conjunto. Esto permite pensar en una serie de medidas legislativas y administrativas que promuevan una mayor participación de los hombres en el cuidado de sus hijos. Esta norma también posibilitaría ampliar ciertas protecciones legales de la maternidad hacia los hombres sustento único de hogar, lo que significaría que algunos de los costos de la protección de la reproducción ya no se imputarán sólo a la contratación de mano de obra femenina.

La protección de la reproducción de la especie y el cuidado de la familia en cabeza de la mujer ha sido un argumento recurrentemente utilizado para justificar la discriminación de las mujeres en el mercado laboral, pues se aduce que estas protecciones encarecen su contratación y no son visualizadas como parte de la responsabilidad social de la empresa. Así, por ejemplo, la posibilidad de que los hombres sustento único del hogar gozasen del mismo beneficio de inamovilidad

laboral que hoy sólo disfrutaban las mujeres, además de reducir los argumentos de que con esas protecciones se discrimina a la mujer en el acceso al mercado de trabajo, se reafirmaría que la protección se realiza en función del niño y que, la reproducción de la especie y el cuidado de la familia, son obligaciones familiares, sociales y estatales. Este camino hacia la responsabilidad social en torno a la reproducción de la especie ha iniciado su tránsito en algunas leyes del país. Así, en la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de octubre de 1999, se intentó desvincular la protección de la familia del régimen de protección de la mujer. La ley establece que progresivamente debe establecerse una política de prestaciones familiares para solventar las cargas familiares de la mujer. Dicha obligación se pone en manos del Ejecutivo Nacional (Art. 14). Similar disposición se encuentra en la Ley Orgánica de Protección al Niño y Adolescente, la cual también reafirma que la protección de maternidad es esencialmente una obligación estatal (44). La LOT también intentó independizar la protección de la maternidad de la protección de la mujer, aunque lo hizo en un plano más bien declarativo que real, pues la protección de la maternidad sigue aún realizándose fundamentalmente con medidas de protección a la mujer embarazada. La ley consagra un título denominado *de la protección de la laboral de la maternidad y la familia*, en el cual se desarrollan los principios y regulaciones del régimen de protección de la maternidad. En dicha ley, la protección de la maternidad incluye

la inamovilidad laboral y tres tipos de regulaciones: la protección durante la gestación, la protección durante el primer año de vida del recién nacido y la obligación de guardería.

Las normas internacionales del trabajo que rigen la protección de la maternidad son las contempladas en el Convenio número 3 de Protección de la Maternidad de 1919 y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (arts. 5 b; 11,2; 12,2). El Convenio 103 no está vigente, pues fue denunciado en 1985. El gobierno adujo que no estaba en condiciones de proteger con los beneficios de la seguridad social a todas las categorías de trabajadoras, en especial, las agrícolas, domésticas y a domicilio.

1) La inamovilidad laboral

La protección de la maternidad prevé la estabilidad en el empleo durante el embarazo y hasta un año después del parto, tiempo durante el cual sólo puede ser despedida por las causas contempladas en la ley, previa autorización del Inspector del Trabajo⁵. La madre adoptante goza de la misma protección durante el año posterior a la adopción de un niño menor de 3 años (Art. 384 de la LOT).

La inamovilidad laboral abarca también los nuevos empleos que adquiera la trabajadora dentro del año siguiente al parto, pues la ley protege al niño independientemente de que la protección se haya iniciado con un pa-

trono determinado; es decir, no se requiere de gozar de empleo en el momento del parto para adquirir el derecho de estabilidad absoluta en el cargo. En cambio, se discute si la inamovilidad laboral se puede aplicar a los contratos de trabajo a tiempo determinado o por obra determinada. El rango constitucional de la protección al niño, la responsabilidad social en torno a la maternidad consagrada, tanto en el texto constitucional como en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, permite sostener que en estos casos, el contrato de trabajo a tiempo determinado o para obra determinada sufre una modificación por imperio de ley, extendiéndose su duración hasta un año después del parto, independientemente de la voluntad inicial expresada por ambas partes. Varios principios de rango constitucional permiten sostener esta postura: la prohibición de discriminación por razones de sexo, la igualdad de trato y oportunidades y la responsabilidad social en torno a la maternidad.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha sido constante en señalar que “ el despido de una trabajadora por haber quedado embarazada constituye una discriminación sexual directa, aunque se trate de una embarazada contratada originalmente por un periodo de duración fija para

5 En los casos de funcionaria pública se requiere apertura de averiguación ante la Oficina de Personal de la institución correspondiente.

sustituir a una empleada con permiso de maternidad“ (Heide, 1999:451). La jurisprudencia europea también ha sido reiterativa en señalar que para garantizar la igualdad de trato se deben tomar medidas para evitar que las responsabilidades familiares y la función reproductora influyan en el acceso al empleo y a los beneficios por tiempo de servicios. En estos casos, los tribunales han tomado las decisiones basándose en la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombre y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción profesional. La igualdad de trato está consagrada en nuestro texto constitucional y en varios tratados internacionales ratificados por nuestro país, por lo cual los argumentos del Tribunal de Justicia Europeo son aplicables a nuestro orden jurídico. Adicionalmente, todos los instrumentos legales que regulan la protección de la maternidad reafirman el principio de que la responsabilidad social en torno al cuidado de la familia, lo que permite afirmar que las normas han sido establecidas con el objeto de proteger al niño, independientemente de cualquier causal o situación particular.

La protección de la maternidad abarca todas las categorías de traba-

jadoras tanto en el sector público como en el privado. Los regímenes de función pública no se consideran ajenos a la protección constitucional y legal de la maternidad, aunque posean estatuto funcionarial especial⁶. En la función pública, los funcionarios de carrera gozan de estabilidad absoluta en su cargo, es decir, no pueden ser removidos de su cargo sin procedimiento previo y por falta grave previamente establecida en la ley. Los permisos pre y post natal para las funcionarias públicas estaban consagrados en la Ley de Carrera de 1970. La discusión que se podía plantear era la aplicación del régimen de protección a funcionarias, cuyo estatuto especial no lo previese expresamente. La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 expresamente incorporó a los funcionarios públicos a su ámbito de aplicación (Art. 8). De ahí que, si alguna ley de carrera administrativa no contemplase permisos remunerados por maternidad o derecho a la lactancia, se aplica la ley laboral. El proceso de laboralización de los regímenes funcionariales terminó de consolidarse en el reglamento de dicha ley, que incluyó un capítulo para las negociaciones colectivas de la función pública.

La discusión sobre el ámbito de aplicación del régimen de protección de la maternidad ha abarcado los su-

6 En la función pública conviven varios estatutos dependiendo del órgano de que se trate (poder ejecutivo, legislativo, judicial,) o del ámbito territorial (Poder Nacional, Estatal o Municipal). Los órganos de carácter constitucional como la Contraloría de la República, Banco Central, Fiscalía tienen estatutos propios. Las universidades nacionales también tienen un régimen propio en relación a su personal docente y de investigación.

puestos de cargos de dirección tanto en el sector público como privado. Si bien hay absoluta aceptación del derecho a los permisos pre y post natales, se ha discutido si aquéllos gozan de la inamovilidad durante el embarazo y hasta un año después del parto. Como es sabido, este tipo de cargos están fuera de los regímenes de estabilidad en el empleo, ya sea funcionariales o el de estabilidad relativa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. No obstante, la protección a este tipo de personal fue establecida en sentencia dictada por la anterior Corte Suprema de Justicia en 1990, mediante la cual, la Sala Político Administrativa, anuló un despido de una funcionaria de libre nombramiento y remoción efectuado en momentos en que ésta se encontraba embarazada. La Corte señaló que la norma constitucional de protección de la maternidad no admite discriminación alguna y que ella es la base de la existencia del régimen legal de protección y como refuerzo a su argumentación sentenció que ella forma parte de los “derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental”⁷. Dicha corte consideró que la protección de la maternidad establecida en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales⁸ abarca a

todas las trabajadoras embarazadas y que esa protección genera derechos de ejecución inmediata, que no requieren desarrollo legislativo. Desde ese momento se consideró que la protección de la maternidad comprendía también los cargos de dirección y confianza del sector privado, pues los argumentos desarrollados eran igualmente aplicables.

La protección a la funcionaria de libre nombramiento y remoción trató de ser eliminada en el primer intento de reforma de la Ley de Carrera Administrativa efectuada por el gobierno del presidente Chávez. Por delegación legislativa efectuada por la Asamblea Legislativa en noviembre del 2000, el Presidente de la República dictó el 13 de noviembre de 2001, el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública⁹, en el cual se hacía una diferencia de tratamiento jurídico en lo que respecta a la inamovilidad de la funcionaria de libre nombramiento y remoción durante el embarazo y el año después del parto, pues se establecía que ésta podía ser removida de su cargo previo pago de una indemnización equivalente a 6 meses de su sueldo (Art. 33).

Las normas del Estatuto fueron objeto de un profundo rechazo por amplios sectores de la sociedad, en especial por los sindicatos y las organiza-

7 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 4 de diciembre de 1990. Amparo en contra del Ministerio de Justicia. Ponente Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas.

8 Llama la atención de que esta sentencia cite como fundamento de su decisión el Convenio 103 de la OIT, el cual se encontraba denunciado desde 1985.

9 Gaceta Oficial N° 5.557 E del 13 de noviembre del 2001.

ciones de mujeres, pues después de la sentencia de 1990 era pacíficamente aceptado que ese derecho lo poseían también las trabajadoras embarazadas en cargos de dirección. Tales críticas a ese y otros aspectos de la reforma propuesta llevaron a la Asamblea Legislativa a elaborar otro Estatuto de la Función Pública, que fue promulgado el 11 de julio del 2002. En este se establece que *las funcionarias públicas en estado de gravidez gozaran de la protección integral a la maternidad en los términos establecidos en la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, y en la Ley Orgánica del Trabajo* (Art. 29). Para reafirmar el carácter estatutario del régimen funcional se establece que las controversias sobre el régimen de maternidad serán dirimidas por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo funcional. Este Estatuto exceptúa de su ámbito a los funcionarios que están bajo regímenes particulares (Art. 1 Parágrafo Único). Dicho estatuto no derogó expresamente el anterior, lo que genera dudas sobre la vigencia simultánea de ambos instrumentos jurídicos, aunque la explicación más plausible a la no derogación del anterior Estatuto se deba simplemente a que expresa una falla en técnicas legislativas. Pero además, el nuevo Estatuto en su Disposición Transitoria expresamente establece que quedan derogadas *cualquiera de las disposiciones que colidan con la presente Ley*. Una posible interpretación de esta norma es que se mantiene vigente el anterior Estatuto en todo lo que no contradiga al actual; otra es que la Asamblea al termi-

nar la delegación legislativa asumió la regulación de la materia revocando de esa manera la potestad otorgada. Pero, en todo caso, con la promulgación de este estatuto se ratifica la integralidad del régimen de protección de la maternidad, en cuya base se encuentra la Constitución de la República, los tratados de derechos humanos y los convenios internacionales del trabajo. De acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema Justicia de 1990, dichas normas son de ejecución inmediata, lo que significa que se puede utilizar las normas internacionales como fundamento de demandas ante los tribunales; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer basta para anular despidos durante el embarazo o en la licencia maternal.

2) La protección durante la gestación

La protección durante el embarazo abarca medidas para garantizar tanto el acceso y conservación del empleo como la salud de la madre gestante y del feto. La LOT prohíbe expresamente condicionar la contratación de la mujer al hecho de no estar embarazada (Art.381), por lo que las pruebas de despistaje de embarazo son ilegales. La legislación no considera válida la aceptación de la mujer de someterse al examen para adquirir el empleo, sino que la voluntad de la trabajadora debe expresarse una vez iniciada la relación laboral y en este caso la prueba de embarazo tiene como única finalidad iniciar el amparo del régimen de protección. La doctrina nacional ha considerado que la mujer puede inclu-

so mentir sobre su estado de gravidez, es decir, negar su embarazo, sin que ello pueda ser usado por el empleador para alegar mala fe o para atacar la validez del contrato por vicios en el consentimiento (Zuleta de Merchán, 1999:418).

La discriminación en el empleo por razones de embarazo puede ser atacada judicialmente mediante la acción de amparo, en teoría es un procedimiento muy rápido y sencillo, que obliga a los jueces a pronunciarse en lapsos muy breves (Art. 15 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer y artículo 123 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo).

Durante el periodo de gestación, la mujer está exenta de la obligación de realizar *tareas que, por requerir esfuerzos físicos considerables o por otras circunstancias, sean capaces de producir el aborto o impedir el desarrollo normal del feto, sin que su negativa altere sus condiciones de trabajo.* (Art. 382 de la LOT). Ello significa que de ser necesario debe ser trasladada hacia otros sitios y actividades en la empresa sin que ello pueda significar una disminución salarial o desmejora en otras prestaciones socioeconómicas o beneficios laborales. De igual modo, los traslados hacia otras funciones sólo podrán realizarse por razones de servicio, siempre y cuando ello no perjudique el desarrollo de su embarazo (Art. 383 de la LOT). Por tanto, la trabajadora embarazada puede negarse a realizar trabajos que afecten el normal desarrollo de su embarazo, lo que además es una expresión más del derecho a no ejecutar trabajos que pongan en riesgo su salud, consagra-

do en la Ley Orgánica de Prevención de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

La trabajadora embarazada tiene derecho a un descanso de seis semanas por concepto de prenatal y doce semanas por postnatal. Estos descansos pueden ser aumentados por prescripción médica y el descanso prenatal es acumulable al post natal (Arts. 385, 386, 388 de la LOT). La trabajadora tendrá derecho a hacer uso de su derecho de vacaciones inmediatamente finalizada la licencia de maternidad (Art. 390 de la LOT), o puede solicitar que se le adelanten las vacaciones para tomarlas después de la licencia postnatal, basándose en la preferencia legal para hacer coincidir vacaciones escolares con las laborales (Art. 230 de la LOT). Estos permisos se aplican también a los casos de adopción de niños menores de tres años, lo que da derecho a un permiso remunerado de 10 semanas (Art. 387 de la LOT).

Los permisos de maternidad son remunerados por el seguro social y esos lapsos cuentan para la antigüedad de la trabajadora en la empresa y las mismas previsiones se aplican a la madre adoptante (Arts. 385 y 389 de la LOT). Por convenio entre las partes, el patrono puede asumir la diferencia entre la indemnización del seguro social y el salario integral de la trabajadora y en otros casos asumir el pago del salario durante el descanso, con el compromiso de la trabajadora de endosar a nombre del patrono los cheques del seguro social, cuando éste cancele la indemnización. En este aspecto es conveniente reseñar la refor-

ma del año 91 de la Ley del Seguro Social Obligatorio, la cual aumentó las indemnizaciones del seguro social; hasta esa fecha equivalían a dos tercio del salario diario, lo que afectaba la protección de maternidad y disminuía la capacidad adquisitiva en momentos que más se necesita. La reforma estableció que la indemnización no debe ser inferior al salario normal devengado por la trabajadora en el mes inmediatamente anterior a la iniciación de los permisos de maternidad, o a la fecha en que éstos debieron otorgarse de conformidad a la ley. Igualmente se prevé que mediante resolución especial se establecerá la indemnización sustitutiva que corresponda en los casos que el parto sobrevenga en localidades no cubiertas por el seguro social (Zuleta de Merchán, 1999:428).

La protección de la maternidad en manos del Instituto Venezolano del Seguro Social, que incluye tanto la atención médica durante el embarazo y el parto como la indemnización durante el periodo de licencia pre y post natal, siempre ha presentado el problema de la cobertura territorial de dicho instituto. De ahí, que ha sido denunciado que no todas las beneficiarias puedan acceder a la asistencia médica durante el embarazo y el parto o beneficiarse con la indemnización sustitutiva del salario durante la licencia pre y post natal. Pero el Seguro Social no sólo enfrenta problemas de cobertura sino también de incumplimiento de la reforma de la ley de 1991. En un estudio previo (Iranzo y Richter, 2003) abordamos las implica-

ciones que tiene el hecho que el Seguro Social siga pagando la indemnización de maternidad con base al 66,6% del salario de referencia y no con base al salario normal, asunto que nos permitió descubrir nuestra propia investigación.

3) La protección después del parto

La legislación laboral establece -además de la garantía de estabilidad en el empleo- dos derechos para la trabajadora después del nacimiento del hijo: el derecho a amamantar y el derecho a la guardería.

El derecho de lactancia

La trabajadora tiene derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno para amamantar su hijo en la guardería y si no hay guardería cada descanso será de una hora. Aunque no hay disposición interna que lo prevea expresamente, estos descansos se reputan como parte de la jornada de trabajo desde el momento que la LOT establece que no podrá haber diferencias de remuneración por el ejercicio del derecho a la lactancia (Art. 394).

El derecho a lactar dentro de la jornada de trabajo fue limitado a una duración máxima de seis meses después del parto, por el Reglamento de la LOT de 1999. Esta limitación no impide que por contratación colectiva o acuerdos individuales se pueda ampliar el tiempo de lactancia. Esto resulta deseable, porque la norma de seis meses puede tener como efecto eliminar el derecho a lactar en el centro de trabajo, pues la mayoría de las mujeres tienden a acumular el pre y post natal, y después a hacer valer su derecho de vacaciones, con lo que se

reincorporan al trabajo casi en ese momento.

El derecho a la guardería

Todo patrono que ocupe más de 20 trabajadores tiene la obligación de instalar una guardería infantil para que los trabajadores puedan dejar sus hijos durante la jornada de trabajo. Los patronos pueden asociarse entre sí para establecer la guardería o pagar el costo del servicio en guarderías existentes (Art. 391 y 392 de la LOT).

El reglamento de la ley estableció límites al cumplimiento de esta obligación, pues restringió el acceso al beneficio a los trabajadores que perciban menos de cinco salarios mínimos y señaló que la obligación patronal beneficia a los hijos de los trabajadores hasta los cinco años de edad. Como modalidad alternativa al establecimiento de la guardería se estableció un pago equivalente al 38% del salario mínimo, por concepto de matrícula y mensualidad.

Los trabajadores tienen derecho a usar la guardería, independientemente de su horario de trabajo y condición de contratación, por lo que los trabajadores en jornada nocturna o mixta pueden usar la guardería que funciona de día, la única prevista por ley. Así mismo, los trabajadores ocasionales, temporales, para obra determinada o por tiempo determinado tienen derecho a este servicio, o a recibir el pago sustitutivo durante toda la duración de su contratación.

Una de las modalidades de cumplimiento prevista por el reglamento es pago al Programa de Hogares de Cuidado Diario y Multihogares, creado

para atender a la población infantil de menos de seis años en condiciones de pobreza.

Estas normas reglamentarias han generado varias interrogantes y polémicas respecto a: a) el tope en los pagos sustitutivos pudiesen ser una forma de favorecer el incumplimiento de la obligación principal, como es el establecimiento de la guardería, de manera que el reglamento en vez de desarrollar la obligación legal pudiese tornarla **nugatoria**, dando argumentos sobre la ilegalidad de la regulación reglamentaria; b) la limitación del derecho a trabajadores con cierto tope salarial es un criterio no contemplado en la ley; c) no está claro si la obligación de guardería se aplica a los hijos hasta los cinco años cumplidos o termina cuando cumplan los seis años; d) la ausencia de guarderías nocturnas es una seria limitación para el trabajo nocturno o mixto de la mujer; e) la modalidad de los hogares de cuidado diario desvía la función principal de ese programa, además de que la atención brindada en éstos no es adecuada para todos los hijos de los trabajadores, pues funcionan en casas de comunidades pobres y no cuentan con todos los servicios adecuados.

IV. Las condiciones de trabajo

1) Remuneraciones

Como se ha reiterado anteriormente, la igualdad de oportunidades y de trato en las condiciones de trabajo es una de las metas del orden jurídico venezolano. La norma internacional más favorable al respecto es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra

la Mujer, la cual obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo, en los ascensos, en la estabilidad en el trabajo, en la formación profesional (Art. 1, a, b, c). En esta convención se incorpora expresamente la obligación del Estado de adoptar medidas para garantizar la igualdad de trato en la evaluación de la cantidad de trabajo (Art. 11, d). Esta norma tiene como finalidad garantizar una justa evaluación en los casos de trabajo a tiempo parcial, modalidad con una presencia significativa de mujeres. En el mismo sentido, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes se comprometen a asegurar igual oportunidad para todos en los ascensos en el trabajo (Art. 7, c).

Una de las formas de garantizar la igualdad de trato en la condiciones de trabajo es la consagración del *principio de igual salario por trabajo de igual valor*. En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 garantiza el *pago de igual salario por igual trabajo*, mayor peso tiene el principio mencionado, estipulado en el Convenio N° 100 de *igual salario por trabajo de igual valor*, en tanto es más favorable para los sujetos beneficiarios. Al hablar de igual valor y no de igual trabajo se facilita combatir la fuente de discriminación que está por detrás de la asignación de determinados puestos a las mujeres, los cuales, a pesar de requerir las mismas habilidades o esfuerzos que puestos tradicionalmente masculinos, reciben un menor salario. De ahí que se aplique preferentemen-

te el principio establecido en dicho convenio, por contener una norma más favorable. Este convenio no ha tenido desarrollo legislativo, pero siguiendo sus directrices pudiesen utilizarse medidas legislativas, administrativas, sistemas de fijación de remuneración, promoción de la incorporación del principio en la negociación colectiva (lo que está previsto en el mismo convenio en su Art. 2) o la combinación de dichas modalidades para lograr la igualdad de trato en la remuneración.

La LOT señala expresamente que no podrán hacerse diferencias en las condiciones de trabajo entre los trabajadores que ejecuten igual labor, pero así mismo regula con cierto detalle los supuestos en los cuales se puede desaplicar el principio de igualdad, fundamentalmente para contrarrestar posibles discriminaciones. Los casos de excepción previstos son: las protecciones a la maternidad y la familia, las protecciones a los trabajadores de tercera edad, minusválidos y menores, las primas por asiduidad, por antigüedad y las primas a trabajadores con responsabilidades familiares (Arts 26 y 136 de la LOT). En todos estos casos pueden darse el hecho de que por el trabajo de igual valor se pague diferente¹⁰. En el caso de maternidad no se puede establecer diferencias salariales bajo ninguna circunstancia durante el embarazo y el periodo de lactancia, aunque el mantenimiento del salario sea contrario al principio de igual salario por trabajo de igual valor (Art. 394 de la LOT). La trabajadora debe ser trasladada a otro puesto, si el que desempeña afec-

ta el normal desarrollo de su embarazo, pero el traslado no puede implicar cambios en su remuneración, aunque el nuevo puesto no tenga la misma remuneración que el anterior. De igual manera, el amamantamiento puede significar una reducción de hasta dos horas en su jornada de trabajo, pero esta reducción no puede imputarse a su salario. En el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares hay preferencias para su contratación¹¹, primas por hijos y para hacer coincidir sus vacaciones con las escolares. Para la contratación de minusválidos hay incentivos fiscales. Por otra parte, la protección de la familia llevó incluso a atemperar el principio de la inembargabilidad del salario en nuestra legislación. El salario es irrenunciable, no puede ser cedido y sólo puede ser objeto de retenciones legales, siendo la única excepción la relativa a la obligación alimentaria, pues el cónyuge o quien haga vida marital con el trabajador o trabajadora puede ser autorizado por el inspector del trabajo para recibir hasta el 50% del salario (149 de la LOT). Esta retención legal hoy tiene rango constitucional (Art. 91). En términos generales, si bien la lista de posibles excepciones es amplia, las medidas que se tomen para la

protección de la mujer deben ser consonas con el principio de igualdad de oportunidades y de la no discriminación; es decir, deben favorecer a todos los que sufran los mismos problemas, como por ejemplo, la disposición que permite al Ejecutivo dictar normas destinadas a la protección de la maternidad y de la familia en labores peligrosas insalubres o pesadas, debe contemplar las situaciones que afecten a ambos sexos y no limitarse exclusivamente a las que afecten al sexo femenino.

2) *Jornada de trabajo y empleo*

El proyecto de Ley del Trabajo presentado ante el Congreso de la República, en 1985, contenía un capítulo sobre condiciones especiales de trabajo de la mujer que le restringía el trabajo nocturno y prohibía su empleo en el interior de minas y en labores peligrosas. Este capítulo fue eliminado y sustituido por el *de la protección laboral de la maternidad y la familia*, porque, como lo reconoce la propia exposición de motivos de la ley, las organizaciones de mujeres se opusieron a la concepción tutelar y la Comisión redactora tuvo el cuidado de "utilizar las formas de redacción que correspondan mejor a la preocupación tendiente a la igualdad de sexos"¹².

- 10 Las primas por asistencia y antigüedad son un claro ejemplo de que un mismo trabajo, de igual valor, se remunera diferente. No necesariamente la asistencia hace más productiva la labor de la persona.
- 11 Las empresas, explotaciones y establecimientos, públicos o privados, en la contratación de sus trabajadores, están obligados, en igualdad de circunstancias, a dar preferencia a los jefes de familia de uno u otro sexo, hasta un setenta y cinco por ciento (75%) de los trabajadores (Art. 29 de la LOT).
- 12 Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Trabajo.

En la regulación del trabajo nocturno de la mujer, coliden las disposiciones tanto del Convenio número 41, sobre trabajo nocturno de las mujeres como las del capítulo sobre trabajo de la mujer y el menor del reglamento de 1973 con los principios constitucionales y legales que promueven la igualdad de trato y de oportunidades.

El reglamento de la LOT de 1999 dejó vigente el título del reglamento de 1973, dedicado a los regímenes especiales. Este título tiene un capítulo dedicado al trabajo de la mujer y el menor que contradice los principios constitucionales, tanto el de la regulación del trabajo femenino como el régimen de protección de los niños y adolescentes. En efecto, el reglamento parte de la concepción de objeto de protección y no de sujeto de derecho de los menores de edad. Esta concepción es la expresión en el plano laboral de la doctrina de la situación irregular, superada desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. La situación irregular fue fuertemente combatida por su carácter de control social represivo y de castigo a la condición de pobre. Así mismo, al otorgar a la mujer el mismo tratamiento jurídico que se da a un incapaz legal se la asume también como objeto de protección. De ahí que si el legislador considera que la mujer no es capaz de pleno discernimiento, su capacidad jurídica debe ser limitada, por lo cual ciertas decisiones deben ser tomadas en su nombre, por el marido, el padre o el propio legislador. Este tipo de regulación presente en muchas legislaciones laborales ha sido objeto de fuertes críticas, pues responde a la “carga

histórica y cultural, que ha colocado a la mujer en situación de desventaja. Así (...) las restricciones legales al trabajo femenino obedecen a la creencia tradicional de la debilidad física de la mujer y a las exigencias de moralidad que nuestra cultura le impone” (Heredia y Cabrera, 1987:130).

En materia de acceso al empleo, la Constitución y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer contienen disposiciones mucho más favorables para ésta y consagran la concepción garantista y no tutelar del trabajo. La mujer dejó de ser objeto de protección hace mucho tiempo para ser asumida como sujeto de derecho y en la actualidad se consideran como discriminatorias todas las normas que excluyen o atenúan la capacidad jurídica de la mujer. Así lo establece expresamente la Ley de Igualdades de Oportunidades para la Mujer, en su artículo 3. Por ello, la declaración de rango sublegal del Reglamento de la LOT de 1999, al dejar vigente una regulación del trabajo femenino contraria a las regulaciones constitucionales y legales, carece de toda validez y queda derogada por contradecir expresamente regulaciones de rango superior. Este argumento se aplica también a los convenios núm. 41, que prohíbe emplear a las mujeres durante en la noche en empresas industriales públicas o privadas (art. 3), y el núm. 45 que prohíbe el empleo de mujeres de cualquier edad en trabajos subterráneos en minas.

3) Formación profesional

La formación para el trabajo está a cargo del Instituto Nacional de Coo-

peración Educativa (INCE), cuyo objetivo es promover la formación profesional de los trabajadores, contribuir a la formación de personal especializado y llevar a cabo programas de adiestramientos dedicados a la juventud desocupada.

En la legislación que regula la acción del INCE no existen disposiciones específicas destinadas a la formación profesional de la mujer, pero su estructura interna prevé instancias tripartitas, lo que posibilitaría tomar medidas que impulsen la equidad de género en la formación profesional. En el seno de su Consejo Directivo, entre cuyas atribuciones está el planeamiento de sus actividades, se podrían organizar cursos dirigidos a la formación de la mujer en áreas específicas, basándose en la norma prevista en la LIOM.

Aparte de la Ley del INCE, en materia de formación profesional está la obligación que establece la LOT al sector empresarial y al Estado de desarrollar programas de formación en el trabajo y la prevista en la LIOM que establece que el Estado y el sector empresarial deberán crear centros de adiestramiento para la superación profesional de la mujer (Art. 39 de dicha ley). Esta obligación podría ser desarrollada en las instancias de diálogo social o en la negociación colectiva.

4) Seguridad Social

La regulación constitucional de la seguridad social se realiza en el ámbito de la ciudadanía y la obtención de calidad de vida:

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure pro-

tección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

La nueva constitución reafirma lo referente a la posibilidad de consagrar un régimen legal de protección de la paternidad, pues expresamente contempla prestaciones en caso de paternidad. De ahí que, un régimen de permisos parentales por nacimiento o adopción de un hijo, pudiese perfectamente ser costeadado por la seguridad

social. Como se ha sostenido, licencia y estabilidad por paternidad son dos garantías básicas que deben consagrarse para consolidar la responsabilidad social en torno a la reproducción de la especie. Ello ayudaría también a consolidar el régimen preferencial de los trabajadores con responsabilidades familiares.

La consagración de derechos a la ama de casa como beneficiaria de las prestaciones de la seguridad social ha originado dos tipos de discusiones en el mundo académico. La primera referida a la posible inconstitucionalidad de la norma por discriminatoria, pues concede derechos sólo a las personas de sexo femenino que se dediquen a las labores del hogar no remuneradas. La segunda crítica es lo redundante de la norma. Si la seguridad social se construye con base al sujeto persona y no trabajador, no era necesario incluir expresamente a las amas de casa, pues obviamente estas son personas. Las dos críticas tienen sólidas bases, pero expresan una visión parcial del efecto del reco-

nocimiento del valor agregado del trabajo del hogar.

En la discusión en la asamblea constituyente sobre la seguridad social de las amas de casa se planteó el problema de que la norma sólo se refería a las mujeres y no a los hombres. Pero, la proposición de incluir a los hombres se hizo en un ambiente de hilaridad y como si el tema fuese trivial, lo que impidió su discusión de manera seria y fue desechada¹³.

La lectura de la norma constitucional debe realizarse en un contexto de reafirmación de derechos de una categoría que, en los hechos, es mayoritariamente femenina. La propia Constitución contiene directrices para afirmar a los colectivos vulnerables y es dentro de ese contexto que debe interpretarse la norma. La consagración de su derecho no implica la negación del derecho de los hombres, sino simplemente otorgar a las mujeres una herramienta más que le facilite el ejercicio del mismo. En tal sentido, la consagración del derecho de las amas

13 Las actas de la discusión, incluso reseñan las risas entre los constituyentistas sobre el tema de la protección de las amas y amos de casas. La intervención de constituyente Jaime Barrios refleja muy bien ese ambiente:

“Presidente, respetables constituyentes. Simplemente quería proponer que en tanto y cuanto este es un artículo que evita la discriminación, al menos eso es lo que trata de inducir en el enunciado, al final se hace una incorporación solamente referida a las mujeres, a las amas de casa.

En el caso de aquellas personas, de aquellos hombres solos, que han sido igualmente dueños de casa (*risas*) por qué no incorporarlos igualmente al artículo. Propongo formalmente que así sea. (*Risas y aplausos*). –Además, lo más importante es en cuanto al valor agregado, habría que ver cómo quedaría entonces al momento de la disolución del vínculo conyugal. De manera que insisto en la proposición de manera formal”. Sumario de la Sesión N° 31 de la Asamblea Nacional Constituyente.

de casa a la seguridad social es enunciativa y así debe leerse.

La segunda crítica se refiere a lo redundante de la declaración constitucional, pues al poner en cabeza del sujeto persona todas las prestaciones de la seguridad social, ya se incluía a las amas de casa. Este reparo no valora plenamente dos hechos: las consecuencias de reconocer el valor agregado al trabajo del hogar y las posibilidades de construir un sistema de seguridad social contributivo para el trabajador.

En efecto, el trabajo del hogar no remunerado es una especie de trabajo autónomo, que goza de las protecciones provenientes del Derecho del Trabajo. Es más podría perfectamente encuadrarse dentro de las formas de trabajo independiente, que por diversas razones merecen un tratamiento especial del Estado. Por ejemplo, se ha propuesto que en los casos de trabajo independiente pero con dependencia económica, el beneficiario contribuya al sistema de seguridad social del independiente con dependencia económica. El argumento que se da para esta propuesta son los beneficios de la exclusividad (Hernández y Richter, 2002).

Como se ha sostenido, la protección del trabajo del hogar voluntario se ha efectuado dentro del Derecho del Trabajo. Por ello, es perfectamente posible desarrollar un régimen contributivo con aportes de los trabajadores del hogar no remunerados y del Estado, en representación de la sociedad que se beneficia de dicho trabajo. Vista así, la norma deja de ser inocua o re-

dundante sino que fija los parámetros para desarrollar la seguridad social de una especie de trabajador autónomo que requiere un tratamiento especial del legislador.

El tema de las prestaciones de la seguridad social para las amas de casa ya ha ingresado en la agenda de la reforma de la seguridad social. Existe una propuesta de incluir en la nueva ley de seguridad social, una pensión para las amas de casas con más de 20 años de dedicación exclusiva a las labores del hogar.

Por lo demás, no existe en la actualidad un régimen integral de seguridad social que contemple los problemas específicos de la mujer. Sólo en dos materias existen normas específicas: vivienda y maternidad. En el resto de las prestaciones se consagran directrices que obligan a tomar en cuenta su situación especial, pero sin regulaciones concretas.

En relación a la maternidad está el régimen de protección ya reseñado y una serie de disposiciones que señalan la responsabilidad compartida entre Estado y empresarios en el establecimiento de guarderías y lugares adecuadas para la lactancia en el trabajo. Tanto la LIOM como la LOPNA ponen en manos del Estado más que en las del empleador, las protecciones de la maternidad. Estas leyes propugnan la creación de un sistema integral al respecto, independientemente del hecho trabajo.

En materia de préstamos para adquirir o mejorar la vivienda principal existe una preferencia legal para acceder a los créditos otorgados por la

Ley de Política Habitacional (Artículo 28 de la LIOM).

En materia de salud ocupacional, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT), señala que el trabajo deberá desarrollarse en condiciones adecuadas y en consecuencia deberá prestarse en condiciones que aseguren a los trabajadores permanentes y ocasionales *el disfrute de un estado de salud físico y mental normales y protección adecuada a la mujer, al menor y a personas naturales en condiciones especiales* (Arts. 1 y 6). Pero, aparte de esta disposición, no contiene otras de carácter específico relativas a las enfermedades profesionales típicamente femeninas o a la salud ocupacional, cuya definición es de por sí muy amplia, pues se considera como enfermedad profesional los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo, por exposición al medio y los imputables a la acción de diversos agentes o condiciones presente en el medio de trabajo (Art. 28 de la LOPCYMAT). De cualquier manera no hay dudas que todas las enfermedades profesionales femeninas están englobadas en la definición de la ley y se les aplica su régimen protector, indemnizatorio y de sanciones.

En cambio, en la Ley de Igualdad de Oportunidad para la Mujer se toma en cuenta la necesidad de atender las enfermedades profesionales con equidad de género. En ella se establece que el sistema de seguridad social dará una cobertura integral en los riesgos de enfermedad de la mujer trabajadora. En este caso se parte de otra concepción del sistema de seguri-

dad social, similar a la que posteriormente adopta la Constitución. En la LIOM, el papel del Estado, como encargado de crear un sistema integral de seguridad social, es vital, pues en la medida que sea éste el que asuma las prestaciones por las contingencias de salud de la mujer trabajadora, se avanzará en la concreción de la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres.

Pero, el hecho de que la ley destinada a la regulación de las condiciones de medio ambiente y salud en el trabajo, (la LOPCYMAT) no haga distinciones por sexo y no contemple las situaciones particulares para hombres o mujeres, confirma que aún el tema no ha logrado adquirir relevancia en el país. De ahí, que la negociación colectiva tiene un campo amplísimo para avanzar en la protección de la salud de ambos sexos, regulando las diferencias en cuanto a salud ocupacional que se presentan en la realización del trabajo.

5) Acoso sexual

Uno de los caminos para avanzar en la meta de equidad de género en las relaciones de trabajo ha sido la prohibición del acoso sexual, el cual ha sido considerado una expresión de discriminación por género y una falta grave al respeto de la dignidad del trabajador, núcleo del contrato de trabajo. La expresión acoso sexual u hostigamiento sexual para referirse a conductas antijurídicas de los patronos y sus representantes, comenzó a usarse en Estados Unidos en los años setenta con la aplicación de la legislación sobre derechos civiles. Desde entonces se han promulgado diversas leyes que

lo prohíben, y, en otros casos, las víctimas de estas conductas han usado las normas que garantizan un medio ambiente del trabajo adecuado y las disposiciones sobre el respeto a la dignidad del trabajador existentes en diversos códigos laborales para atacar este tipo de conductas ilícitas de los empleadores y sus representantes. La tendencia actual es la promulgación de leyes específicas destinadas a combatir dicha conducta en el trabajo, pues se considera que las normas generales mencionadas no han sido suficientes y debe dotarse a los trabajadores de herramientas que les permitan hacer uso de los tribunales para estos casos. Por ello, en muchos países se han dictado leyes especiales para prohibir el acoso sexual, las cuales han sido un instrumento vital en los tribunales y en otros la jurisprudencia se ha basado en las convenciones internacionales (Aeberhard-Hodges, 1996).

En nuestro país, la prohibición del acoso sexual se ha efectuado tanto a través de tratados y convenios internacionales como de leyes y reglamentos nacionales. Específicamente, el Convenio N° 169 relativo a pueblos indígenas y tribales obliga a los Estados a proteger *contra el hostigamiento sexual* (Art. 20.3.d). La LOT prohíbe los actos inmorales en contra los trabajadores y el RLOT considera el chantaje sexual una expresión de discriminación por género. En la LIOM se establece la obligación de asistencia jurídica gratuita en caso de hostigamiento sexual (Art. 59). Por su parte, la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la

Familia sanciona el acoso sexual en su expresión de chantaje sexual con penas privativas de la libertad de tres a doce meses para quien lo cometa y con sanciones pecuniarias al patrono que no tome medidas para prevenirlo y evitarlo. Dichas sanciones van desde cincuenta hasta cien unidades tributarias (Arts. 19 y 22). También al ser considerado como una forma de discriminación fundada en el sexo, todas aquellas normas que abogan por la igualdad de oportunidades y de trato y contra la discriminación, son a su vez normas que prohíben el acoso sexual (Serna Calvo, 1994:39).

Respecto a las normas que combaten el acoso sexual existe una discusión en la actualidad derivada de las diversas situaciones en las cuales puede tener lugar. Concretamente, el acoso sexual tiene dos posibles vertientes o manifestaciones. En la definición propuesta por Husbands vendría a ser la “exigencia formulada por un superior, normalmente pero no siempre, de sexo masculino, a un subordinado suyo, normalmente pero no siempre, de sexo femenino, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o conservar ciertos beneficios laborales (...así como) aquellas incitaciones sexuales importunas, de una sollicitación sexual o de otras manifestaciones verbales, no verbales o físicas de índole sexual, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso” (Husbands citado por Carballo, 2000: 72). La primera manifesta-

ción se denomina acoso sexual *quid pro quo* (literalmente esto por aquello). En este supuesto, la actividad ilícita es jurídicamente un chantaje, lo que posibilita su sanción penal. En este caso, el hecho típico estaría compuesto por todas aquellas conductas de una persona que valiéndose de su poder de mando en la empresa, pretenda obtener favores sexuales bajo amenaza expresa o tácita de alterar las condiciones de trabajo o negar el acceso al empleo. La segunda manifestación ha sido englobada bajo el término de *hostigamiento sexual*, que refiere a un entorno de trabajo ofensivo y hostil, y no necesariamente está vinculado al acceso o mantenimiento del empleo o las promociones o ascensos laborales.

Este segundo tipo de conductas son tan o más frecuentes que el chantaje sexual, lo que ha llevado a que varias legislaciones lo contemplen expresamente. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aprobó en enero de 1992 la Recomendación General N° 19 sobre violencia contra la mujer, que define el acoso sexual de la siguiente manera (Aeberhard-Hodges, 1999: 550):

“17. La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres a violencia dirigida concretamente a ellas, por su condición de tales, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.

18. El hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibiciones de pornografía, y exigencias se-

xuales ya sea verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil” .

Una importante diferencia entre el acoso sexual *quid pro quo* y el hostigamiento sexual, es que este último para producirse no se requiere el elemento de situación de poder. El hostigamiento sexual lo pueden ocasionar pares del trabajador y, en este caso, el patrono es culpable de no remediar o evitar la situación.

En opinión de César Carballo, la legislación venezolana sólo ha regulado una vertiente del acoso sexual, el chantaje sexual. Dicha regulación presenta el inconveniente de que el uso que se hace de la locución *acoso u hostigamiento sexual* pareciera sugerir la idea de recurrencia o reiteración de actos, es decir, no susceptibles de perfeccionarse en un acto único. De ahí, que dicho autor considere que la regulación legal restringe las posibilidades de reparar plenamente a las víctimas de este tipo de conductas antijurídicas (Carballo, 2000).

En nuestra opinión, ambos tipos de acoso sexual están regulados, pero con técnicas y fines diferentes. Tanto el acoso sexual *quid pro quo* o chantaje sexual como el hostigamiento sexual o medio ambiente hostil están prohibidos por la Constitución de 1999, los tratados y convenios internacionales, la Ley de Igualdad de

Oportunidades para la Mujer y la Ley Orgánica del Trabajo. El chantaje sexual tiene una regulación como tipo penal y como supuesto de retiro justificado del trabajo. En los casos de hostigamiento sexual, el legislador no tomó un camino determinado para atacar este tipo de conductas, dejando un amplio campo a la acción de la jurisprudencia, a las regulaciones convencionales o a las medidas que pueda impulsar la Defensoría de la Mujer. Es importante destacar que en caso de chantaje sexual, las sanciones pecuniarias al empleador negligente están tasadas por ley. En cambio, en los supuestos de hostigamiento o medio ambiente hostil, el juez tiene plena libertad para imponerlas y también para sancionar al acosador, pudiendo pensarse en indemnizaciones pagadas por el patrono y por el o los acosadores. El hostigamiento sexual por ser una conducta inmoral en el trabajo, violatoria del deber de probidad es causal de despido justificado en nuestra legislación laboral.

La jurisprudencia nacional sobre acoso sexual es reciente y las demandas y sentencias por este hecho son escasas en el país. En este aspecto queda aún, por tanto, un largo camino por recorrer, pues incluso en otras jurisdicciones con más tradición en la persecución de este tipo de conducta anti-jurídica, los casos son pocos y los resultados han sido inciertos. Algunos comentaristas afirman que la jurisprudencia ha tardado mucho en fomentar la protección contra el acoso sexual en el lugar de trabajo. Otros consideran que el uso de la legislación

y los tribunales en vez de favorecer la lucha por la igualdad de las mujeres puede llevar a que los trabajadores hombres reduzcan al mínimo su trato con las trabajadoras a objeto de evitar acusaciones falsas (Aeberhard-Hodges, 1996: 575).

El acoso sexual es un tema clave para lograr la igualdad entre sexos y refleja las relaciones de poder en una sociedad. De ahí, que su erradicación del sitio de trabajo es parte de la lucha por lograr un puesto de trabajo en condiciones de igualdad con respeto a la dignidad del otro. Es parte de la democratización de las relaciones de poder en los centros de trabajo.

A Modo de Conclusión

1. La regulación constitucional permite avanzar en la obtención de la igualdad real. La acción positiva, la equidad de género en el acceso al empleo y la protección del trabajo del hogar posibilitan profundizar la democratización de los espacios sociales y por ende hacer más equitativa nuestra sociedad. La protección del trabajo del hogar se inscribe dentro esa tendencia democratizadora, que desde hace tiempo se manifiesta tanto en la actual concepción de la familia como en el mundo del trabajo. Hoy la consagración de varios derechos laborales, tales como el derecho a la información, a la participación en la gestión, el tripartismo y el diálogo social, posibilitan el ejercicio de la ciudadanía en los centros de trabajo. En la actual concepción de la familia, basada en el principio de igualdad y con

estructura horizontal, la valoración jurídica del trabajo doméstico no remunerado cambia y se lo visualiza como una actividad económica que crea valor agregado y es socialmente útil. De ahí, que quien ejecute esta labor tenga derechos laborales.

2. La protección de la maternidad y la paternidad son obligaciones estatales de igual rango, pues el cuidado de la reproducción de la especie es una responsabilidad social. Por ello, el texto constitucional establece prestaciones de la seguridad social para cubrir ambas contingencias. Ello posibilita la creación de un régimen de protección de la paternidad con derecho a licencia y estabilidad. Así, la seguridad social puede convertirse en una herramienta muy útil para avanzar en la obtención de la equidad de género en los mercados laborales.
3. La LIOM es sin duda el intento más acabado para avanzar en la equidad de género en las relaciones de trabajo. En primer lugar, esta ley ha ordenado remover todas las normas jurídicas que afecten la capacidad jurídica de la mujer. En segundo lugar, la orden no sólo se refiere a normas sino que abarca la existencia de circunstancia o situaciones fácticas que desmejoren la condición de la mujer, y en tercer lugar, el mandato legal también significa que se deben llenar los vacíos o deficiencias legales que obstruyan o nieguen la participación de la mujer. En

materia laboral, establece una serie de disposiciones legales destinadas a promover la plena incorporación de la mujer en el mundo del trabajo, pero que tienen la peculiaridad de que son directrices que no establecen derechos subjetivos y tampoco obligaciones en concreto de los órganos estatales o de los empleadores. Son lo que en doctrina se ha denominado normas programáticas, que contemplan una serie de deberes genéricos que deben ser desarrollados con regulaciones de casos específicos. Así, por ejemplo, la orden de remover obstáculo no tiene sentido sino se toman medidas concretas, como el establecimiento de mínimos legales para la contratación, preferencias en el ascenso, regulaciones de los problemas de la salud, condiciones especiales para la capacitación, entre otras.

4. Un régimen para los trabajadores con responsabilidades familiares es un complemento indispensable de la igualdad de oportunidades y de trato. Acá también encontramos directrices que deben ser desarrolladas.
5. Los instrumentos para lograr la igualdad son múltiples. En los mercados laborales, el diálogo social y la negociación colectiva tienen ventajas insuperables frente a los mecanismos heterónomos. Por ello, los principios constitucionales y legales que enuncian un camino para obtener la igualdad de oportunidades y de trato son un marco que puede tomar la

negociación colectiva para avanzar en la búsqueda de la equidad en el trabajo, aprovechando el hecho de que la acción positiva tiene rango constitucional en Venezuela.

Bibliografía

ALFONZO GUZMÁN, Rafael. "Las Presunciones Laborales". En: **Doctrina Comentada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social**. Colección Eventos N° 6. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2002.

AEBERHARD-HODGES, Jane. "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 3. Ginebra, Suiza. 1999.

—————. "Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 5. Ginebra, Suiza. 1996.

BADGETT, M.V. Lee y FOLBRE, Nancy. "¿Quién cuida de los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 3. Ginebra, Suiza. 1999.

BENERÍA, Lourdes. "El debate inconcluso sobre el trabajo no remunerado". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 3. Ginebra, Suiza. 1999.

CARBALLO MENA, César Augusto. "Aproximación al régimen jurídico venezolano del acoso sexual en las relaciones de trabajo". En: **Derecho Laboral Venezolano. Ensayos**. UCAB. Caracas, Venezuela. 2000.

CARNOY, Martín. "La familia, el trabajo flexible y los riesgos que corre la cohesión social". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 4. Ginebra, Suiza. 1999.

HEIDE, Ingeborg. "Medidas Supranacionales contra la Discriminación Sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 4. Ginebra, Suiza. 1999.

HEREDIA, María del Pilar y CABREARA, Betty. "El caso de las mujeres trabajadoras". En: **Pérez Perdomo, Rogelio Justicia y Pobreza en Venezuela**. Colección Tiempo de Venezuela. Monte Avila Editores. Caracas, Venezuela. 1987.

IRANZO, Consuelo y RICHTER, Jacqueline. "El tema de género en las convenciones colectivas en Venezuela". En: **Revista Venezolana de Gerencia**, N° 21, enero-abril. 2003.

JAIME, Héctor. "Las Disposiciones Fundamentales y los Sujetos en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo". En: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. **Análisis por sus Proyectistas**. Hernández Álvarez, Oscar (coord.) Barquisimeto, Venezuela. 1999.

LE GUIDEC, Raymond. "Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 6. Ginebra, Suiza. 1996.

NELSON, Julie. "Trabajo, sexo y división entre lo económico y lo social". En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 1. Ginebra, Suiza. 1998.

PLATENGA, Janneke y HANSEN, Johan. "Balance de la igualdad de

oportunidades en la Unión Europea”. En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 4. Ginebra, Suiza. 1999.

ROGERS, Janine. “Avances hacia la igualdad de género, pero “parciales e irregulares”. En: **Revista Internacional del Trabajo**, número 1. Ginebra, Suiza. 2000.

ZULETA DE MERCHANT, Carmen. “Título VI de la protección laboral de la maternidad y la familia”. En: **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Hernández Álvarez, Oscar (coord.). Barquisimeto, Venezuela. 1999.

ZULETA DE MERCHANT, Carmen. “La Protección de la Maternidad y la Familia en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo”. En: **Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Análisis por sus Proyectistas**. Hernández Álvarez, Oscar (coord.). Barquisimeto, Venezuela. 1999.

Legislación:

Constitución de la República de 1999.

Convenio N° 3 sobre la Protección de la Maternidad, 1919, ratificación registrada el 20-11-1994; Gaceta Oficial N° 118 Extraordinario del 04-01-1945.

Convenio N° 41 sobre trabajo nocturno (revisado), 1934, ratificación registrada el 20-11-1944; Gaceta Oficial N° 118 Extraordinario del 04-01-45.

Convenio N° 45, sobre el Trabajo subterráneo (mujeres), 1935, ratificación registrada el 20-11-1944; Gaceta Oficial N° 118 Extraordinario del 04-01-1945.

Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración, 1951, ratificación re-

gistrada el 10-08-1982; Gaceta Oficial N° 2.850 Extraordinario del 27-08-1981.

Convenio N° 103 sobre la Protección de la Maternidad (revisado), 1952; ratificación registrada el 10-08-1982; Gaceta Oficial N° 2.850 Extraordinario del 27-08-1981. Denunciado el 28-10-1985.

Convenio N° 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958; ratificación registrada el 03-06-1971; Gaceta Oficial N° 27.609 del 03-12-1964.

Convenio N° 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, 1983; ratificación registrada el 27-11-1984; Gaceta Oficial N° 3.309 Extraordinario del 03-01-1984.

Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Ley Orgánica del Trabajo.

Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Ley Orgánica para la Protección Integral del Niño y el Adolescente.

Ley del Seguro Social Obligatorio.

Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer.

Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Reglamento de la Ley del Instituto
Nacional de Cooperación Educativa.

Reglamento General de la Ley del
Seguro Social Obligatorio.

SERNA CALVO, María del Mar.
“Acoso sexual en las relaciones labo-
rales”. En: **Revista Relaciones La-
borales en América Latina -Cono
Sur (RELASUR)**. Nº 2. Oficina In-
ternacional del Trabajo- Ministerio
del Trabajo y Seguridad Social de Es-
paña. Montevideo, 1994.