

à l'implantation de l'éolien offshore (Laurence Marill); Les équipes militaires de protection embarquées et la lutte contre les actes illicites en mer : un nouveau défi pour le droit de la mer (Kiara Neri); "We Save them. Now What?": The Unresolved Question of Disembarkation of Rescued Persons at Sea (Efthymios Papastavridis); UNCLOS and emerging challenges in marine environment protection: the dismantling of end-of-life ships (Valentina Rossi); Maritime police and functional immunity in the recent Italian-Indian case (Teresa Russo); Los límites del enfoque de gestión zonal de la CNUDM y la generación de instrumentos complementarios para una gobernanza sostenible de la pesca. El proceso de reforma de los subsidios pesqueros en la OMC y en la UE (Carlos Teijo García). La última parte se adentra en el estudio de las nuevas realidades jurídico-marítimas. Dos temas de máxima actualidad, como son el conflicto de intereses entre los Estados ribereños y el resto de países en el océano Ártico (Polar waters between territorialization and internationalization) y la protección del patrimonio cultural subacuático (The protection of underwater cultural heritage: the case of Spain), son examinados por los profesores Tore Henriksen y Mariano Aznar Gómez, de las Universidades de Tromsø y Jaume I respectivamente. Se cierra esta cuarta parte con otras nueve comunicaciones cuyos autores y temas son: Un caso paradigmático de copartición de aguas portuarias: El régimen de navegación en los puertos de Melilla y Beni Enzar (Miguel Ángel Acosta Sánchez); La coopération régionale dans l'Arctique et l'approche fonctionnelle de la sauvegarde de la sécurité maritime (Andrea Caligiuri); El dispositivo de separación del tráfico marítimo en el Estrecho de Gibraltar (Miguel Ángel Cepillo Galvin); Non-Arctic States as Partners and Contenders of the Arctic Ocean: The Italy Case Study (Claudia Cinelli); La protection juridique des réseaux écologiques marins: compétences et implications du droit de la mer contemporain (Florence Galletti); Cuestiones de Derecho del Mar en las relaciones entre España, la UE y Marruecos: incidencia de los temas territoriales y de delimitación marítima (Inmaculada González García); La Zona Económica Exclusiva francesa en el Mediterráneo: causas y consecuencias de su creación (Victor Luis Gutierrez Castillo); Marine Scientific Research as applied to the Underwater Cultural Heritage (Elena Perez -Alvaro y Fernando Gonzalez Zalba); El Derecho del Mar y las aguas de Gibraltar (Jesús Verdú Baeza). Concluye finalmente el libro con unas conclusiones generales de la profesora Nathalie Ros. Consideramos, en suma, que estamos ante una obra de enorme actualidad integrada por un conjunto de contribuciones que analizan con rigor, desde diferentes perspectivas, las cuestiones más controvertidas relativas al Derecho internacional del mar. Contribuye pues este trabajo a lograr los objetivos que persigue la AssIDMer, esto es, promover la investigación y garantizar una mejor comprensión de este campo del ordenamiento jurídico internacional. Así pues, pensamos que se trata de una obra de referencia para todos aquellos estudiosos del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea que quieran conocer los cambios que se avecinan en la ordenación y gestión de los espacios marinos.

Enrique J. Martínez Pérez (1)

(1) Publicado en *Revista electrónica de Estudios internacionales*, nº 29, junio de 2015.

EL DERECHO AL ACCESO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE INCLUSIÓN. SU EFECTIVIDAD*

THE RIGHT TO EDUCATION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE CONTEXT OF INCLUSION POLITICS. ITS EFFECTIVENESS

*María Virginia Bertoldi de Fourcade***, *Patricia Stein****,
*Adriana Ester Raffaeli***** y *Andrea Isabel Fornagueira******

Resumen: Dentro del abanico de derechos con jerarquía constitucional es trascendente la tutela que debe dispensarse al grupo humano vulnerable que constituyen las “personas con capacidades diferentes o personas con discapacidad para lograr su “inclusión” integral a la sociedad; ello tiene su marco en los principios enunciados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad -aprobada en diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas e incorporada en el derecho argentino por ley 26378 (2008)-. Estimamos fundamental, para que se logre este objetivo de la inclusión integral a la sociedad de las personas con discapacidad, enfocar la cuestión desde el ángulo de la educación. Ello nos motivó a indagar si las normas y programas educativos creados con tales perspectivas gozan de validez formal y material, para luego comprobar su eficacia

* Trabajo presentado para su publicación el 10 de octubre de 2014 y aprobado el 19 de noviembre del mismo año.

** Abogada, Doctora en Derecho, Especialista en Educación Superior, Vocal de la Cámara de Familia de 1º Nominación; Profesora Titular de la Cátedra “B” de la asignatura Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

*** Abogada, Especialista en Educación Superior, Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Privado I y Profesora Asistente por concurso en la asignatura Derecho Civil I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Adjunta de la asignatura Civil I en la Universidad Blas Pascal.

**** Abogada, Especialista en Educación Superior, Profesora Adjunta de la asignatura I.E.C.A; Profesora Asistente en la asignatura Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Adjunta de la asignatura Introducción al Derecho en la Universidad Blas Pascal.

***** Abogada, Profesora Asistente por concurso de las asignaturas Derecho Privado I y Derecho Civil I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

y si las acciones que se desplieguen en su consecuencia, se adecuan a la problemática real.

Palabras clave: Derechos humanos - Discapacidad - Inclusión - Docente integrador.

Abstract: Within the range of rights with constitutional status is important to safeguard vulnerable human groups, which are "people with disabilities or people with different abilities", to achieve full inclusion of those groups in the society. This has its framework in the principles enunciated by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, approved in December 2006 by the UN General Assembly and incorporated in Argentine law by law 26378 (2008). We consider essential, for this purpose, approach the issue from the angle of education. This led us to investigate whether standards and educational programs created with such prospects enjoy formal validity and equipment, then verify their effectiveness and analyze whether the actions that are deployed in consequence, are adapted to the real problem.

Keywords: Human rights - Disability - Inclusion - Inclusive teacher.

Sumario: I. Introducción.- II. Objetivos perseguidos en la indagación.- III. Metodología y formas de trabajo durante la investigación.- IV. Consideraciones semánticas-conceptualizaciones.- V. Coherencia del marco jurídico y eficacia del sistema.- VI. Resultados generales de la indagación cuantitativa.- VII. Aspectos destacados de las entrevistas a expertos.- VIII. A modo de conclusión.- IX. Bibliografía.

I. Introducción

A partir de la incorporación a la Constitución Nacional, en 1994, de los instrumentos internacionales con validez supra legal que configuran el llamado "bloque de constitucionalidad", se ha instaurado un nuevo paradigma que transformó nuestro sistema jurídico, vigorizando los derechos humanos. Desde esta óptica, la actual directriz postulada por el constitucionalismo nos sitúa frente a un plexo de valores y principios fundamentales, los cuales no podemos desconocer como sociedad integradora. Dentro del abanico de derechos con jerarquía constitucional es trascendente la tutela que debe dispensarse al grupo humano vulnerable que constituyen las "personas con capacidades diferentes o personas con discapacidad" para lograr su "inclusión" integral a la sociedad; ello tiene su marco en los principios enunciados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad -aprobada en diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas e incorporada en el derecho argentino por ley 26378 [2008] (1).

Estimamos fundamental, para que se logre este objetivo de la inclusión integral a la sociedad, de las personas con discapacidad, enfocar la cuestión desde el ángulo de la educación; ello nos motivó a indagar si las normas y programas educativos creados con tales perspectivas gozan de eficacia y si las acciones que se desplieguen en su consecuen-

(1) CASADO, Demetrio, "Comentario crítico", en *Naciones Unidas, Reglas estándar sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, Lumen, Buenos Aires, 1996, p. 88.

cia, se adecuan a la problemática real, dentro de la educación escolar de nivel primario y medio. En efecto, las necesidades educativas especiales (NEE) no siempre pueden ser abordadas por los docentes comunes sin el apoyo de personas formadas para auxiliar en la integración; asimismo, los contenidos curriculares ordinarios pueden requerir ajustes, adaptaciones o simplificaciones que permitan al educando acceder al conocimiento, debiendo organizarse el contexto educativo para su apoyo personalizado sin descuidar la necesidad de superar barreras de orden material que también pueden conspirar con los objetivos de integración que se definen.

Este trabajo puede evidenciar si el derecho al acceso a la educación de las personas con discapacidades se ve obstaculizado y se pone en riesgo su efectivo ejercicio o, por el contrario, demostrar que en la realidad se asegura adecuadamente la satisfacción de las NEE para una completa inclusión social superada la primera etapa formativa.

II. Objetivos perseguidos en la indagación

En relación a los objetivos que nos propusimos alcanzar, distinguimos los siguientes:

Objetivos generales:

- 1) Verificar la coherencia de la norma de rango constitucional con el derecho interno.
- 2) Identificar las políticas públicas tanto a nivel nacional, provincial como municipal, que se llevan a cabo para asegurar la integración de las personas con discapacidad.
- 3) Identificar los problemas que imposibilitan o dificultan el cumplimiento de los objetivos previstos legislativamente.
- 4) Determinar si es necesario modificar los cursos de acción seguidos hasta el presente para garantizar el cumplimiento de los preceptos legales.

Objetivos especiales:

- 1) Determinar las alternativas y mecanismos que favorezcan a la efectiva integración e inclusión de la persona con discapacidad.
- 2) Identificar cuáles son las principales falencias a nivel de recursos materiales y humanos.
- 3) Releva el grado de implementación en escuelas de Córdoba de los programas existentes en los diferentes niveles, como así también el cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales existentes en la temática.
- 4) Analizar si existe coherencia entre los objetivos previstos legalmente y las reales necesidades de educación especial de los titulares del derecho y destinatarios de los cursos de acción estatal.
- 5) Evaluar si conforme la normativa vigente y los fines allí enunciados son adecuadas las acciones desarrolladas a nivel estatal conforme el entorno social-económico.

III. Metodología y formas de trabajo durante la investigación

Para llevar adelante el estudio que nos ocupa se elaboró un documento preliminar destinado a orientar en la conceptualización a fin de lograr la unificación de nociones básicas para iniciar la investigación, determinar sus fuentes y metodología; preestablecer

los instrumentos que se requerirían para realizar las entrevistas dirigidas a expertos, a funcionarios del área de educación a nivel provincial, y a docentes y a integradoras/es escolares de personas con discapacidad (fonoaudiólogas y psicólogas) y las encuestas auto-gestadas para obtener información del personal, jerárquico y docente, que se desempeña en los diversos establecimientos escolares de nivel primario y secundario consultados.

La investigación desarrollada puede calificarse como de tipo exploratorio y descriptivo. La metodología de recolección de datos y posterior análisis aplicada en este trabajo ha sido cualitativo-cuantitativo.

En una etapa, mediante la metodología cualitativa, se realizaron encuestas en profundidad a algunos actores claves de la realidad bajo análisis. Se efectuaron entrevistas a funcionarios del área específica y a profesionales que se desempeñan como integradores y servicios de apoyo.

En la fase descriptiva se recurrió a una técnica cuantitativa, mediante cuestionarios o encuestas formulando por escrito preguntas puntuales a individuos comprometidos con el fenómeno a estudiar. En esta etapa, el cuestionario fue estructurado, con preguntas en su mayoría cerradas y autoadministrado para ser recuperado ya completo. Previamente a la aplicación de los instrumentos de recolección de datos, que eran anónimos, se realizaron pruebas piloto a fin de validarlos. El método de muestreo fue de tipo probabilístico estratificado proporcional aleatorio. La población bajo estudio fueron las escuelas de la ciudad de Córdoba, primarias y secundarias, públicas y privadas. Para la muestra, se individualizaron en el mapa de la ciudad de Córdoba los barrios en los cuales se realizarían las encuestas, debiendo cumplir con los requerimientos de cuota de nivel y tipo de escuela por zona.

Sobre un universo de las escuelas primarias y secundarias públicas y privadas, se eligió una muestra con un nivel de confiabilidad del 95% y 10% de error +/- de 84 escuelas.

Sin embargo se superó la expectativa pues las encuestas fueron dirigidas a noventa y nueve [99] escuelas, de las cuales cincuenta [50] son de nivel primario y cuarenta y nueve [49] de nivel medio; cincuenta y una [51] son estatales y cuarenta y ocho [48] privadas. Las personas encuestadas fueron: 49 del cuerpo directivo y 50 docentes.

IV. Consideraciones semánticas-conceptualizaciones

Una sociedad que pretende estar abierta a nuevas modalidades de vida, a la aceptación y tolerancia a lo “diferente”, impone incluir sin discriminaciones negativas a las “personas con capacidades diferentes o personas con discapacidad”.

La reforma de la Constitución Nacional en 1994, que determinó el llamado “bloque de constitucionalidad”, ha vigorizado los derechos humanos y la exigencia de una realidad inclusiva desde una óptica integral. En este marco los derechos de las personas con discapacidad constituyen un tópico normativamente diferenciado.

En su consecuencia, la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, puso especial acento en principios rectores relacionados con la problemática y

aunque posterior a algunas regulaciones locales que se ocupaban del tema, tal perspectiva debe ser integrada a su interpretación.

Los principios, entonces, se incorporan al ordenamiento jurídico y ellos resultan coincidentes con lo que la sociedad legitima respecto de las personas con discapacidad; al ser ellas reconocidas como sujetos de derecho, deben involucrarse activamente en la vida social y reivindicar su dignidad, la autoestima, la igualdad y la no discriminación.

Desde esta perspectiva el modo de designar a las personas con discapacidad ha sufrido algunas variantes en el uso de la palabra y su carga emotiva. Si bien el lenguaje “no es inocente” no puede desconocerse la importancia que el uso común tiene como código de comunicación.

a) Designaciones utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico

- 1) La ley 22431 de Sistema de protección integral de los discapacitados [1981], en su art. 2º, ha considerado discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.
- 2) La ley 24901 de personas con discapacidad [1997], en su art. 9º: “entiéndase por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el art. 2º de la ley 22431, a toda aquélla que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables a su integración familiar, social, educacional o laboral”.
- 3) La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad [2006] (Asamblea General de Naciones Unidas); ley 26378 [2008], en el denominado Preámbulo, señala: inc. e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En su art. 1º, expresa: Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.
- 4) La Convención internacional sobre los derechos del niño (CDN 1989). Se refiere al “niño mental o físicamente impedido” (art. 23). No brinda un concepto, más se refiere expresamente a sus derechos.
- 5) La ley 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes [2005] utiliza la expresión “niñas, niños y adolescentes con “capacidades especiales”. El art. 15, se refiere a los sujetos que tienen derecho a la educación y en el último párrafo expresa “...las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los Organismos del

Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”.

- 6) La Ley Federal de Educación 24195 [1993]. Emplea dos denominaciones dentro de un mismo texto, a saber: a) “niños/as con necesidades especiales”; b) “alumnos con capacidades o talentos especiales”. En el art. 27 expresa: las Autoridades Educativas de las Provincias y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires coordinarán con las de otras áreas, acciones de carácter preventivo y otras dirigidas a la detección de niños/as con necesidades especiales. b) mientras que el art. 33 dice: las Autoridades educativas oficiales: organizarán o facilitarán la organización de programas a desarrollarse en los establecimientos comunes para la detección temprana, la ampliación de la formación y el seguimiento de los alumnos/as con capacidades o talentos especiales.
- 7) La Ley de Educación Nacional 26206 [2006] en el art. 42, dice: “...la educación especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. La educación especial se rige por el principio de inclusión educativa...”
- 8) En la provincia de Córdoba la Ley de Educación 9870 [2010], expresa en el art. 52: “...el Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba creará las instancias institucionales y técnicas necesarias para la adecuación, orientación y sostenimiento de la trayectoria escolar más conveniente de los alumnos con discapacidades -temporales o permanentes- en todos los niveles de la enseñanza obligatoria, así como también las normas que regirán los procesos de evaluación y certificación escolar...”

El art. 49, a su vez reza: Características. La educación especial es la modalidad del Sistema Educativo Provincial que comprende el conjunto de servicios, recursos y procedimientos destinados a garantizar el derecho a la educación de las personas con algún tipo de discapacidad, temporal o permanente.

- 9) La ley 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Córdoba [2011]. Se refiere a niños, niñas y adolescentes con “discapacidad”. Expresa el art. 18 en el inc. g): “...Las niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”.

b) Marco teórico desde los significados de los términos legales que describen la situación

- 1) Se ha considerado discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional. Según la Real Academia de la Lengua Española, alteración significa (del lat. *alteratio, -onis*) “Acción de alterar. Sobresalto, inquietud, movimiento de la ira

u otra pasión. Alboroto, tumulto, motín. Altercado, disputa. Estado de inquieta atención a lo exterior, sin sosiego ni intimidación. Se opone a ensimismamiento". En cambio, "alterar" (del lat. *alterare*, de alter, otro) se define como "cambiar la esencia o forma de algo; perturbar, trastornar, inquietar; excitar, enojar; estropear, dañar, descomponer".

- 2) También se hace referencia a "personas con deficiencias". La voz "deficiencia" (del lat. *deficientia*) alude a defecto (imperfección).
- 3) Por su parte, las normas también se refieren al "niño mental o físicamente impedido". La denominación "impedido", según la Real Academia de la lengua española, significa que no puede usar alguno o algunos de sus miembros. Deviene de "impedir" (del lat. *impedire*) que se refiere a "estorbar, imposibilitar la ejecución de algo".
- 4) También las regulaciones normativas se dirigen a niñas, niños y adolescentes con "capacidades especiales". La palabra "capacidad", en su segunda acepción, se refiere a "aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo". A su vez, "especial" es un término que proviene del lat. "*Specialis*" y alude a lo "singular o particular, que se diferencia de lo común o general". Se advierte que tales expresiones no ponen el acento en las dificultades; sin embargo, la "educación especial" es caracterizada por la fuente citada, como la que "se imparte a personas afectadas de alguna anomalía mental o física que dificulta su adaptación a la enseñanza ordinaria".
- 5) También la legislación que nos ocupa hace mención a los "alumnos con capacidades o talentos especiales". En tal caso la voz "talento", alude a "inteligencia, capacidad intelectual"; en su segunda acepción, se destaca que se trata de "aptitud", como capacidad para el desempeño o ejercicio de una ocupación"; noción que reitera la tercera acepción: "persona inteligente o apta para determinada ocupación".
- 6) La expresión "discapacidad" es la que más se encuentra en las regulaciones específicas y se vincula a la "cualidad de discapacitado". A su vez "discapacitado" significa que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) informa acerca del significado de "funcionamiento y discapacidad". "Funcionamiento" es un término genérico que incluye funciones y estructuras corporales, actividades y participación. Indica los aspectos positivos de la interacción de un individuo (con una "condición de salud") y los factores contextuales (factores ambientales y personales). "Discapacidad" es un término genérico, que incluye deficiencias en las funciones corporales y en las estructuras corporales, limitaciones en la actividad (capacidad) y restricciones en la participación (desempeño). Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una "condición de salud") y sus factores contextuales (factores ambientales y personales).

En este enfoque, la discapacidad es el resultado de la interacción del funcionamiento de una persona y el ambiente, siempre relacionado a una condición de salud.

Lo que parece más apropiado es que desde la visión jurídica, se busque una denominación que no posea implicancias discriminatorias; la más utilizada parte de la idea de discapacidad: “Dis” -(del lat. *dis-*), prefijo que significa ‘dificultad’ o ‘anomalía’, y se le agrega el de capacidad que tiene que ver con la aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo. Si bien podría hacerse referencia a personas con capacidades diferentes o personas de distintas capacidades, lo cierto es que el término discapacidad es el que más se ha difundido.

V. Coherencia del marco jurídico y eficacia del sistema

Partimos del concepto de validez jurídica otorgado por Martínez Roldán (2), quien expresa: “...Las normas que tienen un contenido compatible con las superiores en rango, y que reúnen esos requisitos de creación, poseen no solo existencia -validez formal- sino también fuerza obligatoria...”

Entendemos que nuestro sistema jurídico en el marco educacional en materia de discapacidad, posee validez tanto formal como material. Los principios generales de no discriminación, de inclusión, y de integración previstos en el bloque de constitucionalidad se encuentran plasmados tanto en las normas nacionales como provinciales. Esto nos lleva a afirmar que el ordenamiento luce coherente a la hora de hablar de educación para personas con discapacidad, y en todos los estamentos jurídicos se traslucen los principios constitucionales abarcativos del derecho a la educación de las personas con discapacidad.

1. Coherencia de las normas jurídicas que se ocupan de la cuestión

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad supone aceptar la “singularidad” y generar mecanismos que faciliten arribar hacia una vida plena, integral, igualitaria y feliz. Para ello, desde nuestra perspectiva, debemos analizar la coherencia y validez de las normas dentro del sistema jurídico.

- a. En primer lugar, en el orden constitucional se destaca la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ya citada, que estableció como principios el respeto de la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer, y el respeto de las capacidades en evolución de los niños con discapacidad (3). Para ello se establecen objetivos a llevar a cabo en el ámbito educacional (art. 24).

(2) MARTÍNEZ ROLDAN, Luis - FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

(3) VILLAVERDE, M. S., “La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)”, en *Clave de derechos civiles y políticos. Publicación especial sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Jurisprudencia Argentina 2008-III, 27/8/2008, Abeledo-Perrot, ps. 20-54.

También la CDN se pronuncia en contra de la discriminación de los niños (art. 2º, apart. 1º), y pone énfasis en la tutela de los niños con discapacidad para facilitar su inclusión en la comunidad, con derecho al acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo, las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible lo que debería darse en todos los niveles de educación (arts. 23 y 28).

Por lo tanto, del andamiaje normativo de raigambre constitucional se desprenden tres principios generales del derecho en materia de discapacidad: principio de no discriminación, principio de inclusión, y principio de integración en lo referente a educación.

- b. En orden a la legislación nacional se debe atender a Ley Federal de Educación 24195 que apunta a la detección de niños/as con necesidades educativas especiales para garantizar su atención desde ese momento; ello a fin de brindar una formación individualizada, normalizadora e integradora, orientada al desarrollo integral de la persona y a una capacitación laboral que le permita su incorporación al mundo del trabajo y la producción. Se persigue que la atención en centros o escuelas especiales sea superada para la integración a las unidades escolares comunes, con el personal especializado adoptando criterios particulares de currículo, organización escolar, infraestructura y material didáctico (arts. 27, 28 y 29).

El Acuerdo Marco para la Educación Especial Serie A-19 [1998], es un documento emitido por el Consejo Federal de Cultura y Educación que define los roles y funciones de la educación especial y procura estrategias de integración de alumnos con NEE a la escolaridad común.

Se dice que “Las necesidades educativas especiales son las experimentadas por aquellas personas que requieren ayudas o recursos que no están habitualmente disponibles en su contexto educativo, para posibilitarles su proceso de construcción de las experiencias de aprendizaje establecidas en el Diseño Curricular. Se instituyen: los servicios de atención y educación temprana con un enfoque interdisciplinario (y/o transdisciplinario) e intersectorial, con profesionales de otros sectores (especialmente salud y acción social), y con la participación activa de los padres; las escuelas especiales, brindarán prestaciones que no puedan ser dadas por la educación común y los servicios de apoyo a las instituciones de educación común y de la comunidad; servicios para la formación profesional, para la evaluación, orientación, adaptación y formación profesional de los alumnos con necesidades educativas especiales, que no puedan hacerlo en las instituciones de la educación común; la educación permanente, en tanto tenderá a facilitar los apoyos y servicios necesarios para que las personas NEE puedan continuar sus procesos formativos”.

La ley Nacional de Educación 26206 [2006] (Título 2, Capítulo VIII arts. 42, 43, 44 y 45) se refiere a la educación especial como una modalidad del sistema educativo; ello con el propósito de asegurar el derecho a la integración escolar de personas con discapacidades temporales o permanentes en todos los niveles y modalidades y favorecer la inserción

social de las personas con discapacidades, temporales o permanentes; dotar de personal especializado suficiente que trabaje en equipo con los/as docentes de la escuela común; asegurar la cobertura de los servicios educativos especiales, el transporte, los recursos técnicos y materiales necesarios para el desarrollo del currículo escolar; propiciar alternativas de continuidad para su formación a lo largo de toda la vida y garantizar la accesibilidad física de todos los edificios escolares.

Asimismo es pertinente referirnos a la ley 26061 de Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, que en su art. 3º señala que se debe respetar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el objetivo general de la ley es la efectiva satisfacción de sus derechos humanos pues, es en la infancia y adolescencia cuando deben adoptarse disposiciones de discriminación positiva que permitan superar las dificultades que, de otra manera, obstan a un desarrollo integral de las potencias de las personas con discapacidad.

c. En el orden provincial el tema “integración” es abordado por ley 9870 de Educación de la Provincia, siendo el Ministerio de Educación el encargado de crear las instancias institucionales y técnicas necesarias para la adecuación, orientación y sostenimiento de la trayectoria escolar más conveniente de los alumnos con discapacidades temporales o permanentes, en todos los niveles de la enseñanza obligatoria, así como también las normas que regirán los procesos de evaluación y certificación escolar. Asimismo, participará en mecanismos de articulación entre ministerios y otros organismos del Estado que atienden a personas con discapacidades, para garantizar un servicio eficiente y de calidad (art. 52). Por lo tanto, el sujeto pasivo obligado en materia de educación de personas con discapacidad es el Estado provincial. En el aspecto referido, la ley citada en su sección II, se ocupa de los “Derechos de las Personas con Discapacidad” y define la educación especial, como modalidad del sistema educativo, con resguardo del principio de inclusión (art. 49). Este principio asegura la integración de los alumnos con discapacidades en todos los niveles según las posibilidades de cada persona. La escuela especial, por su parte, debe asegurar una atención multiprofesional a quienes, por su problemática específica no puedan recibirla de la escuela común (art. 50). Además, la misma norma, incluye la cláusula de garantía para su cumplimiento. En consonancia con las disposiciones nacionales el Ministerio de Educación dispondrá las medidas necesarias para: a) Posibilitar una trayectoria educativa integral que permita el acceso a los saberes tecnológicos, artísticos y culturales; b) Contar con el personal especializado suficiente que trabaje en equipo con los docentes de la escuela común; c) Asegurar la cobertura de los servicios educativos especiales, el transporte, los recursos técnicos y materiales necesarios para el desarrollo del currículo escolar; d) Propiciar alternativas de continuidad para su formación a lo largo de toda la vida, y e) Garantizar la accesibilidad física de todos los edificios escolares (art. 51). Asimismo se afirma que la organización curricular e institucional de la educación de jóvenes y adultos responderá como criterio a “...Promover la inclusión de la población adulta mayor y de las personas con discapacidad temporales o permanente...”

Por su parte, la ley 9944, al tratar el derecho a la educación, expresa que “...Las niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen todos los derechos y garantías consagra-

dos y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”.

Esta norma provincial reafirma el principio de no discriminación en el orden educacional y propugna la integración social al responsabilizar del desarrollo de los potenciales de los sujetos, al Estado, la familia y la sociedad en general.

La resolución ministerial 1114/2000 de aplicación a las escuelas de la provincia dispone que toda certificación final de estudios de alumnos con NEE, integrados al nivel inicial y primario a los que se les hayan implementado adecuaciones curriculares significativas, esté acompañada por una leyenda y por un informe (parcial o final) de competencias adquiridas debidamente cumplimentado por la dirección del centro educativo interviniente.

La resolución ministerial 635/2008, ampliatoria de la anterior, apunta a los alumnos con NEE que estén cursando el nivel secundario (Ciclo Básico o Ciclo Orientado) cuando se encuentren en la situación anterior y señala que también la certificación final deberá acompañarse de una leyenda y de un informe de las competencias adquiridas que describa de manera sintética la trayectoria escolar, la integración social y el proceso de aprendizaje.

La resolución ministerial 33/2001 dispone que las escuelas especiales de la provincia de Córdoba dependientes de la Dirección General de Regímenes Especiales (DGRE) y eventualmente el Programa de “integración escolar y diversidad”, realicen tareas inherentes al diagnóstico de orientación escolar, apoyo y orientación a docentes y padres para la integración de alumnos con NNE a la escuela común a través de un equipo de profesionales; a tal fin “Las escuelas de educación especial asignarán a tiempo completo y de la planta de personal del establecimiento, como mínimo un docente que cumpla las funciones de apoyo, manteniendo su dependencia orgánica de la Escuela Especial”.

La resolución 667/2011 del Ministerio de Educación es de aplicación actual en materia de discapacidad y dispone que el Estado Provincial garantizará el proceso de integración, en el ámbito de la escuela común, de los alumnos que presenten necesidades educativas derivadas de la discapacidad, sea con carácter permanente o temporal; a cuyos fines disminuirá y/o eliminará toda barrera física, ambiental y de organización institucional que lo impida o entorpezca (art. 2º).

La integración debe darse en escuelas estatales y en escuelas privadas o institutos privados donde se impartan educación obligatoria (art. 3º). Por otra parte, se expresa que el agente integrador, será un maestro de grado de enseñanza especial -código 3-455- dependiente de una escuela de modalidad especial de gestión estatal o privada. Cumplirá sus funciones atendiendo un número de alumnos integrados no mayor a diez [10]. Asimismo, “Cuando las tareas de apoyo al proceso de integración sean brindadas por profesionales particulares y/o dependientes de centros privados y ONGs, el seguimiento de los mismos estará a cargo del Equipo Directivo y de Supervisores de las escuelas correspondientes, contando con la cooperación del Programa de Integración Escolar y

Diversidad de la Dirección General de Planeamiento e Información Educativa y de las Escuelas Especiales dependientes de la Dirección General de Regímenes Especiales y de la Dirección General de Institutos Privados de Enseñanza (art. 9º). Los particulares y/o instituciones que intervengan en el ámbito de la educación formal deberán suscribir previamente un convenio donde se establecerán las condiciones en que prestarán los servicios y los requerimientos del establecimiento educativo”.

Cabe destacar la implementación en la provincia del Programa integración escolar y diversidad [2010] ya mencionado, por parte de la Dirección de Planeamiento e Información Educativa de la Subsecretaría de Promoción de Igualdad y Calidad Educativa que depende del Ministerio de Educación, cuyos objetivos generales son: 1) Brindar asesoramiento y orientación técnica a Instituciones de los diferentes niveles y modalidades del Sistema Educativo, con referencia a los procesos de integración e inclusión de estudiantes que presentan necesidades educativas especiales; 2) Promover la creación de redes interinstitucionales e interministeriales, como así también entre y con otros organismos no gubernamentales; 3) Brindar capacitación en concordancia con los criterios que delinea la política educativa actual en relación con los procesos de integración escolar.

En las diferentes legislaciones del resto del país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se advierten dos líneas de legislación que se orientan a estructurar el acceso a la educación de niñas, niños y adolescentes con capacidades diferentes. Una de estas líneas está receptada en las leyes que adhieren o regulan el sistema integral de protección de las personas discapacitadas de la ley 22431 [1981] y ley 24901; por lo tanto dichas leyes provinciales, en su mayoría, datan de la década de 1980 y de 1990, salvo algunas excepciones que se adhieren con posterioridad o dictan las leyes pertinentes a partir del año 2000 (como San Juan en el 2008, Tucumán en el 2007, Misiones en el 2006, Jujuy adhiere a la ley 22431 en el 2003, La Pampa en el 2005 y Río Negro en el 2011).

Dichas normativas provinciales hacen una regulación general de la función de los ministerios u organismos que tienen a su cargo el diseño y la implementación del sistema educativo, estableciendo algunos principios generales que se repiten en casi todas las jurisdicciones, tales como:

- Integrar a los educandos en la estructura de enseñanza común y cuando ello no sea posible, deberá ser incluido en programas de educación especial.
- Incorporar las innovaciones tecnológicas para facilitar a las personas con necesidades educativas especiales el acceso al sistema.
- Formar personal docente y profesionales especializados para todos los grados educacionales de los discapacitados, promoviendo los recursos humanos necesarios para la ejecución de los programas de asistencia, docencia e investigación en materia de rehabilitación.
- Implementar sistemas de detección de los educandos con discapacidad, y su orientación a los diferentes niveles y modalidades, tendientes a su integración al sistema educativo común.
- Implementar planes y programas de atención educativa en centros educativos terapéuticos o escuelas de atención hospitalaria.

- Establecer sistemas de detección y derivación de los educandos con discapacidades, y reglamentar su ingreso obligatorio y egreso de los diferentes niveles y modalidades, tendiendo a su integración al sistema educativo corriente.

En todas estas legislaciones provinciales se ha acogido el principio de favorecer la integración de las personas con discapacidad en escuelas comunes, salvo que se necesite una mayor atención y no sea conveniente para los alumnos con discapacidad que se insertaran en las escuelas de modalidad especial. A pesar de que se favorece la integración en las escuelas comunes, no se ordenan cambios curriculares ni una re-estructuración de la currícula en general, sino que algunas legislaciones indican que se deberá hacer en cada caso concreto. En Entre Ríos (ley 9891), se establecen como función del Consejo General de Educación promover la formulación de programas y adaptaciones curriculares que atiendan las necesidades educativas especiales y los garantizará, en todos los niveles de intervención, incluyendo los proyectos educativos institucionales. En este mismo sentido, la provincia de Chaco (ley 6477) ordena el establecimiento de currículas flexibles y diversificadas que permitan la inclusión en el trayecto educativo obligatorio de las personas con discapacidad y también, adecuar la infraestructura de las instituciones educativas a fin de asegurar la accesibilidad, permanencia y circulación de las personas con discapacidad. En la provincia de San Luis, con una de las legislaciones más nuevas (ley I-0802-2012), se instituye que los establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular, deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias para permitir y facilitar a las personas que tengan necesidades educativas especiales, el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles la enseñanza complementaria que requieran, para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema, tales como oficialización de lenguaje de Señas, Sistema Braille, y todo tipo de software educativos.

Algunas jurisdicciones, como por ejemplo San Juan (ley 7850) y Chaco (ley 6477) otorgan becas por escolaridad a personas de escasos recursos, cualquiera sea su edad, que presenten capacidades especiales acreditadas y que no gozaren de otro beneficio, para solventar los gastos que demande el ingreso y/o permanencia en el sistema común o especial de educación, como su capacitación laboral y/o profesional. En otras leyes, se prevé el acceso a la educación en periodos de hospitalización cuando se esté imposibilitado para asistir temporalmente a un centro educativo, con la finalidad de continuar el programa de estudios (Entre Ríos, Chaco).

En conclusión, en esta línea que regula el acceso a la educación de las niñas, niños y adolescentes a través de las leyes del sistema de atención integral a las personas con discapacidad, amplía lo dispuesto en las leyes nacionales 22431 y 24901.

La otra línea en la que se inserta el derecho a la educación de los alumnos con discapacidad en la legislación provincial, está dada por las leyes de educación de cada jurisdicción. Estos cuerpos legales se han modificado a partir de la sanción de la Ley Nacional de Educación 26206 para receptor sus principios; la mayoría de las provincias han receptor lo dispuesto en los arts. 42 a 45 a partir del año 2006. De este modo, el principio de esta ley, por el que la Educación Especial brinda atención educativa en to-

das aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común, se encuentra en todas las leyes provinciales de educación. Así se recepta que la “educación especial” es una “modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del sistema educativo... brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común” (art. 42). Además, todas las normativas provinciales se rigen por el principio de inclusión educativa.

Muchas jurisdicciones han establecido los objetivos de la educación especial, entre los que podemos destacar:

- Garantizar una educación que asegure los derechos de igualdad, inclusión y justicia social de todos los niños/as, adolescentes, jóvenes y adultos con discapacidades temporales o permanentes (La Rioja, ley 8688).
- Promover la participación de las personas con discapacidad en la sociedad, el desarrollo de su personalidad, creatividad y talentos para la construcción de la igualdad y el valor personal (La Rioja, ley 8688).
- Aportar propuestas curriculares a la educación común que garanticen los derechos de igualdad, inclusión, calidad y justicia social de todos/as los/as niños/as, jóvenes y adultos con discapacidades temporales y/o permanentes de la comunidad educativa (La Pampa, ley 2511).
- Tender a una capacitación laboral que les permita su inserción en el medio social y del trabajo (Tierra del Fuego, ley 159).
- Plantear articulaciones de las instituciones y los programas de formación específica de todos los niveles y modalidades educativas con aquellos ámbitos de la ciencia, la tecnología, la producción y el trabajo que puedan aportar recursos materiales y simbólicos para el completo desarrollo de la educación especial (Santa Cruz, ley 3305).

En definitiva, en las legislaciones del resto del país, tanto las leyes que establecen el sistema integral de atención a las personas con discapacidad y las leyes de educación, diseñan a la educación especial como una modalidad del sistema educativo a la que se debe recurrir en caso que el sistema común no pueda brindar el apoyo necesario a las personas con discapacidad. Sin embargo la mayoría de las legislaciones provinciales no prevén una adaptación de la currícula ni de las estructuras edilicias (salvo la provincia de Chaco), por lo que la adaptación va a depender más de la persona con la discapacidad que de la estructura organizativa de la escuela. Por último, también debemos resaltar que ninguna legislación contiene disposiciones especiales para niños, niñas y adolescentes, ya que la totalidad de las leyes están redactadas sin referencia a edades ni a la especial consideración de los derechos de la ley 26061.

2. La efectividad de las normas se verifica en la realidad

El sistema puede ser válido pero ello es distinto a asegurar que las normas previstas para la inclusión e integración se hacen efectivas; tener derechos es una condición necesaria pero no es suficiente. La efectividad normativa, supone “...La búsqueda de

nuevos caminos con el intento de alcanzar el derecho vivo, el derecho concreto de una sociedad, nos conduce a una nueva perspectiva o visión sobre la validez entendida como vigencia social o práctica de la norma. Eso que sociólogos y juristas llaman la eficacia del derecho....aquí lo decisivo no es el estudio del derecho vigente, sino el conocimiento del derecho que efectivamente regula la conducta de una sociedad determinada, por ser el realmente vivido y acatado por los destinatarios..." (4).

VI. Resultados generales de la indagación cuantitativa

De la indagación realizada en las escuelas públicas y privadas, tanto primarias como de nivel medio, se concluye que, en los últimos cinco años, el 96% de ellas han recibido alumnos con discapacidad. En más de la mitad de los casos (el 57%) la discapacidad padecida ha sido permanente; las discapacidades detectadas fueron, en orden decreciente, cognitivas, motrices, auditivas, visuales y otras. En el 43% de los casos se ha señalado que se admite más de un alumno por curso y han permanecido todos o la mayoría en la institución educativa avanzando en los distintos ciclos lectivos en un 69%, con un 47% de alumnos que no han repetido año.

A la fecha de las encuestas se respondió que asisten alumnos con discapacidad en el 92% de los establecimientos, teniendo, en el 68% de los casos entre uno y cinco niños en cada escuela. Si bien se señala en la mayoría de los supuestos (77%) que han ingresado todos los alumnos con necesidades especiales que lo solicitaron de manera directa, al desagregarse el dato se advierten que han existido inadmisiones. Las razones dicen no conocerse en un alto porcentaje pero las que se identifican se refieren a exceso de alumnos, alto grado de discapacidad en el postulante, falta de infraestructura (material y personal). En general, se ha señalado que los alumnos con discapacidad han avanzado en los diversos ciclos educativos y que han existido sólo algunos repitentes.

Desde lo normativo, el 72% de los consultados dijeron conocer el Programa "Integración Escolar y Diversidad" del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba y el 74% las Resoluciones Ministeriales existentes sobre la materia, pero en proporción similar (79%) no se conoce el cuadernillo "Reflexiones para compartir, una invitación para pensar(se) cada uno en su práctica" del Ministerio de Educación de la Provincia; en cuanto al conocimiento del espacio específico en la página Web de la Subsecretaría de Promoción y Calidad Educativa en la que se brinda información sobre el Programa el porcentaje de conocimiento disminuye al 57%. Quienes lo conocen expresan que les ha sido de utilidad en un porcentaje del 65%.

El trabajo en forma articulada con los servicios educativos de modalidad especial para consensuar el sistema de apoyo más conveniente para cada alumno con discapacidad, la cooperación es más significativa en el área primaria y estatal -72% con relación al 42% de las escuelas de nivel medio y las privadas-. Entre las medidas de apoyo para los alumnos con NEE se identificaron, en porcentajes decrecientes, el docente integrador, la adaptación curricular, la asistencia del gabinete interno, los acompañantes terapéuticos

(4) MARTÍNEZ ROLDÁN, ob. cit., p. 146.

y la reducción horaria. Más de la mitad de los consultados destaca que se promueven en la institución educativa otras actividades de integración como, por ejemplo, eventos deportivos, culturales, etc. y se utilizan las tecnologías educativas para apoyar los aprendizajes de alumnos con discapacidad.

Se expresó contar con docentes de apoyo para la integración de alumnos con discapacidad en más del 70% de los establecimientos consultados, sin distinciones entre públicos y privados, en ambos niveles. Las actividades que desarrollan los docentes integradores tienen que ver con ayudar a los docentes y a los alumnos dando instrucciones dentro y fuera del aula. Es notable destacar que el mayor porcentaje de los docentes de apoyo son particulares y no designados por el Estado. Por otra parte, es significativo que el 70% de los docentes de las instituciones consultadas dijeron no haber recibido capacitación sobre educación inclusiva para alumnos con discapacidad, y quienes lo han hecho, mayoritariamente en forma privada, ha sido como resultado de iniciativas obligatorias (48%) y en menor proporción obedeciendo a estímulo voluntario (40%).

El diagnóstico inicial para determinar la modalidad educativa del alumno con necesidades especiales, tiene fuentes diversas (profesionales y técnicos del Área Central de la Dirección de Registros especiales y del Programa de integración escolar, o docentes del mismo establecimiento o de las escuelas especiales o ya llegan con el diagnóstico realizado).

La evaluación del proceso de integración de los alumnos con necesidades educativas especiales que concurren al establecimiento se produce con distintas frecuencias de modo que no parece haber un único criterio y en una amplia mayoría de los casos se elabora un informe de las competencias adquiridas de los alumnos con necesidades educativas especiales aunque con diferentes modalidades. En el 90% de las respuestas se señaló que se trabaja en forma conjunta con la familia del educando. Es significativo que pese al mandato legal, más de la mitad de los establecimientos tanto públicos como privados (59%) no han realizado adecuación física del edificio para brindar mayor accesibilidad a los alumnos con algún tipo de discapacidad.

VII. Aspectos destacados de las entrevistas a expertos

1. Funcionarios del área específica

- a. De la entrevista a la Subdirectora de Educación Especial del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba, pudo concluirse que los datos estadísticos con los que se cuenta, se refieren solamente a las personas con discapacidad que están insertas en el sistema, no sobre el total de la población. En cuanto a los docentes, se señala que se conoce cuántos son los docentes integradores, maestros de grado, especialista en artística, en educación física, etc., lo que se calcula más o menos en 139 en toda la Provincia. Por “docentes integradores” o de “apoyo a la integración” se conoce a quienes salen de la escuela especial a atender a alumnos en la escuela común; sin embargo se destaca que el verdadero integrador es el docente del aula. Las personas que realizan integraciones

deben ser primero docentes con cierta formación en función de la mirada de la discapacidad; especialista en educación especial ya sea en discapacidad visual, en sordos; se entiende que puede haber psicólogos u otros profesionales, pero en forma supletoria; el título que conforma el perfil es el de docente de base con especialización en la discapacidad.

El costo de las maestras integradoras lo asume la Provincia, a través del Ministerio de Educación, más allá de que puede haber otras instituciones que también participan. La funcionaria ha informado que todas las escuelas tienen de dos a tres cargos de integradoras.

También se indicó que las obras sociales lo cubren y eso está regulado por el APES (Asociación de Programas Especiales del Ministerio Nacional de Desarrollo Social del área de discapacidad). Esta cuestión también determinó comentarios respecto de los inconvenientes con las coberturas de las obras sociales.

Se hace hincapié en la capacitación (Instituto Cabred y desde la Subsecretaría en el área de “atención a la diversidad”; de la UEPC, de la Ademes; equipo técnico de profesionales que viajan dando talleres, etc.).

Se señaló que se enfoca la cuestión desde un paradigma de acompañamiento en la escuela común con un perfil diferente del puramente médico y que quien coordina, acompaña, lidera, orienta el proceso de integración es el Director de la escuela. Se indica que se hacen seguimientos sobre los estudiantes con integración en la escuela común y en la especial. Se destacó la existencia de un convenio entre la familia, la escuela común y la escuela especial para poder iniciar un proceso de acompañamiento de un alumno con discapacidad para integrarlo a la escuela común; se recurre a protocolos y formularios (“DIAL” o Documento Individual de Integración) en el que constan las necesidades, potencialidades y adecuaciones con un seguimiento permanente por la docente de apoyo y por el equipo técnico. La Provincia se divide en zonas escolares asignándole una escuela especial a cada una. Debe distinguirse las personas con discapacidad, de quienes padecen otros problemas. Hay escuelas que no reciben chicos con discapacidad por la resistencia que provoca la diferencia; tiene que ver con políticas educativas pues las escuelas deben ser inclusivas, lo que se está logrando muy lentamente. Todo alumno tiene derecho a comenzar su trayectoria escolar en cualquier escuela sin perjuicio de dar acompañamiento por la discapacidad. Cuando la situación es sumamente compleja y necesita una configuración de apoyo mucho más compleja, el mejor espacio puede ser la escuela especial pero se está tratando de romper con las clasificaciones rígidas según las discapacidades. Se procura flexibilizar el concepto de diagnóstico pues viene del campo de la salud; prefiere hablarse de “valoración pedagógica” con miras a determinar el mejor espacio para el alumno. La mejor valoración la hace el docente de grado; si hay que profundizar se pone el equipo especializado. No se determina un cupo de estudiantes con discapacidad sino que varía de acuerdo al grupo.

- b. De la entrevista a la Directora de discapacidad de la Dirección de jurisdicción discapacidad del Ministerio de Desarrollo social de la Provincia de Córdoba resultó un estimado de 7000 alumnos integrados en la Provincia, y en Córdoba Capital 2500.

Se utiliza la expresión “alumnos con necesidades educativas especiales derivadas de la discapacidad” (ANEDLD). Las estadísticas no son precisas porque se confunde discapacidad con otros problemas. La integradora es sólo una prestadora para la discapacidad. El costo de estas maestras integradoras debe ser cubierto por las obras sociales (ley 24901, Ley de Prestaciones Básicas) cumplidos ciertos requisitos y si no, lo debe cubrir el Estado. La Provincia de Córdoba se hace cargo a través de un programa para cubrir las prestaciones básicas de los que no tengan obra social, hasta que le pague la pensión no contributiva de las personas con discapacidad sin recursos económicos para solventar sus gastos. Existe una nueva resolución del Ministerio de Educación, en adhesión al plan federal de educación que hace que el Estado tome más participación. Hay dos tipos de integración: el centro de apoyo escolar, que es lo que tienen que reconocer las obras sociales y un centro educativo terapéutico; de ahí se envían las integradoras a las escuelas. Hay un equipo (fonoaudióloga, psicóloga, psicopedagoga) que arman la propuesta de educación integral. El Ministerio ha fijado un convenio en convivencia donde se fijan roles. Las adecuaciones curriculares las hace la director/a de la escuela. No existiría una base de datos actualizada de maestras integradoras, aunque el Ministerio de Educación tiene una lista, que se le entrega a la familia que contrata una integradora para que pueda encontrarla en ese listado. Los directivos tienen la obligación de ingresar a los niños a la escuela y después se evalúa si se requiere apoyo; se está monitoreando el cumplimiento y los padres saben que pueden reclamar y está el INADI acompañando mucho lo que es inclusión educativa. Si el niño necesita un apoyo pormenorizado tal vez lo mejor sea la escuela especializada o un centro educativo terapéutico (CET), que está pensado para alumnos que requieren un equipo de profesionales, de manera diaria donde lo terapéutico está fuertemente puesto en la rutina. En la escuela especial, el equipo técnico trabaja de manera grupal, en el CET es individual. En una inclusión educativa es la escuela la que tiene que crear los espacios educativos. En cuanto a la legislación se dice que tenemos muchas leyes de dudoso cumplimiento.

2. Entrevistas a profesionales que se desempeñan como integradores y servicios de apoyo

Se realizaron entrevistas dirigidas a siete [7] personas (6 psicólogos y 1 fonoaudióloga especialista en educación especial) que trabajan como integradores.

En general se destacaron las ventajas de realizar las integraciones de niños con discapacidad, en las escuelas públicas y privadas y se señalaron como tales que no suma actividades extraescolares (concurrir a la fonoaudióloga, psicóloga, psicomotricista, etc.); asegura la equidad y accesibilidad social, favorece la relación con otros niños y la comprensión y apoyo a quien tiene NEE; a los niños con integración les amplía la mirada al compartir con otros (pares y adultos); no recibe rechazo y aislamiento sino comprensión y ayuda para desarrollar su potencial; ello fomenta el aprendizaje de otros modos de conducta y expresión de emociones e incorporan a su rutina las reglas de la institución, siempre dentro de sus posibilidades; es una oportunidad para desarrollar habilidades sociales, al acceder a un ambiente de normalidad. Se destaca que la escuela

privada tiene más posibilidades de realizar adecuaciones de infraestructura y contar con equipo pedagógico.

Como desventajas se señaló que puede resultar estigmatizante para el niño tener un “maestro exclusivo”; la falta de formación del personal de las escuelas con relación a las integraciones (no saben para qué sirven, los objetivos, ni su rol); la carencia de espacio físico preparado (rampas, bancos, baños, etc.); algunas veces las discapacidades resultan perjudiciales para el resto de los alumnos (por ejemplo, en niños muy violentos). En las escuelas públicas se procura encontrar solución al problema; en el ambiente privado, si la educación se convierte en una mercancía, el niño deja de importar. Se suele desconocer la diferencia entre integrar e incluir. Integrar significa que el chico debe adaptarse a lo instituido a modo de homogeneizar la clase. El paradigma de la inclusión se nutre de la diferencia, convive con ella y se beneficia, aceptándola y sin querer cambiarla.

Las diferentes discapacidades se abordan según las dificultades y potencialidades de cada niño desde un trabajo interdisciplinario, con supervisiones semanales, escuchando los pedidos de la escuela y los docentes, y orientando en cuanto a la posibilidad real de cumplirlos pero depende de la institución y sus autoridades. Se destaca que el trabajo en las habilidades sociales debe hacerse constantemente y de acuerdo a la discapacidad se realizan adecuaciones ya sea de acceso a la currícula no significativas o curriculares propiamente dichas que son significativas.

Se señala que no se logra siempre trabajar en equipo para realizar la planificación y adaptación de la currícula y las hace la integradora sola, por lo que no se cumple con la pertinente resolución a la hora de adaptar conjuntamente con el integrador. Que es necesario el acuerdo con la Dirección de la institución educativa, respecto a qué se necesita de los integradores y que cuando hay coincidencias, no hay dificultades con el trabajo con los docentes.

El involucramiento de la familia en el proceso de integración se produce informando lo que se va trabajando, los avances o dificultades y también algunas pautas para que se acompañe en el hogar lo que se está realizando con el niño; ello produce resultados beneficiosos para el educando. Sin embargo el trabajo del integrador no es “milagroso” pues el niño pasa la mayor parte del tiempo con su docente, compañeros y familia. Ésta transmite su emocionalidad y si no está de acuerdo, el niño presentará dificultades tanto de aprendizaje como de comportamiento. Se firma el acta acuerdo para la integración, donde la escuela establece las condiciones que deben cumplir cada una de las partes involucradas y en reuniones periódicas se informa sobre el proceso de integración, se escucha la impresión de los padres y, si es necesario, se modifican las estrategias para que el niño avance.

VIII. A modo de conclusión

Esta indagación ha demostrado que, en principio, no hay mayores inconvenientes en cuanto a la admisión de alumnos con capacidades especiales en los establecimientos, tanto primarios como secundarios, quienes en un alto porcentaje permanecen en la institución educativa avanzando en los distintos ciclos lectivos.

Sin embargo, se destacan algunas necesidades formuladas por los consultados:

- Contar con equipos técnicos y maestros integradores en los establecimientos, para trabajo continuo.
- Se hace hincapié mayoritariamente en la falta de capacitación y orientación por parte de las escuelas a las maestras que reciben alumnos con NEE, lo que determinaría resistencia en los docentes por sus prejuicios frente a la inclusión por falta de herramientas para afrontar la situación. Pero también se ha planteado la falta de compromiso para planificar conjuntamente con el docente integrador cuando directores o docentes de grado no aceptan intercambiar conocimientos en beneficio del niño.
- La carencia de diagnósticos precisos y en otros casos las propias familias no colaboran con las indicaciones del equipo y carecen de compromiso al no aceptar sus dificultades.
- La falta de remuneración acorde a los honorarios profesionales establecidos; las obras sociales, que no pagan a tiempo lo que hace que la rotación sea muy alta, con trabajo a desgano pese a la complejidad de la actividad.
- En cuanto a las modificaciones a nivel legal o de políticas públicas que se estimaría necesario implementar, se hace hincapié en las deficiencias del funcionamiento de las obras sociales y los entes encargados de cubrir las prestaciones, más que en la falta de legislación, en la falta de información respecto a los derechos de los alumnos con NEE y las carencias en la capacitación en la materia en todo el personal docente, directivo y no docente para que se efectivicen en la realidad las pautas legales.
- Es significativo que se destaque en las encuestas y en las entrevistas a las integradoras la falta de formación y muchas veces de actitud frente a la inclusión en la escuela común. Pese a las formulaciones realizadas, sin embargo entre las observaciones de los encuestados se destacó la carencia de estas docentes integradoras en forma permanente en las escuelas. La falta de capacitación regular también se señaló como una falencia en las encuestas y en las entrevistas a quienes se desempeñan en la integración aunque desde el pensamiento institucional se ha puesto énfasis en que el docente de la clase y las autoridades de la escuela deben fijar las pautas para la integración o inclusión lo que supone previa formación.

Finalmente, del análisis realizado se desprende la coexistencia de tres realidades, según desde el punto de vista desde donde se mire:

- 1) Los encuestados en las escuelas, tanto públicas como privadas y de ambos niveles, se ha mostrado muy complacidos con la inclusión de alumnos con necesidades especiales dentro de su universo escolar.
- 2) Sin embargo, al analizar las entrevistas a las integradoras, encontramos que su queja principal se centra en que la maestra a cargo del grado se desentiende del alumno discapacitado y les traslada toda la responsabilidad, con lo que se ve desnaturalizada su propia función, que debiera ser la de acompañamiento y apoyo.

- 3) Por último, las autoridades provinciales muestran al sistema como en pleno funcionamiento, con algunas -muy pocas, en realidad- dificultades en su realización.

IX. Bibliografía

- BLAXTER, L., HUGHES, C. & TIGHT, M., *Cómo se hace una investigación*, Barcelona, 1ª ed., Gedisa, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- CASADO, Demetrio, *Ante la discapacidad. Glosas iberoamericanas*, cap. 7, Lumen, Buenos Aires, 1995.
- CASADO, Demetrio: "De la integración a la calidad de vida" en SETIÉN SANTAMARÍA, María Luisa, *Ocio, calidad de vida y discapacidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.
- CASADO, Casado, "Comentario crítico", en *Naciones Unidas, Reglas estándar sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, Lumen, Buenos Aires, 1996.
- ECHEITA SARRIONANDIA, Gerardo, *Educación Para La Inclusión O Educación Sin Exclusiones*. Narcea SA, 2006.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M., *Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes. Comentada, anotada y concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26061", en *Los Desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI - Derechos Humanos - Bioética. Relaciones familiares. Problemáticas infanto-juveniles - Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Lily R. Flah (dir.), Errepar S.A., Buenos Aires, 2011.
- IRIMIA FERNÁNDEZ, María del Pilar, *Superando La Soledad, La Educación De La Persona Con Discapacidad Intelectual*, Fundamentos, 2006.
- LÓPEZ URQUIZAR, Natividad; *Perspectivas Didácticas y Organizativas de la Educación Especial*, Grupo editorial Universitario, 2006.
- LUS, María Angélica, *De la integración escolar a la escuela integradora*, Paidós, 1998.
- Ley 25280 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Ley 26378, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- NACIONES UNIDAS, "Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad", Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1988.
- NACIONES UNIDAS, "Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 2000.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Lenguaje, Comunicación y Discapacidad, Ministerio de desarrollo social, Gobierno de la Provincia de Córdoba, año 1984.
- PÉREZ DE LARA, N., *La capacidad de ser sujeto*, Laertes, Barcelona, 1998.
- PUGDELLÍVOL, Ignasi; *La Educación Especial En La Escuela Integrada. Una Perspectiva Desde La Diversidad*, Grao, 1998.
- SÁEZ DE SANTA MARÍA, Guillermo, *De La Integración A La Inclusión*. Fundación Ecoem, 2008.

- SÁNCHEZ PALOMINO, Antonio (coord.); TORRES GONZÁLEZ, José, *La Educación Especial*, Pirámides S.A., 2004.
- SANTOS REGA, Miguel A., *Políticas Educativas y Compromiso Social: El Progreso de la equidad y la calidad*, S L Ediciones Octoedro, Barcelona, 2009.
- SAUTU, R., *Práctica de la investigación cuantitativa y cualitativa. Articulación entre la teoría, los métodos y las técnicas*, 1ª ed., Lumiere S.A., Buenos Aires, 2007.
- UNESCO, *Informe final de la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad*.
- UNESCO, *The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education. Adopted by the World Conference on Special Needs Education: Access and Quality*, UNESCO, disponible en la dirección Web <http://unesdoc.unesco.org/ulis/spa/index.html>, a 13 de febrero de 2002.
- VEGA FUENTE, Amado, *La Educación ante la Discapacidad. Hacia una respuesta social de la escuela*, Nau Llibres, Valencia, España, 2000.
- VILLAVERDE, María Silvia, "La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)", en "Clave de derechos civiles y políticos. Publicación especial sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Jurisprudencia Argentina, Abeledo-Perrot, 2008.
- WALKER, M., *Cómo escribir trabajos de investigación*, Barcelona, 1ª ed., Gedisa, 2000.
- WARNOCK, H. M.; *Special Educational Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of the Handicapped Children and Young People*, HMSO, Londres, 1978. Existe una versión sintética, en castellano, de este informe en el número 130 de la *Revista Siglo Cero* del año 1990.
- YUNI, J. - URBANO, C.: *Técnicas para investigar 1 - Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*, 2ª ed., Brujas, Córdoba, 2006.
- YUNI, J. - URBANO, C., *Técnicas para investigar 2 - Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*, 2ª ed., Brujas, Córdoba, 2006.
- YUNI, J. - URBANO, C.: *Técnicas para investigar 3 - Análisis de datos y redacción científica*, 1ª ed., Brujas, Córdoba, 2006.

TRANSFORMACIONES PRODUCTIVAS: NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y REGULACIÓN. UN DEBATE SOBRE “TELETRABAJO” EN EL DERECHO BRASILEÑO*

PRODUCTIVE CHANGES: NEW FORMS OF WORK AND REGULATION. A DEBATE ON "TELEWORK" IN BRAZILIAN LAW

*Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva** y
Mayara dos Anjos Garcia****

Resumen: El artículo aborda un debate sobre el Teletrabajo en el Derecho brasileño. Para ello, se realiza revisión bibliográfica sobre las transformaciones económicas y políticas del final del siglo XX. Busca comprender al teletrabajo como una forma de trabajo flexible, fruto de las transformaciones productivas, y estudia su concepto sobre la base de la doctrina. También presenta el debate existente en el panorama jurídico brasileño sobre teletrabajo y subordinación, principalmente frente a las dificultades encontradas para promover el encuadramiento de algunas de estas modalidades “grises” de relación laboral como de empleo subordinado y, así, atraer la protección del derecho laboral. Presenta un conjunto de regulación difusa y puntual brasileña en el último trienio (2011-2014), que trata sobre el trabajo llamado “externo” o sobre el teletrabajo, realizando el análisis en diferentes fuentes: legislación, jurisprudencia, negociaciones colectivas y en la regulación interna de los organismos públicos. La metodología empleada involucra una investigación interdisciplinaria teórica y analítica, así como también un relevamiento de fuentes directas en legislación, jurisprudencia, instrumentos provenientes de las negociaciones colectivas y resoluciones administrativas del ordenamiento jurídico brasileño.

Palabras clave: Derecho laboral - Transformaciones productivas - Acumulación flexible - Teletrabajo - Regulación brasileña.

* Trabajo recibido para su publicación el 17 de febrero de 2015 y aprobado el 10 de marzo de 2015.

** Doctora y Magister en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro (PUC-Rio). Profesora-adjunta del posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro - UFRJ, en la cual coordina el grupo de investigación: *Configuraciones Institucionales y Relaciones de Trabajo*. Jueza de 2ª Instancia en el Tribunal Regional del Trabajo - TRT-1ª Región. E-correos: sayonara@direito.ufrj.br; sayonaragrilloSilva@gmail.com.

*** Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Rio de Janeiro (2014). E-correo: mayg_16@hotmail.com.

Abstract: The article analyzes the debate over telework in Brazilian law. The study presents a literary review of the economic and political transformations in the late twentieth century, seeking to understand telework as a flexible form of work that is a product of changes in productivity, as well as study this concept according to the foundation of the doctrine. Additionally, the article presents the current debate over telework and subordination in the Brazilian legal landscape, mainly in view of the difficulties encountered in the classification of some of these grey areas of subordinate employment relationships, and thus in attracting the protection of labor law. The article goes on to present a set of existing broad and specific regulations in Brazil in the last three years (2011-2014) that deal with so-called external work and work in different regulatory areas, legislation and legal philosophy in collective bargaining and the internal regulation of public bodies. The methodology involves theoretical and analytical interdisciplinary research, in addition to auditing direct sources in legislation, case law, instruments from collective bargaining and administrative rulings of Brazilian law.

Keywords: Labor law - Productive transformations - Flexible accumulation - Telework - Brazilian regulation.

Sumario: I. Introducción.- II. Transformaciones en el mundo del trabajo y en los procesos productivos: un análisis de los principales elementos que reconfiguran el trabajo ejecutado en el domicilio y el teletrabajo.- III. El teletrabajo: elementos para su conceptualización.- IV. Teletrabajo en el derecho brasileño: institutos jurídicos en construcción.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

I. Introducción

La reestructuración productiva, el liberalismo económico y el fenómeno de la globalización, añadidos a la revolución tecnológica y de la información, dieron lugar a profundos cambios en las relaciones y procesos laborales. Acortar los tiempos y romper las barreras físicas del espacio, se habían convertido en requisitos de la nueva estructura económica y social.

Dentro del conjunto de transformaciones sufridas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales, la externalización productiva es un fenómeno multifacético, que envuelve subcontratación, tercerización y la adopción de nuevas formas de trabajo, tales como el teletrabajo, aquel realizado a distancia del centro empresarial. No son pocos los estudios sobre el impacto que el sistema productivo flexible provoca en las relaciones laborales, y que aliado a la revolución tecnológica y de la información del siglo XX, dieron lugar a nuevas formas de trabajo flexible, como es el teletrabajo, objeto de nuestras reflexiones (1).

(1) Agradecemos a la Profesora Carla Saad de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), por el intercambio de ideas y trabajos durante el último bienio, que culminaron en la mesa sobre Regulación del Teletrabajo en Brasil y en la Argentina, durante el "4º Simposio Internacional de Diseños Institucionales y Relaciones Laborales", realizado en noviembre de 2014 en la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ).

El artículo se estructura en tres secciones. La primera, presenta una rápida revisión bibliográfica sobre las transformaciones económicas y políticas del final del siglo XX, principalmente la transición del régimen fordista de producción hacia un nuevo régimen de acumulación flexible, incluyendo una correlación entre sus características y las técnicas introducidas por la revolución tecnológica. También se contextualizará de qué manera este nuevo sistema flexible promueve una desterritorialización del trabajo, al mismo tiempo que mantiene sus integrantes conectados y potencialmente controlados. La segunda sección, tiene por objeto comprender al teletrabajo como una forma de trabajo flexible, fruto de las transformaciones productivas. También, se propone a estudiar su concepto sobre la base de la doctrina, así como presentar el debate existente en el panorama jurídico brasileño sobre teletrabajo y subordinación, principalmente frente a las dificultades encontradas para promover el encuadramiento de algunas de estas modalidades “grises” de relación laboral como de empleo subordinado y, así, atraer la protección del derecho laboral. La última sección, trae la reunión de un conjunto de regulación difusa y puntual brasileña en el último trienio (2011-2014), que trata sobre el trabajo llamado “externo” o sobre el teletrabajo, en espacios normativos diferentes: en la legislación y jurisprudencia, en las negociaciones colectivas y en la regulación interna de los organismos públicos.

La metodología empleada involucra una investigación interdisciplinaria teórica y analítica, proveniente de la sociología laboral, así como de literatura jurídica especializada. También incluye un relevamiento de fuentes directas en legislación, jurisprudencia, instrumentos provenientes de las negociaciones colectivas y resoluciones administrativas del ordenamiento jurídico brasileño.

II. Transformaciones en el mundo del trabajo y en los procesos productivos: un análisis de los principales elementos que reconfiguran el trabajo ejecutado en el domicilio y el teletrabajo

En la trayectoria del capitalismo, uno de los acontecimientos de mayor relevancia vividos entre el final de siglo XX y el comienzo del siglo XXI, fue la transición del fordismo hacia un nuevo régimen de acumulación, basado en la flexibilidad productiva, económica, política y social, crucial en la formación de la compleja estructura organizacional productiva de la actualidad, formada por redes.

Segundo Richard Sennett, afirma que en la esfera de las instituciones productivas, las prácticas de flexibilidad sostienen un sistema de poder articulado a partir de la reinención discontinua de las instituciones, de la especialización flexible y de una concentración sin poder de centralización (2). Por reinención discontinua de las instituciones, el autor designa un paradigma de cambios basado en la discontinuidad con el pasado, causado de modo incisivo por medio de técnicas de gestión conocidas como “reingeniería” (3),

(2) SENNETT, Richard, *A corrosão do caráter: O desaparecimento das virtudes com o novo capitalismo*, 1ª ed., BestBolso, Río de Janeiro, 2012, p. 52.

(3) HAMMER Michael - CHAMPY James, *Re-engineering the corporation*, Harper Business, New York, 1993, p. 48 en SENNETT, Richard, ob. cit., p. 54.

centrada en el corte de empleados que permite la maximización de producción con el menor contingente de trabajadores posible. Bajo el discurso que sostiene una “imperiosa necesidad de cambiar”, innumerables empresas absolutamente estables, rentables, lucrativas y con tasas adecuadas de productividad, pasaron por procesos de reingeniería apenas para señalar al mercado su adaptabilidad y su capacidad de cambiar, no obstante los graves perjuicios causados a la propia empresa. De toda suerte, tal discurso está relacionado a la segunda característica de los regímenes productivos del nuevo capitalismo, denominada por Richard Sennett de “especialización flexible”, que sería capaz de acompañar la volatilidad del mercado con la producción de bienes y servicios más específicos, lo que exigiría una estrategia permanente de innovación. Para ello, en vez de modalidades estables de líneas de producción fordista, son creadas “islas de producción especializadas” (4). Las tareas ejercidas por los empleados cambian continuamente, en un ambiente de alta tecnología, donde es fácil reprogramar sistemas y máquinas. Las empresas buscan una maleabilidad adaptable a las demandas del mercado y modifican sus estructuras institucionales internas para ello.

Por último, según Richard Sennett, una de las principales características de los sistemas flexibles está en la “concentración sin centralización”, porque el poder se mantiene concentrado, aunque el discurso empresarial exalte la descentralización como una característica de la introducción de nuevas formas de producir en redes o en islas. En este sentido, la descentralización es aparente, una vez que la desagregación vertical como la eliminación de segmentos presentes en las “reingenierías” no descentralizan el poder, solo apenas funciones y tareas. Realizada la descentralización de grupos y equipos en islas de trabajo (internas o externas), el ritmo de trabajo se intensifica, con una concentración de poder todavía mayor dentro de las organizaciones. El control empresarial permanece, en general, por medio del establecimiento de metas de producción o de lucro, de difícil cumplimiento, acompañadas de una fuerte presión por parte del control de la administración.

En esta fase del capitalismo, la propia organización empresarial (y no apenas la organización productiva interna) se transforma para adaptarse a los rápidos cambios económicos y tecnológicos exigidos por el alto dinamismo que envuelve el capitalismo posfordista, así como para mantener y ampliar sus tasas de productividad y lucratividad. Una de las características del régimen de acumulación flexible (5) es la creación de una estructura organizacional por medio de la subcontratación, con la exteriorización de sectores enteros de la producción y de la delegación de labores y servicios, para que trabajadores ejecuten en sus hogares y/o para que pequeñas y medianas empresas actúen bajo el control de las grandes corporaciones.

Redes productivas son creadas bajo el control de corporaciones que, a su vez, también se descomponen en empresas más pequeñas, que tienen individualmente sus finalidades, y que para alcanzarlas necesitan lograr otros múltiples objetivos. Según Manuel Catells, las redes que fueron construidas se convierten en “la” real unidad operacional, o sea, surge una

(4) SENNETT, Richard, ob. cit., p. 57.

(5) HARVEY, David, *Condição pós-moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*, Ed. Edições Loyola, Sao Pablo, Brasil, 2013, ps. 140-145.

nueva forma organizacional llamada de “empresa en red” (6). Además, de las relaciones en red entre pequeñas y medianas empresas, se forman redes de redes (7), donde la tecnología de la información tuvo un papel fundamental. La formación de innumerables redes conectadas e interactivas demuestra el grado alcanzado por la globalización económica, que solo consiguió su concretización gracias a las nuevas tecnologías de telecomunicación y de informática.

El desenvolvimiento de las técnicas y la proliferación de tecnologías de información (8) posibilitan la integración simultánea de las informaciones dentro de las redes empresariales y entre empresas y trabajadores externos, así adquieren suma importancia para alcanzar la complejidad de la estructura organizacional y productiva actual. Siguiendo tal pensamiento, Manuel Castells sostiene una sustitución del sistema de producción en masa, industrial, para un nuevo capitalismo *informacional*, moldeado durante su reestructuración en los últimos cincuenta años. Así, como la revolución industrial permitió la consolidación de un tipo de capitalismo, la revolución tecnológica y informacional se relaciona de manera intrínseca con la expansión actual del capitalismo (9).

(6) Sigue el autor: “esa forma específica de empresa, cuyo sistema de medios es compuesto por la intersección de segmentos de sistemas autónomos de objetivos. De ese modo, los componentes de las redes son tanto autónomos como dependientes en relación a la red, pudiendo ser parte de otras redes y, por tanto, de otros sistemas de medios destinados a otros objetivos”. CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede*, vol. 1, Paz e Terra, São Paulo, Brasil, 1999, p. 232. Traducción libre de las autoras.

(7) CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 221. “Para operar en la nueva economía global, caracterizada por una ola de nuevos competidores que usan nuevas tecnologías y capacidades de reducir costes, las grandes empresas tuvieron que tornarse, principalmente, más eficientes que económicas. Las estrategias para formación de redes dotaron el sistema flexible, pero no resolvieron el problema de adaptabilidad de la empresa. Para conseguir absorber los beneficios de la flexibilidad de las redes, la propia empresa tuvo que tornarse una red y dinamizar cada elemento de su estructura interna: eso es, en su esencia, el significado y el objetivo del modelo de ‘empresa horizontal’, frecuentemente extendido a la descentralización de sus unidades y en la creciente autonomía dada a cada una de ellas, hasta mismo permitiendo que compitan entre sí, aunque dentro de una estrategia global común”. CASTELLS, Manuel, ob. cit., ps. 221-222. Traducción libre de las autoras.

(8) Para Castells, sin los avances alcanzados en la tecnología de la información, las grandes empresas serían incapaces de conseguir lidiar con la compleja tela de relaciones formadas tanto con otras grandes corporaciones, así como con pequeñas y medianas empresas, con las cuales mantiene numerosos acuerdos de subcontratación, una vez que sería impracticable tomar decisiones de forma descentralizada, sin tener el control sobre todas las relaciones creadas a lo largo de la red. CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 230. Traducción libre de las autoras. Eso sólo fue posible mediante la formación de redes de computadoras, procesadores y telecomunicaciones que permitieron a las empresas mantenerse siempre conectadas, o sea, “on-line”. En este sentido, el autor afirma que: “con la generalización de las internets y de las extranets, basadas en la banda larga y en las redes de comunicación rápida, las grandes y pequeñas empresas se relacionaban con facilidad entre sí y con sus clientes, en un patrón interactivo flexible. En consecuencia de ello, todos estaban tecnológicamente capacitados para adoptar la forma de organización en red, desde que la empresa estuviera capacitada para la innovación administrativa”. CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 231. Traducción libre de las autoras.

(9) Conforme: “La innovación tecnológica y la transformación organizacional con enfoque en la flexibilidad y en la adaptabilidad fueron absolutamente cruciales para garantizar la velocidad y eficiencia de la reestructuración. Es posible decir que, sin la nueva tecnología de la información, el capitalismo global hubiera sido una realidad muy limitada: la gestión flexible se hubiera limitado a la reducción

La reestructuración interna y externa de las empresas y su inserción en redes globales, posibilitada por fuertes inversiones en tecnología, contribuyó a la formación de una nueva organización social basada en la administración descentralizada, en el trabajo individual y en los mercados especializados, pues, con las nuevas tecnologías los administradores de las grandes corporaciones consiguieron controlar remotamente y en tiempo real -por medio de las redes de computadoras, sistemas y de internet e intranets- no solo las informaciones, sino también permitió descentralizar tareas, que pasaron a ser ejecutadas por otras empresas o por trabajadores individuales. Así, las empresas pasaron a tener una estructura menor, ya que la subcontratación, la reducción del cuadro de personal, bien como la utilización del sistema *just in time* se convirtieron en prácticas recurrentes (10).

De esa forma la nueva organización económica es compuesta por una fuerza de trabajo permanente, formada por los propios administradores, que controlan el proceso productivo y por una fuerza de trabajo disponible, compuesta por trabajadores que necesitan ser multifuncionales, disponibles para nuevas contrataciones, pudiendo ser despedidos en cualquier momento y geográficamente móviles, todo eso dependiendo de las demandas y necesidades que surgirán en los mercados. Por ese motivo, trabajos tercerizados y subcontratados surgen como formas de trabajo atractivas para las empresas que necesitan adaptarse a la flexibilidad de la organización productiva (11).

En este escenario, la flexibilidad no sólo alcanzó la organización productiva sino también las relaciones de trabajo. Como ya se ha mencionado, el perfil de empleado fue rediseñado para que se adapte a las nuevas necesidades. Sin embargo, es importante señalar que esa flexibilidad introducida en las relaciones laborales trajo grandes pérdidas en la garantía de derechos laborales, que fueron bastante reducidos en nombre de un régimen de acumulación flexible, que prometía mayor productividad y lucratividad.

Diferentemente a lo que pasaba en el modelo fordista de producción, los trabajadores no ejecutan necesariamente sus tareas en la planta de producción, bajo la atenta mirada del empleador, pues existe un número cada vez mayor de trabajadores que ejecutan sus tareas fuera de la sede de la empresa, en tiempo total o parcial, en el establecimiento de otra empresa, que fue contratada por su empresa, o en su hogar (12).

de personal, a nuevas rondas de gastos, tanto en bienes de capital como en nuevos productos para el consumidor, que tendrían sido suficientes para compensar la reducción de gastos públicos. Por lo tanto, el informacionalismo está relacionado a la expansión y al rejuvenecimiento del capitalismo, así como el industrialismo estaba relacionado a su constitución como modo de producción." CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 55. Traducción libre de las autoras.

(10) CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 330.

(11) CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 334.

(12) CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 330. "En los últimos años, la tecnología de las comunicaciones hizo progresos significativos. La conmutación electrónica y las fibras ópticas multiplicaron la velocidad y el volumen de los circuitos telefónicos donde fueron implementados. Las fibras ópticas se tornaron tan eficientes que están sustituyendo los circuitos de satélite en numerosas líneas de comunicación a larga distancia. La red telefónica se está volviendo digital en todo el mundo. Eso significa que la comunicación entre computadoras vía línea telefónica se está poniendo más simples y confiable. La conmutación digital y la tecnología de las comunicaciones también permiten que un gran número de

De esa manera, a pesar de la amplia mayoría de trabajadores que ejecutan sus tareas en el establecimiento del empleador, gracias a la estructura productiva flexible, en la cual los procesos fueron descentralizados, es común que otros trabajadores realicen sus tareas fuera de él, manteniéndose conectados por las redes de computadoras, sistemas, internet, intranets, teléfonos, correos electrónicos, entre otros medios que permiten al empleador controlar y fiscalizar el trabajo ejecutado. Los procesos productivos y de consumo del paradigma “informacional” (13), en los cuales las conexiones y relaciones establecidas ocurren en red y se organizan de forma descentralizada, se extienden para las relaciones y procesos laborales. Los trabajadores se distanciaron cada vez más del modelo tradicional y fueron introducidos en un régimen flexible en el cual el tiempo y el espacio se tornaron demasiado difusos, integrando todos en un mismo circuito, que trasciende las barreras geográficas, como es el caso del teletrabajo.

III. El teletrabajo: elementos para su conceptualización

En este contexto, si el trabajo a distancia tradicionalmente estaba vinculado al trabajo a domicilio y familiar encarnado en la figura del trabajador a domicilio, actualmente se relaciona también con nuevas formas de trabajo de un sistema productivo flexible, que por hacer uso intenso de la tecnología y de la informática, posibilitaron que el trabajo ocurra independientemente de la posición geográfica del empleado o del empleador (14). Una vez comprendido que el teletrabajo deriva de una nueva forma de trabajo introducida en las últimas décadas y que se distancia, por tanto, del trabajo a domicilio tradicional, existente desde el comienzo del capitalismo y que perduró mismo después de la segunda revolución industrial (15), pasamos a examinar cómo ha sido asimilado en el panorama jurídico brasileño.

servicios sea ofrecido a clientes comerciales y residenciales. (...) Teléfonos celulares ofrecen movilidad y también versatilidad al usuario individual de telecomunicaciones. LANs, WANs, ISDN y ATM son acrónimos de unión electrónica instantánea. Muchos tipos de trabajo relacionados a la información pueden necesitar de sólo uno o algunos de estos servicios de telecomunicaciones para que el teletrabajo sea viable. Cada nuevo aporte tecnológico y cada nueva reducción de costos de la tecnología abren camino a más teletrabajo y a más teletrabajadores”. NILLES, Jack M., *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*, Traducción Eduardo Pereira e Ferreira. Futura, São Paulo, 1997, p. 25. Traducción libre de las autoras.

(13) CASTELLS, Manuel, ob. cit., ps. 209-214.

(14) El convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT define el trabajo a domicilio como: “la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales”. Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo a domicilio de 1996. Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es>. Búsqueda del 16 octubre de 2014.

(15) Alice Monteiro de Barros también destacó la singularidad de la nueva forma de prestación de trabajo a distancia en relación al trabajo a domicilio: “El teletrabajo se distingue del trabajo a domicilio

La Consolidación de las Leyes del Trabajo -CLT, aprobada por el dec.-ley 5452, del 1 de mayo de 1943-, adoptó desde sus orígenes, la regla impeditiva de distinción entre el trabajo ejecutado en el establecimiento del empleador y el ejecutado en el hogar del empleado, *desde que se caracterice la relación de empleo*, relación bilateral correspondiente al contrato de trabajo firmado entre un empleador -aquél que asumiendo los riesgos de la actividad económica, emplea, remunera y dirige la *prestación personal de servicios*- y un empleado, persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo su dependencia y mediante una remuneración (arts. 2º, 3º y 6º de la CLT). El carácter personal, la subordinación, la onerosidad y la no eventualidad son los elementos que definen la existencia de un contrato o no de trabajo y, por lo tanto, establecen los límites y las fronteras de protección social y laboral. De esa forma, presentes estos requisitos no se diferencia el trabajo ejecutado en el hogar del empleado, del ejecutado en el establecimiento del empleador.

Sin embargo, una conceptualización restrictiva de subordinación jurídica en su aspecto subjetivo dificulta el encuadramiento jurídico de los trabajos ejecutados en el hogar del empleado, donde no hay órdenes personales y directas (16). Un trabajo que se desarrolla a distancia del centro empresarial o de cualquier otro establecimiento del empleador y que es ejecutado con el uso intenso de los medios telemáticos e informatizados y que se adaptó bien al nuevo modelo de producción flexible, se presenta como una nueva forma de labor que exige de los juristas un esfuerzo interpretativo para entender mejor todo lo que envuelve la dependencia y la subordinación. Además, también existe la necesidad de delimitar la figura del teletrabajo.

Para Nilles, el teletrabajo (17) es una labor realizada a distancia en que el trabajador ejecuta sus actividades periódicamente, y no exclusivamente, lejos del establecimiento

tradicional no sólo por implicar, en general, la realización de tareas más complejas de lo que manuales, pero también porque abarca diversos sectores como: tratamiento, transmisión y acumulación de información; actividades de investigación; secretariado, consultoría, asistencia técnica y auditoría; gestión de recursos, ventas y operaciones mercantiles en general; diseño, periodismo, tipografía, redacción, edición, contabilidad, traducción, además de la utilización de nuevas tecnologías, como la informática y telecomunicaciones, afectadas por el sector terciario". BARROS, Alice Monteiro de, *Curso de direito do trabalho*, Ed. LTr, São Paulo, 2012, p. 258. Traducción libre de las autoras.

(16) No es de extrañar que en los estudios dedicados a la reconstrucción conceptual de la subordinación jurídica, la conceptualización del teletrabajo se hace presente con más fuerza en la doctrina brasileña, como se puede observar en los estudios de Lorena Vasconcelos Porto (*A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. LTr, São Paulo, 2009, p. 86) y de Sidnei Machado (*A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*, LTr, São Paulo, 2009, ps. 131-132), para los cuales el Teletrabajo es una "nueva forma de flexibilizar el empleo típico, que provocó un cambio radical en las relaciones de trabajo. Eso porque el teletrabajo, al contrario del trabajo en domicilio clásico, maximiza el uso de la tecnología de la información -sin la cual no sería viable su organización-. Además presupone un trabajo fuera de la empresa, y también no hecho necesariamente en el hogar del trabajador". MACHADO, Sidnei, *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*, LTr, São Paulo, 2009, ps. 131-132. Traducción libre de las autoras.

(17) "Llevar el trabajo a los trabajadores, en vez de llevarlos al trabajo; actividad periódica fuera de la sede empresarial, durante uno o más días de la semana, en su hogar o en centro de teleservicio". NILLES, Jack M., op. cit., p. 15. Traducción libre de las autoras.

empresarial, gracias al uso intenso de los medios telemáticos e informatizados, que le permiten al empleador permanecer conectado con sus empleados, al mismo tiempo que se encuentran físicamente separados.

La doctrina concuerda en conceptualizar teletrabajo como una forma de trabajo realizado fuera/lejos del establecimiento empresarial y que se utiliza ampliamente de la tecnología de las telecomunicaciones y de la informática (18). Así, en este escenario el “local” de la prestación laboral tiene gran importancia. No obstante, no se desconoce la posibilidad que el teletrabajo pueda ser ejecutado parte en el establecimiento empresarial y parte en otro lugar. Mientras parte de la doctrina explica el teletrabajo como siendo un tipo de trabajo ejecutado integralmente fuera del establecimiento empresarial, la mayoría concuerda sobre la posibilidad de ejecutar periódicamente parte de sus tareas en el establecimiento empresarial (19).

El teletrabajo es una especie de trabajo a distancia, que abarca otras modalidades de labor externas al establecimiento empresarial. Puede ser entendido género y el “Teletrabajo en relación de dependencia” como su especie, conceptualizado por Carla Saad como “la prestación de actos, ejecución de obras o prestación de servicios de un contrato o relación de trabajo, sea realizada mediante el uso habitual y regular de Tecnología de Información y Comunicación (TIC) y ejecutada total o parcialmente a distancia, ya sea en el domicilio del teletrabajador o en cualquier otro lugar ajeno a establecimientos del empleador. Se especificó que en el uso de TIC, lo ‘habitual’ podrá ser entendido como

(18) MARTINO, Vittorio Di, “The high road to teleworking”, *ILO*, Ginebra, 2001, p. 11. Disponible en: <http://sidtu.org/SID-UNION-FILES/SID-PDF-DOCS/ILO-Teleworking.pdf>. Búsqueda en: 10 de octubre de 2014. En el mismo sentido, Manuel Estrada define teletrabajo de la siguiente forma: “El teletrabajo se define como la transmisión de la información conjuntamente con el desplazamiento del trabajador, mediante el uso de antiguas y nuevas tecnologías de la información, en virtud de una relación de trabajo, permitiendo la ejecución a distancia, prescindiendo la presencia física del trabajador en un lugar específico de trabajo. ESTRADA, Manuel Martín Pino, “A realidade do teletrabalho no Brasil e nos tribunais brasileiros =The reality of telework in Brazil and Brazilians court”, en *Direito e Liberdade*, v. 12, n. 1 [6], Natal, 2010. Disponible en: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43788>. Búsqueda en: 13 de octubre de 2014. Traducción libre de las autoras.

(19) Conforme Luiz de Pinho Pedreira Silva. “O teletrabalho”, en *Revista LTr*, v. 64, n. 5, São Paulo, mayo de 2000, p. 583 y VALENTIM, João Hilário, “Teletrabalho e relações de trabalho”, *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, ano X, n. 19, Brasília, marzo de 2000, ps. 59-60. Para el jurista Pinho Pedreira “(...) el teletrabajo es una actividad del trabajador desarrollada total o parcialmente en lugares distantes de la sede principal de la empresa, de forma telemática. Total o parcialmente, porque existe teletrabajo ejercido parte en la sede de la empresa y parte en lugares alejados de ella”. PEDREIRA Silva, Luiz de Pinho, “O teletrabalho”, en *Revista LTr*, v. 64, n. 5, São Paulo, mayo de 2000, p. 58. Traducción libre de las autoras. João Hilário Valentim, a su vez, explica que el teletrabajo implica (i) los medios y instrumentos de soporte de trabajo, una vez que para la ejecución de las tareas se utiliza la tecnología de las telecomunicaciones, de la informática y otros instrumentos a ellas inherentes; (ii) una relación entre empleado y empleador habitualmente desarrollada por medio del uso de la teleinformática sin exigir, mayoritariamente, contacto directo, personal y continuo entre el empleador y el trabajador; (iii) el lugar de trabajo, que preferiblemente ocurre en el hogar del trabajador, pero no exclusivamente. VALENTIM, João Hilário, “Teletrabalho e relações de trabalho” en *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, ano X, n. 19, Brasília, marzo de 2000, ps. 59-60. Traducción libre de las autoras.

lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito, y lo ‘regular’ podrá ser entendido como lo uniforme, sin cambios grandes o bruscos” (20).

En Brasil, la inexistencia de una regulación específica se añade a la polisemia de las formas de trabajo humano y a la diversidad jurídica de su regulación. Es usual que los elementos tradicionales usados para diferenciar el trabajo autónomo del subordinado queden camuflados en un verdadero *fog* jurídico, ante la realidad de una ejecución de servicios cada vez más múltiple y diferenciada (21). De este modo, para saber cuál es la naturaleza de la relación jurídica del teletrabajo, vinculada al género “relaciones de trabajo” o a la específica relación de empleo, el intérprete se orienta mediante el principio de la primacía de la realidad, alejando las formas jurídicas para verificar si está configurada la subordinación jurídica. Presente en el núcleo del contrato de trabajo y, por tanto, del propio Derecho Laboral, la subordinación en su aspecto subjetivo se relaciona con la intensidad de las relaciones de mando y obediencia que se establecían entre empleador y empleado en una relación de dependencia. En su aspecto objetivo muestra la participación integrativa de la actividad realizada por el trabajador en la actividad del acreedor de su prestación laboral (22). El reconocimiento que la subordinación gane un aspecto objetivo y que se exteriorice en las relaciones intersubjetivas de los sujetos envueltos en la relación laboral es aceptado doctrinariamente, como una consecuencia de la necesidad de superar la noción de trabajo subordinado como sinónimo de sujeción de la persona del trabajador. Sin embargo, la doctrina laboral brasileña no reconoce la subordinación objetiva como criterio apto, por sí solo, para diferenciar las relaciones autónomas de las verdaderas relaciones de empleo (23).

(20) SAAD, Carla. “Ius variandi en el teletrabajo”, *Revista de la Facultad*, Nueva Serie II, vol. V, n. 2, p. 298. Según Carla Saad, en la Argentina, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) definió en 2012 el teletrabajo como “a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones, sin exigir la ‘habitualidad’ y ‘regularidad’ que nos parecía inherente a la modalidad” por medio de la resolución 1552/2012 publicada en el Boletín Oficial del 14/11/2012.

(21) SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. “Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo”, en *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 3, Brasília, julio/septiembre de 2008. Disponible en: http://www.dmtmdebate.com.br/abre_artigos.php?id=26 (Búsqueda del 13 de enero de 2015).

(22) La subordinación objetiva puede ser entendida como: “El elemento vinculante que une el empleado al empleador es la *actividad*, que se convierte en un dato fundamental para la caracterización objetiva de la relación de empleo, así como en elemento definitorio del contrato de trabajo. Y solamente la actividad, el modo de manejar su aplicación, la ejecución del trabajo (o su potenciación) son lo que autorizarán la intervención del empleador, con sus medidas correctivas de naturaleza *técnica y funcional*. (...) Así, se tiene, conceptual y objetivamente, la subordinación como siendo una participación integrativa de la actividad del trabajador en la actividad del acreedor de la prestación laboral”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. Ed. LTr, São Paulo, 2005, ps. 524, 526. Traducción libre de las autoras.

(23) Con relación a la subordinación objetiva, Maurício Godinho Delgado hace las siguientes reservas: “Aunque válido el intento de la construcción teórica de la subordinación objetiva, ella no se consolidó, totalmente, en el ámbito jurídico, por ser una fórmula desproporcional a las metas previstas. Tal noción, de hecho, se mostraba incapaz de diferenciar, en distintas situaciones prácticas, el verdadero

El dilema que cerca el reconocimiento de la relación de empleo en el teletrabajo está asociado al presupuesto de la subordinación, porque el concepto clásico de subordinación jurídica está relacionado a un perfil de trabajador fordista, sometido a una jerarquía rígida, a un control intenso sobre la ejecución del trabajo y sobre el tiempo de trabajo. Ya el teletrabajo está relacionado a otro momento histórico, en el cual la rigidez no hace parte de su base de sustentación, por lo contrario, la bandera erguida es la de flexibilidad, y consecuentemente, si la economía, la organización productiva, los mercados y hasta las empresas se reestructuraron para adaptarse al nuevo régimen, el perfil del empleado también cambió, pues insertados en una nueva realidad, necesitan ajustarse a las nuevas necesidades del régimen flexible (24).

Por consiguiente, en determinados tipos de relaciones de trabajo, como es el caso del teletrabajo, el reconocimiento de la relación de empleo requiere un análisis cuidadoso de la realidad concreta, y verificar la existencia o no de la subordinación por sus características tradicionales no es suficiente, siendo necesario reunir otros indicios que lleven al operador del derecho a conclusiones más seguras, *sob pena* de permitir que auténticos empleados tengan sus derechos reducidos apenas por una apariencia de autonomía y control sobre su trabajo. En muchas ocasiones, las órdenes y comandos emitidos por el empleador se encuentran tan dispersos y diluidos en las redes de producción (debido a la estructura descentralizada en la cual la empresa se transformó), que el reconocimiento de este control es dificultoso, siendo necesario una mayor atención a los indicios que vengán surgiendo durante el análisis del caso concreto, para verificar si estos apuntan en dirección a las características de la relación de empleo o si apuntan hacia un trabajo verdaderamente autónomo. “El teletrabajo, por tanto, por sí mismo, no genera desaparición

trabajo autónomo y el labor subordinado, principalmente cuando la prestación de los servicios ocurría fuera del *establecimiento empresarial*, mismo que relevante para la dinámica y fines de la empresa. En otras palabras, la desproporción de la fórmula elaborada, tendiente a encuadrar como subordinadas situaciones fácticas jurídicas eminentemente autónomas, contribuyó para su desprestigio”. Delgado sostiene que el mejor criterio para asegurar mayor efectividad al Derecho Laboral, incluyendo en su protección trabajadores situados en las zonas grises o fronterizas entre la subordinación y la autonomía, pues superaría las dificultades demostradas por los conceptos clásicos en la realidad concreta, especialmente delante de la exteriorización productiva. La subordinación estructural se manifiesta, para Delgado, “por la inserción del trabajador en la *dinámica* del tomador de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, *pero acogiendo, estructuralmente su dinámica de organización y funcionamiento*”. DELGADO, Maurício Godinho, “Direitos fundamentais nas relações de trabalho”, Revista de direitos e garantias fundamentais, n. 2, 2007, p. 35. Disponible en: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf> (Búsqueda el 03 de noviembre de 2014). Traducción libre de las autoras.

(24) “El punto es que, para el encuadramiento del teletrabajo, los criterios de subordinación a las órdenes y al poder directivo y disciplinar no ofrecen seguridad para la cualificación de un trabajo dependiente o por cuenta propia. La dificultad empieza porque, en esta actividad, el trabajo no es realizado en la empresa -lo que imposibilita la verificación de la sujeción directa- y no hay, en general, control sobre la jornada de trabajo. Por fin, la verificación de los indicios de la subordinación (jerarquía, jornada, remuneración, instrumentos de trabajo, entre otros), por regla, se muestra inútil (...). La libertad del trabajo en el ámbito de la empresa induce a celebrar la utopía de la autonomía del trabajo, por estar desprendido de las ataduras del control del tiempo, del ritmo de trabajo y de la rigurosa vigilancia impuestos por el trabajo industrial” MACHADO, Sidnei, ob. cit., p. 132. Traducción libre de las autoras.

de la subordinación, pero sí, su transformación. Ella adquiere nuevas formas, nuevos contornos, tornándose más sutil y difusa, convirtiéndose en ‘telesubordinación’ (25), observa Lorena Vasconcelos. La mutación de las formas de explicitación del poder de dirección, que pasa a materializarse de nuevas maneras, sutiles, pero intensas, es acompañada por la intensificación de la otra cara de la moneda, el poder directivo, que “se torna menos visible, pero continúa presente, quizá de forma hasta más acentuada que en el pasado” (26).

Como examinado, aunque el teletrabajo tenga una aparente autonomía para ejecutar sus tareas, no se podrá hablar de trabajo independiente cuando existe un tomador de servicios que comanda, dirige y controla por medios telemáticos o informatizados la ejecución del trabajo, y el prestador no obtiene/gana los frutos de su trabajo de modo directo. Ocurre que las tecnologías de la información y de la informática que permiten la transmisión de datos también son responsables por romper las barreras físicas que separan al empleador del empleado (27).

En este sentido, esos mismos medios que, en un primer momento, permitieron una forma de trabajo más flexible y con mayor autonomía, son también usados por el empleador para emitir órdenes, comandos, directrices, controlar lo que el empleado está haciendo, cuánto tiempo está o no dedicado a sus tareas, etc. En la realidad, cuando el empleador usa los medios telemáticos e informatizados para mantener el control sobre el teletrabajador, se podría decir que ocurre una “telesubordinación”, a medida que la subordinación se expresa gracias a los instrumentos telemáticos, no existiendo cualquier diferencia en relación a aquellos empleados que trabajan en el establecimiento empresarial, bajo la mirada atenta del empleador, sometidos a las órdenes personales y directas.

Para buscar superar los problemas derivados de una visión restringida de subordinación en su aspecto subjetivo y directo, el legislador promovió un cambio bastante importante en la Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT, para regular de una nueva manera el concepto de subordinación, lo que nos hace examinar los institutos jurídicos relacionados a la regulación del trabajo a distancia, en la modalidad de teletrabajo en el derecho brasileño.

IV. Teletrabajo en el derecho brasileño: institutos jurídicos en construcción

La construcción del Derecho Laboral se caracteriza por una microdiscontinuidad que emerge en inúmeros espacios de regulación, delante del pluralismo intrínseco que caracteriza el ramo *juslaboral*. De ese modo, así como en la Argentina (28), en Brasil

(25) PORTO, Lorena Vasconcelos, ob. cit., p. 88.

(26) *Ibidem*.

(27) MACHADO, Sidnei, ob. cit. ps. 131-132.

(28) Conferencia “Modelos de regulación del Teletrabajo: el caso argentino” de la Prof. Carla Saad, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en la mesa sobre Regulación del Teletrabajo en Brasil y en la Argentina, durante el “4º Simposio Internacional de Diseños Institucionales y Relaciones Laborales” promovido en noviembre de 2014 en la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro.

no es posible que se hable de un modelo de regulación, de modo sistémico y uniforme, que se aplique a las particularidades del teletrabajo. Ante la inexistencia de un debate legislativo en torno de una regulación específica, la presente sección reúne un conjunto de regulación difusa y puntual que se refiere directa o indirectamente al trabajo llamado “externo” y al teletrabajo, en diversos espacios normativos: el de la legislación y jurisprudencia, el de la negociación colectiva, así como el universo de la regulación interna de los organismos públicos.

La modificación más relevante en el derecho brasileño sobre el tema ocurrió por medio de la ley 12551 de 2011, que alteró la Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT, para darle una nueva redacción al art. 6º y reconocer el trabajo ejecutado a distancia, que también podrá ser reconocido como una forma de empleo “desde que caracterizados los requisitos de la relación de empleo”, al lado del llamado trabajo a domicilio. También fue añadido un párrafo único por medio del cual se equipara, para fines de subordinación jurídica, los medios telemáticos e informatizados de comando, control y supervisión a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo ajeno (29). Aunque sin reconocer y regular explícitamente, queda evidente que la modificación tenía como objetivo incluir el teletrabajo como una especie de trabajo a distancia y tornarla una modalidad de labor protegida, claro, siempre que los requisitos de la relación de empleo estuviesen presentes.

Así, el uso intensivo de los medios telemáticos e informatizados para controlar la prestación laborativa del trabajador señala la presencia de la *subordinación* que, junto a los demás requisitos de la relación de empleo (arts. 2º y 3º de la CLT), comprobarán la existencia de la relación de empleo en el teletrabajo. En este sentido, la doctrina se manifiesta: “De hecho, cuando el teletrabajador presta su actividad de forma interactiva (*on line*), o sea, cuando se encuentra en conexión directa con el sistema informático de la empresa, el patrón puede darle instrucciones y controlar la ejecución de su trabajo en tiempo real, a veces con mayor facilidad que si estuviera dentro de la propia empresa. La misma tecnología usada, para que el trabajador pueda hacer sus tareas en su hogar, con las márgenes de libertad de ahí derivadas, también sirve para controlar su actividad de forma bastante eficiente. Cuando el teletrabajador presta su actividad de forma desconectada (*off line*), el control no será ejercido en tiempo real, pero puede ser tan intenso y eficiente” (30).

La modificación tiene consecuencias más amplias que permitir el reconocimiento del vínculo laboral en las zonas grises de teletrabajo. Incide en relaciones de empleo

(29) BRASIL, Ley 12551, de 15 de diciembre de 2011. Modifica el art. 6º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Búsqueda del 14 de octubre de 2014. “Art. 6º.- No se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el ejecutado en el hogar del empleado y el realizado a distancia, desde que estén caracterizados los requisitos de la relación de empleo. Párrafo único - Los medios telemáticos y informatizados de mando, control y supervisión se igualan, para fines de subordinación jurídica, a los medios personales y directos de mando, control y supervisión de trabajo ajeno”. Traducción libre de las autoras.

(30) PORTO, Lorena Vasconcelos, ob. cit., p. 88.

de trabajadores que ejecutan sus actividades fuera del establecimiento empresarial. Es importante recordar que la Consolidación de las Leyes del Trabajo excluye trabajadores llamados “externos” (o sea, trabajadores imposibilitados que el empleador tenga control y pueda supervisar su jornada laboral) del capítulo de la jornada de trabajo, lo que provoca fuerte restricción en el régimen de derechos practicados, en particular por la inexistencia de pago de horas extraordinarias (31). Como el criterio jurisprudencial utilizado para aplicar tal exclusión normativa (art. 62, inc. I, CLT) se relaciona con la (im)posibilidad del control de jornada, se abre la posibilidad hermenéutica de que diversos instrumentos telemáticos e informatizados usados en la prestación laboral puedan ser reconocidos como medios aptos a averiguar la jornada de los trabajadores, tales como tacógrafos, *tablets*, celulares, etc. (32) y no sólo los tradicionales registros de control de asistencia.

Otro aspecto relacionado al tiempo de trabajo ejecutado a distancia, se refiere a la inexistencia de regla específica que asegure la remuneración del tiempo que el empleado está a la disposición del empleador mediante aparatos telefónicos móviles (celulares o beepers), en su período de descanso, aunque la CLT reconozca como tiempo de trabajo aquel en el que el empleado permanece a disposición, ejecutando o esperando órdenes. Mientras parte sustancial de la doctrina sostiene la aplicación analógica del art. 224 de la CLT -que establece como de sobreaviso el período de trabajo en el cual el empleado, sin ejecución de servicios, permanece, en su hogar, a disposición del empleador, esperando para asumir actividades en caso de necesidad, siendo remunerado por ese periodo en la proporción de 1/3 de las horas normales trabajadas- a tales trabajadores, la jurisprudencia mayoritaria exigía la restricción por determinación

(31) Conforme la CLT, en su Capítulo II - La Duración del Trabajo, en la Sección I - Disposición Preliminar, art. 57: “Los preceptos de este Capítulo se aplican a todas las actividades, excepto las expresamente excluidas, constituyendo excepciones las disposiciones especiales, estrictamente concernientes a peculiaridades profesionales constantes en Capítulo I, del Título III” y art. 62: “No son abarcados por el régimen previsto en este capítulo: inc. I) - los empleados que ejecutan actividad externa incompatible con la fijación de horarios de trabajo, debiendo esta condición anotarse en el informe de vida laboral y en el registro de empleados; (...)”. Traducción libre de las autoras.

(32) BRASIL, Tribunal Regional de Trabajo de la Primera Región - RO: RO 0009905120105010013. Séptimo Turno. Ministro Relator (ponente) Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Río de Janeiro, 14 de noviembre de 2012. Disponible en: “<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/handle/1001/447108?queryRequest=trabalho%20externo>” <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/handle/1001/447108?queryRequest=trabalho%20externo>. Búsqueda del 16 de febrero de 2015. Traducción libre de las autoras. En este sentido: Para que se aplique la hipótesis del art. 62, inc. II) de la CLT, es imprescindible que en la labor realizada externamente, el empleador no pueda ejercer ninguna especie de control sobre la jornada del trabajador, mismo que de forma indirecta. Cuando sea posible el control del horario de trabajo, sea por medios preestablecidos, por la entrega de informes por los trabajadores al final de la prestación de servicios, por el uso de instrumentos telemáticos e informatizados, como teléfonos, *tablets*, computadoras, *bipers*, inclusive con el uso de herramientas modernas como el *skype*, *MSN*, redes sociales, de forma que no puede el empleador abstenerse de hacerlo, con el objetivo de no pagar las horas extras, en total falta de respeto a los derechos fundamentales y laborales específicos. Esa interpretación se encuentra alineada a la exigencia de una tendencia sistémica y teleológica de (re) lectura del ordenamiento patrio, en especial en relación a las leyes laborales, que permiten el trabajo a domicilio (art. 6º de la CLT), con reciente reglamentación del labor controlado y supervisado por los medios telemáticos e informatizados (párrafo único del art. 6º de la CLT). Recurso del demandado fue denegado y de la demandante fue aceptado parcialmente”.

del empleador, de la libertad de circulación del empleado, para permitir el régimen de “sobreaviso”. En 2012, la jurisprudencia de Tribunal Superior del Trabajo - TST fue levemente alterada (33) considerando que el tiempo en que el empleado este aportando instrumentos telemáticos o informatizados proporcionados por la empresa y que, por determinación del empleador, espere convocatorias en su periodo de descanso, sea caracterizado como tiempo de “sobreaviso”, siendo remunerado por ese período en la proporción de 1/3 de las horas normales trabajadas.

El teletrabajo también no está presente en los instrumentos colectivos negociados por los sindicatos y por empresas brasileñas. El relevamiento realizado por el sistema “Mediador” de registros, indica la existencia de cláusula con vistas a la realización de estudios para la implantación del teletrabajo en apenas una empresa, la de Procesamiento de Datos del Estado de Pará (34). Ya en otros 23 instrumentos, las partes negociaron cláusulas sobre trabajo a distancia, siendo que parte de las cláusulas versaban sobre el trabajo ejecutado en las dependencias del cliente del empleador y sobre la sistemática de inclusión o exclusión en el régimen de sobreaviso.

Un ejemplo de reglamentación del trabajo a distancia, existente actualmente en Brasil, fue adoptada de forma innovadora por el Tribunal Superior del Trabajo en 2012 (35), cuyo modelo normativo sirvió como fuente de inspiración para que el Consejo Superior

(33) Superior Tribunal del Trabajo - TST, Resolución 185, 14 de septiembre de 2012, que le dio el siguiente nuevo texto a la súmula 428: “Súmula 28. Sobreaviso. Aplicación analógica del art. 244, § 2º de la CLT (texto alterado en la sesión del Tribunal Pleno realizada en 14/09/2012): inc. I) El uso de instrumentos telemáticos o informatizados proporcionados por la empresa al empleado, por sí solo, no caracteriza el régimen de sobreaviso. Inc. II) Se considera sobreaviso el empleado que, a distancia y sometido al control patronal por instrumentos telemáticos o informatizados, permanezca en un régimen de guardia o equivalente, esperando a cualquier momento ser llamado para servicio durante su período de descanso”. El texto original, vigente hasta 2011, era el siguiente: “Súmula 428 Sobreaviso (conversión de la Orientación Jurisprudencial n. 49 de la SBDI-1): El uso de aparato de intercomunicación, a ejemplo de BIP, ‘pager’ o celulares, por el empleado, por sí solo, no caracteriza el régimen de sobreaviso, una vez que el empleado no permanece en su hogar esperando, a cualquier momento, ser llamado para servicio (resolución 174/2011, Diario Electrónico de la Justicia del Trabajo, divulgado en 27, 30 y 31 de mayo de 2011)”. Disponible en: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428 (Búsqueda del 16 de febrero de 2015). Traducción libre de las autoras.

(34) El sindicato de los empleados en tecnologías de la información, en los estados de Amapá y del Pará y el Procesamiento de Datos del Estado de Pará - PRODEPA, celebran el presente Convenio Colectivo de Trabajo: “cláusula 21º - teletrabajo. La empresa realizará estudios para normatizar y viabilizar proyecto piloto de teletrabajo, en el que la prestación laboral de los empleados efectivos del cuadro de la empresa, podrá ser realizada con subordinación jurídica, en regla, fuera de la sede y por medio de recursos tecnológicos de información y comunicación, con designación de tareas, estudios, dictámenes, informaciones y servicios de carácter técnico-científico, compatibles con la ejecución remota o a distancia”. Disponible en: “<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>” <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>. Búsqueda del 12 de enero de 2015. Traducción libre de las autoras.

(35) BRASIL, Tribunal Superior del Trabajo, TST. Resolución administrativa 1499, de 1 de febrero de 2012. Periódico Electrónico de la Justicia del Trabajo, Brasilia-DF, n. 912, 3 de febrero de 2012 Cuaderno Judicial del Tribunal Superior del Trabajo, ps. 2-5, www.tst.jus.br, búsqueda del 12 de enero de 2015.

de la Justicia del Trabajo - CSJT adoptase como norma interna, con principios generales, aplicables a los órganos de la Justicia de primera y de segunda instancia, y que hasta el momento ya fueron adoptados por 16 Tribunales Regionales del Trabajo (36). Es importante resaltar que los funcionarios públicos están excluidos del régimen del Derecho Laboral, teniendo un vínculo jurídico de naturaleza administrativa funcional y que antes de la reglamentación, una parte significativa de los funcionarios vinculados a los magistrados, ejecutaban habitualmente sus actividades en sus hogares.

La resolución 109, CSJT asegura la facultad de adoptar el teletrabajo, limitado a tipos de servicios específicos, a criterio del tribunal, de acuerdo con la conveniencia administrativa, sin que eso se constituya derecho o deber del funcionario público (37). Inicialmente se limitó la adopción de este régimen para hasta 30% de la capacidad de cada unidad de servicio, que fue ampliado para hasta 50% en 2014, ocasión en la cual 30 funcionarios trabajaban oficialmente a distancia (38), asegurando el mantenimiento del funcionamiento de los sectores con atención al público externo e interno.

Entre los objetivos institucionales señalados para fundamentar la realización del teletrabajo, se encuentra el aumento del desempeño en términos cuantitativos del trabajo sin perjuicio de la calidad de los servicios, que serán realizados cuando sea posible medir objetivamente el desempeño de los funcionarios públicos (art. 3° de la resolución 109 del CSJT), así como atraer y comprometer a los funcionarios con los objetivos de los tribunales, ahorrar tiempo y costos de desplazamiento, contribuir para la mejora de programas ecosociales con la reducción de contaminantes y con la reducción del consumo de bienes y servicios usados por los tribunales, ampliar la posibilidad de trabajo para funcionarios públicos con dificultades de locomoción, razón por la que funcionarios públicos con discapacidad tienen prioridad en optar por el teletrabajo. El teletrabajo será atribuido a los funcionarios que demuestren compromiso, habilidades de gestión propia del tiempo, exigiéndose un incremento en la productividad no inferior a 15% con la adopción de la modalidad a distancia, controlada por medio de registros expresos sobre el contenido y

(36) Consejo Superior de la Justicia del Trabajo (Brasil). Resolución 109/CSJT, de 29 de junio de 2012, Periódico Electrónico de la Justicia del Trabajo, Brasilia -DF, n. 1013, 4 julio de 2012. Cuaderno Judicial del Consejo Superior de la Justicia del Trabajo, ps. 1-4, "<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/25000>" <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/25000>, búsqueda del 13 de enero de 2015. La resolución define el teletrabajo como: "modalidad de trabajo realizado fuera de las dependencias de los órganos de la Justicia de Trabajo de primera y de segunda instancia, con el uso de recursos tecnológicos, sin cambio de domicilio". El artículo 6° establece como pasibles de desempeño fuera de las dependencias de los tribunales: "las actividades cuyo desarrollo, continuo o en determinado período, demanden más esfuerzo individual y menor interacción con los otros funcionarios públicos, tales como: confección de minutas de sentencias, votos, dictámenes, informes y propuestas de actos normativos, entre otros". Traducción libre de las autoras.

(37) Conforme art. 2° de la Resolución 109 del CSJT. La Resolución administrativa 1499 de 2012 a su vez, establece que el término del teletrabajo se dará cuando el funcionario público solicitar el retorno al trabajo en las dependencias del tribunal (art. 13) o cuando el gestor de la unidad, justificadamente en el interés de la administración, desautorizar el régimen (art. 14) para un o más funcionarios de su sector.

(38) Conforme acto CDEP.SEGPES.GDGSET.GP n° 327/2014 que cambió la resolución administrativa 1499 de 2012. www.trtsp.jus.br (Búsqueda del 6 de febrero de 2015).

por plazos en las tareas. Numerosos deberes específicos son establecidos a los funcionarios que mitigan la libertad de definir el lugar de la prestación laboral, ya que, deben atender convocatorias para comparecencia, obtener autorización previa para viajes durante este período, reunirse con sus jefes para presentar resultados periódicamente, exigiéndose su permanencia en la ciudad en la cual se encuentra el órgano judicial al que está vinculado, todo eso sin contar con los deberes de mantenimiento de los canales de contacto y comunicación, consulta diaria a las casillas de correo electrónico institucional, etc. Son previstas sanciones específicas, tales como la suspensión de la participación del funcionario público en el régimen de teletrabajo por un año, cuando no sean finalizadas de modo injustificado tareas que le fueron asignadas, que se añaden a las sanciones específicas y legalmente establecidas a todos los funcionarios públicos civiles, de acuerdo con lo que establece el art. 127 de la ley 8112 de 1990 (resolución 109 CSJT).

Desde el punto de vista del medio ambiente laboral, la resolución 109 CSTJ atribuye al funcionario público la responsabilidad de proveer los equipamientos físicos y tecnológicos necesarios para el régimen de teletrabajo. Las reglamentaciones específicas añaden la exigencia que los equipamientos sean ergonómicos, exigiéndose que el funcionario público se responsabilice sobre la adecuación de la maquinaria y ambiente familiar/laboral a las exigencias de prevención de enfermedades laborales (39). La visión institucional sobre la experiencia del teletrabajo en sus dependencias es positiva, resaltando un incremento de productividad (40). Las fuentes oficiales destacan un grado de satisfacción de los participantes del proyecto con el teletrabajo (41), inabordable hasta el momento

(39) Conforme art. 7º de la Resolución 1499 del Tribunal Superior del Trabajo - TST.

(40) Según declaraciones oficiales del Presidente del Tribunal: “Resultados positivos: ‘hicimos un proyecto piloto y verificamos que el resultado fue extremadamente positivo’, afirma el presidente del TST, ministro Barros Levenhagen”. “La productividad de los funcionarios públicos que participaron de la primera etapa de implantación del teletrabajo aumentó mucho. Por eso, decidimos por la implantación”. “Levenhagen cree que esa modalidad de trabajo hará parte del futuro de las relaciones laborales, ‘trayendo beneficios tanto para el trabajador como para la empresa’”. *“TST amplia porcentual de servidores que pueden optar por trabajar en casa”*. Disponible en: “http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-amplia-percentual-de-servidores-que-podem-optar-por-trabalhar-em-casa”, búsqueda del 05 de febrero de 2015. Traducción libre de las autoras.

(41) A respecto, el destaque dado por el informativo llamado “Notícias do TST”: “Hace dos años asesorando desde su hogar, el ministro Hugo Scheuermann y la funcionaria pública Dominyque Anunciatta dicen que no cambian el teletrabajo por nada. ‘Yo ya tenía el costumbre de llevar el trabajo para mi casa, pues la productividad era mucho mayor cuando estaba sola. Lo que hicimos fue oficializar esa situación. En casa no hay distracciones, interrupciones, es más fácil para concentrarse y enfocar’, cuenta la funcionaria pública, que trabaja en el TST a 33 años. ‘El lado malo es perder el contacto con los compañeros de trabajo. Ese contacto es importante, porque permite un constante intercambio de conocimientos, que enriquece mucho. En el teletrabajo es necesario tener disciplina, pero vale la pena’”. *“TST amplia porcentual de servidores que podem optar por trabalhar em casa”*. Disponible en: “http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-amplia-percentual-de-servidores-que-podem-optar-por-trabalhar-em-casa” http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-amplia-percentual-de-servidores-que-podem-optar-por-trabalhar-em-casa”, búsqueda del 5 de febrero de 2015. Traducción libre de las autoras.

que investigaciones externas puedan evaluar los efectos de la práctica adoptada en su plena extensión, incluyendo aspectos de sociabilidad, intersubjetivos y de adecuación a las prácticas, rutinas y entendimientos laborales y jurídicos que se aprenden en el cotidiano de las relaciones establecidas en el lugar de trabajo.

Aunque los marcos normativos, institucionales y culturales que amparan las reglamentaciones examinadas en la administración pública judicial sean absolutamente distintos y dispares del ambiente laboral en el sector privado, de la cultura y de las prácticas empresariales brasileñas, como de los principios y reglas aplicables a los empleados regidos por la Consolidación de las Leyes del Trabajo CLT, la innovación traída por la reglamentación del teletrabajo por las instituciones que, en última instancia, son responsables por la apreciación y juicio de los litigios que envuelven conflictos derivados de la adopción del trabajo a distancia, fue rápidamente apropiada por los medios jurídicos empresariales y de administración de recursos humanos. Tales actores tendieron a destacar la ausencia de control sobre el tiempo y sobre la jornada de trabajo, interpretando como una señal del tribunal la regulación en el sentido de la inexistencia del pago de horas extras, ni la fijación de jornada para el universo de empleados sujetos a tal régimen (42), lo que nos parece indebido.

(42) Conforme se extrae del destaque dado por los órganos de comunicación - portal de Globo.com. “TST reglamenta el trabajo a distancia para sus funcionarios públicos: ‘Teletrabajo será para funciones cuyo desempeño sea medido por metas. Para la abogada Sônia Mascaro Nascimento la medida puede servir como ejemplo para empleadores.’ (...) El Órgano Especial de Tribunal Superior de Trabajo (TST) aprobó un acto que reglamenta el teletrabajo en su plantilla de personal. A medida que define criterios y requisitos para la realización de tareas fuera de las dependencias del tribunal, mediante control de acceso y evaluación constante de desempeño y de las condiciones de trabajo. La ley 12551, sancionada en diciembre de 2011 por la presidente Dilma Rousseff, da los mismos derechos laborales previstos en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), como horas extra, plus por turno nocturno y soporte en casos de accidentes de trabajo, para quien ejerce trabajo remoto, o sea, en su hogar o a distancia, usando computadoras, teléfonos, celulares y smartphones. Al proponer reglamentaciones, el Presidente del TST, Ministro João Oreste Dalazen, observó que el avance tecnológico, especialmente con la implantación del proceso electrónico, posibilita el trabajo remoto, que, a su vez, trae ventajas y beneficios directos e indirectos para la administración, para el funcionario público y para la sociedad. Dalazen recordó que la ley 12551 de 2011 reconoce esas ventajas al equiparar el teletrabajo al trabajo presencial. (...) Parámetro - Para la abogada laboral Sonia Mascaro Nascimento, consultora y socia de *‘Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Advogados’*, la decisión del TST reconoce, ahora expresamente, relaciones de empleo establecidas por medio del teletrabajo. Ella resalta la opción del TST por no controlar la jornada de los funcionarios por medios electrónicos. ‘De esa forma, determinan que sólo será exigido del funcionario público el cumplimiento de metas establecidas en su gabinete, que deberán ser 15% mayores que la metas de los funcionarios que prestan servicios presencialmente. Así, el único medio de comunicación electrónica que se exige es el correo electrónico (e-mail), que debe ser chequeado una vez por día, independiente del horario.’ Para Sonia, la reglamentación del teletrabajo puede servir como ejemplo para los empleadores de lo que sería una estructura ideal para la implantación del teletrabajo en sus empresas. ‘En los moldes hechos por el TST, no hay control directo de jornada, ya que no es exigida ninguna carga horaria específica de trabajo, cabiendo al trabajador sólo el cumplimiento de sus metas y plazos. Si llevados para la iniciativa privada esos estándares del trabajo a distancia, no hay que se hablar en derecho a horas extras de estos trabajadores’, dice. La abogada dice que las normas estipuladas deben servir de base para que las empresas y empresarios se resguarden ante la propia Justicia del Trabajo en relación a la adopción del teletrabajo en sus establecimientos, sirviendo como parámetro de reglamentación del trabajo a distancia de sus empleados.’

V. Conclusiones

Las transformaciones político-sociales vividas en los últimos cincuenta años acompañaron profundos cambios en el régimen de acumulación flexible, con mutaciones en los procesos y sistemas de trabajo. Aunque no sea posible hablar de una hegemonía del capitalismo informacional, la comprensión que los sistemas productivos se organizan en redes y conexiones (43) que permiten el surgimiento de nuevos modos de trabajar, con la desterritorialización de las empresas, de los proveedores e, inclusive, de los trabajadores indica la arena en que nuevas formas de labor se desarrollan.

La descentralización del lugar de trabajo es fácilmente verificada con el surgimiento del teletrabajo, modalidad de trabajo a distancia, pero ontológicamente distinto del trabajo en domicilio tradicional, no solamente por la necesaria comunicación a través de los medios telemáticos e informatizados, sino, sobre todo, porque permite un control permanente e intensivo sobre los modos de trabajar. La descentralización, en este sentido, es aparente.

El surgimiento del teletrabajo trae nuevos desafíos para el Derecho Laboral. En Brasil, las cuestiones centrales que se relacionan al teletrabajo dicen al respecto del vínculo jurídico al que están sometidos, a la insatisfacción de una labor basada en el establecimiento de un régimen de metas para medir la productividad y al problema del control sobre el tiempo de trabajo para fines de inclusión y exclusión de los trabajadores en lo que atañe a los derechos que tienen con relación a la jornada de trabajo.

Solamente en el último quinquenio surgieron institutos y reglas sobre el tema, todavía que de modo incipiente, destacando la modificación del art. 6º de la CLT, con el importante reconocimiento jurídico de que los medios telemáticos e informatizados de control exteriorizan la subordinación jurídica.

Todavía hay un largo camino a recorrer para que los teletrabajadores brasileños sean beneficiados por instrumentos específicos de protección sobre el tiempo de su trabajo, sobre el medio ambiente, sobre los riesgos ergonómicos y psicológicos a los que están sujetos por un trabajo aislado y sin vinculaciones intersubjetivas, lo que afecta también su capacidad de articulación societaria, sindical y política. La regulación incipiente y difusa impide que se pueda hablar de un modelo de regulación, pero por otro lado denota la importancia de estudios comparativos para estimular la producción legislativa y el debate sobre el teletrabajo.

VI. Bibliografía

Acto CDEP.SEGPES.GDGSET.GP n° 327/2014 que cambió la resolución administrativa 1499 de 2012. http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Atos/AtoGDGSET_327_14.html (búsqueda del 06 de febrero de 2015).

“<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/02/tst-regulamenta-trabalho-distancia-para-seus-servidores.html>” <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/02/tst-regulamenta-trabalho-distancia-para-seus-servidores.html> (Publicada el 10 de febrero de 2012, búsqueda del 13 de enero de 2015). Traducción libre de las autoras.

(43) CASTELLS, Manuel, ob. cit., p. 119.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*, 8. ed., LTr, São Paulo, 2012.

“Trabalhadores intelectuais.” *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 39, n. 69, Belo Horizonte, enero / junio de 2004, ps. 147-165. Disponible en: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf, (búsqueda del 3 de noviembre de 2014).

BRASIL, Constitución de la República Federativa de Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm (búsqueda del 11 de noviembre de 2014).

BRASIL, Decreto ley 5452, de 01 de mayo de 1943. Aprueba la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm (búsqueda del 22 de octubre de 2014).

BRASIL, Ley 12551, de 15 de diciembre de 2011. Modifica el art. 6º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12551.htm (búsqueda del 14 de octubre de 2014).

BRASIL, Tribunal Superior del Trabajo. *Súmula* n. 128. http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428 (búsqueda del 05 de febrero de 2015).

BRASIL, Tribunal Superior del Trabajo. Resolución 185 de 14 de septiembre de 2012. Periódico Electrónico de la Justicia del Trabajo, Brasilia -DF, n. 1073, 27 de septiembre de 2012. Cuaderno Judicial del Tribunal Superior del Trabajo, ps. 5-36. <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/26556> (búsqueda del 06 de febrero de 2015).

BRASIL, Tribunal Superior del Trabajo. Resolución administrativa 1499, de 01 de febrero de 2012. Periódico Electrónico de la Justicia del Trabajo, Brasilia -DF, n. 912, 3 de febrero de 2012 Cuaderno Judicial del Tribunal Superior del Trabajo, ps. 2-5. <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/19477> (búsqueda del 12 de enero de 2015).

BRASIL, Tribunal Superior de Trabajo - RR: RR 38100-61.2009.5.04.0005. Primero Turno. Ministro Relator, Lelio Bentes Correa. Brasilia, 15 de agosto de 2012. Disponible en: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22181791/recurso-de-revista-rr-381006120095040005-38100-6120095040005-tst/inteiro-teor-110566285> (búsqueda del 16 de febrero de 2015).

BRASIL, Tribunal Regional de Trabajo de la Primera Región - RO: RO 0009905120105010013. Séptimo Turno. Ministro Relator, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Rio de Janeiro, 14 de noviembre de 2012. Publicado en 03 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/handle/1001/447108?queryRequest=trabalho%20externo> (búsqueda del 16 de febrero de 2015).

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, vol. 1, 6ª ed., Paz e Terra, São Paulo, 1999.

Consejo Superior de la Justicia del Trabajo (Brasil). Resolución 109/CSJT, de 29 de junio de 2012, Periódico Electrónico de la Justicia del Trabajo, Brasilia -DF, n. 1013, 4 julio de 2012. Cuaderno Judicial del Consejo Superior de la Justicia del Trabajo, ps. 1-4. Disponible en: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/25000> (búsqueda del 13 de enero de 2015).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio de 1996. Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/> (búsqueda del 16 de octubre de 2014).

DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, 11ª ed., LTr, São Paulo, 2012.

“Direitos fundamentais nas relações de trabalho,” *Revista de direitos e garantias fundamentais*, n. 2, 2007, p. 35. <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf>, búsqueda del 03 de noviembre de 2014.

- ESTRADA, Manuel Martín Pino, “A realidade do teletrabalho no Brasil e nos tribunais brasileiros (The reality of telework in Brazil and Brazilians court)”, en *Direito e Liberdade*, v. 12, n. 1 [6], Natal, 2010. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43788>, búsqueda del 13 de octubre de 2014.
- GARCIA, Mayara dos Anjos, “As transformações produtivas e a necessidade de uma releitura do conceito clássico de subordinação no teletrabalho” (Orientadora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva). Trabajo de Conclusión de Carrera de Estudios - TCC (graduación) - Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro, 2014. Inédito.
- HARVEY, David, *Condição pós-moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*, 24ª ed., Edições Loyola, São Paulo, 2013.
- JARDIM, Carla Carrara da Silva, *O teletrabalho e suas modalidades*. LTr, São Paulo, 2003.
- MACHADO, Sidnei, *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. LTr, São Paulo, 2009.
- MARTINO, Vittorio Di, “The high road to teleworking”. ILO, Ginebra, 2001, p. 11. <http://sidtu.org/SID-UNION-FILES/SID-PDF-DOCS/ILO-Teleworking.pdf> (búsqueda del 10 de octubre de 2014).
- NILLES, Jack M., *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. Traducción Eduardo Pereira e Ferreira. Futura, São Paulo, 1997.
- PEDREIRA Silva, Luiz de Pinho, *Principiologia do direito do trabalho*. LTr, São Paulo, 1992.
- “O teletrabalho”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 5, p. 583, mayo de 2000.
- PORTO, Lorena Vaconcelos, *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. LTr, São Paulo, 2009.
- SAAD, Carla, “*Ius variandi* en el teletrabajo”, *Revista de la Facultad*, vol. V, n. 2, Nueva Serie II, 2014, ps. 293-306.
- SENNETT, Richard, *A corrosão do caráter: O desaparecimento das virtudes com o novo capitalismo*, 1ª ed., BestBolso, Rio de Janeiro, 2012.
- SILVA, Sayonara Grillo C. L. da, “Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 3, Brasília, julho/septiembre de 2008. http://www.dmtemdebate.com.br/abre_artigos.php?id=26, búsqueda del 13 de enero de 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Secretaria de Comunicação Social. “TST amplia percentual de servidores que podem optar por trabalhar em casa”, http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-amplia-percentual-de-servidores-que-podem-optar-por-trabalhar-em-casa (búsqueda del 5 de febrero de 2015).
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Secretaria de Comunicação Social. “TST reglamenta el trabajo a distancia para sus funcionarios públicos. Teletrabajo será para funciones cuyo desempeño sea medido por metas. Para abogada, medida puede servir como ejemplo para empleadores.” <http://g1.globo.com/concursosemprego/noticia/2012/02/tst-regulamenta-trabalho-distancia-para-seus-servidores.html> (búsqueda del 13 de enero de 2015).
- VALENTIM, João Hilário, “Teletrabalho e relações de trabalho” en *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, ano X, n. 19, Brasília, marzo de 2000, ps. 59-60.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, 3ª Ed. LTr, São Paulo, 2005.