

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA 15ª REGIÃO  
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial  
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 61

p. 1 - 344

jul./dez.

2022

# **POTESTADES DEL EMPLEADOR EN RELACIÓN A LOS TRABAJADORES NO VACUNADOS**

## **POWERS OF THE EMPLOYER IN RELATION TO THE WORKERS NOT VACCINATED**

**CASTELLO, Alejandro\***

### **1 INTRODUCCIÓN**

Desde comienzos del año 2020 al presente, la Pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 ha tenido innumerables repercusiones negativas en todos los planos de la vida de los seres humanos. Uno de ellos ha sido el mundo del trabajo.

La retracción del producto bruto y la recesión económica derivadas fundamentalmente de la suspensión - parcial o total, mandatoria o voluntaria - de múltiples actividades - públicas y privadas -, el distanciamiento social y la caída abrupta del consumo, generaron el cierre o redimensionamiento de empresas y la destrucción de cuantiosos empleos, la interrupción/suspensión de innumerables contratos de trabajo, el aumento de la informalidad, el descenso del poder adquisitivo y los ingresos de las familias y el deterioro de las condiciones de trabajo, entre otros efectos económicos y laborales notoriamente nocivos para la inmensa mayoría de la población.

Cuando las vacunas contra el virus que provoca la enfermedad comenzaron a estar disponibles en cada país, inmediatamente surgieron en el mundo varias dudas y polémicas acerca de los derechos, deberes y responsabilidades de las empresas y los trabajadores frente a la decisión voluntaria de aquellos que optaron por no recibir el antígeno.

---

\*Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Como la adhesión a la vacunación suele ser en casi todos los países de carácter voluntario<sup>1</sup>, no siendo Uruguay una excepción, la primera reacción que provino del mundo jurídico fue considerar que esta cuestión debía ser totalmente neutra e indiferente en el plano laboral. Se señalaba que se trataba de una discusión que debía darse en el plano de la vida civil y política, no pudiéndose considerar la posibilidad de que el trabajador pudiese sufrir alguna consecuencia adversa en su empleo.

Sin embargo, la buena eficacia comprobada de las vacunas para prevenir la enfermedad grave, la hospitalización y la muerte, aunada a la seguridad demostrada de éstas, generó rápidamente el reclamo de los trabajadores vacunados - especialmente de aquellos que son portadores de comorbilidades -, hacia los empleadores, exigiendo que se adopten medidas de protección de su vida y salud en los centros de trabajo. Lo mismo sucedió con los usuarios, clientes, proveedores y terceros que se relacionan de manera directa y presencial con los trabajadores de las entidades públicas y privadas.

De ese modo, surgieron interrogantes tales como, por ejemplo, si el empleador está facultado para consultar a los trabajadores si se han vacunado o si la empresa/entidad pública pueden ejercer su poder de organización, para disponer un cambio de lugar o de horario de trabajo, de manera de evitar el contacto entre trabajadores vacunados y no vacunados, e inclusive, el distanciamiento físico de estos últimos con proveedores, usuarios o clientes.

Las interrogantes se han extendido inclusive a si el empleador (público o privado) puede resolver que el trabajador no vacunado, no retorne al trabajo presencial mientras mantenga su decisión de no recibir el antígeno, y aún más, si tiene potestad de dar por terminado su contrato de trabajo o vínculo estatutario (para el caso de los funcionarios públicos).

En un primer momento, todas estas interrogantes se respondieron rápidamente de manera negativa, basándose para ello en que rigen para todos estos casos, de manera irrestricta, los derechos fundamentales del trabajador como los de libertad, privacidad, intimidad y trabajo.

Así las cosas, cualquier medida adoptada por el empleador en relación a la no vacunación de los trabajadores, constituiría una violación de tales derechos fundamentales.

Pero, a poco que se comenzó a profundizar el análisis, se advirtió que la situación involucraba en muchos casos una contradicción que excedía el plano de los derechos y libertades del trabajador no vacunado

---

<sup>1</sup>Salvo para el personal que trabaja en los servicios de atención a la salud y en las residencias de cuidados de adultos mayores, para los cuales en muchos países se ha impuesto la vacunación obligatoria como forma de disminuir el riesgo para la vida de pacientes y usuarios del sistema.

y las facultades del empleador, sino que incluía otros derechos y libertades, como aquellos de los que son titulares los trabajadores vacunados e inclusive los usuarios, clientes, proveedores y otros agentes externos a la empresa, que merecen igual consideración y respeto (en particular, los derechos a la vida y la salud).

Es que, como es conocido, cuando los trabajadores concurren diariamente a los centros de trabajo esperan encontrar en los mismos un ambiente seguro para el desarrollo de sus tareas, libre de riesgos para su integridad física y moral. Los trabajadores confían en que las empresas adoptarán medidas de seguridad e higiene laboral, con la finalidad de ponerlos a resguardo de accidentes de trabajo, pero también de enfermedades (laborales o comunes). Iguales consideraciones pueden realizarse respecto de usuarios, clientes, proveedores etc.

A partir de esa constatación, la respuesta a las interrogantes planteadas se tornó una tarea más difícil y compleja (al menos en Uruguay).

En las líneas que siguen abordaremos los argumentos que, en ausencia de regulación legal, se han formulado para resolver la problemática señalada.

## 2 EL CONTEXTO

El primer aspecto que debe tenerse en cuenta para analizar las interrogantes planteadas, es que la enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2 no tiene el mismo tipo de transmisibilidad que otros virus que habitualmente circulan en la comunidad y los centros de trabajo, y que los riesgos para la vida y la salud pueden resultar significativos (tan es así que han fallecido varios millones de personas).

Los virus se pueden transmitir por **contacto directo** entre seres humanos, lo que requiere de contacto físico entre una persona infectada y una persona susceptible o no infectada. También se transmiten por **contacto indirecto**, lo que ocurre cuando el ser humano toma contacto con superficies u objetos contaminados o con ciertos seres vivos (por ej. mosquitos, moscas, pulgas, garrapatas etc.).

Muchas son las enfermedades que se transmiten por contacto entre seres humanos. Ejemplo de alguna de ellas son la varicela, el resfriado común, la conjuntivitis, hepatitis A y B, herpes simple, influenza, sarampión, mononucleosis, la quinta enfermedad, neumonía bacterial e infecciones de la piel.

El virus que causa la enfermedad conocida como Covid-19 también se trasmite por contacto entre seres humanos. Los datos

disponibles actualmente apuntan a que el virus se propaga principalmente entre personas que están en estrecho contacto, por lo general a menos de dos metros, así como también por la inhalación de aerosoles suspendidos en ambientes cerrados con poca o nula ventilación.

La situación reseñada evidencia que la problemática causada por la Covid-19 en el empleo, no debería ser tratada - desde el punto de vista jurídico - de la misma manera que se han abordado otras enfermedades que pueden contagiarse en los centros de trabajo, pero que son de baja transmisibilidad.

Es que, aunque se han implementado Protocolos sanitarios para reducir las probabilidades de contagio en las oficinas, talleres, locales y establecimientos laborales en general - públicos y privados -, la facilidad de transmisión que tiene la Covid-19 no ha evitado que siga verificándose contagios en esos ámbitos.

La Pandemia ha generado consecuencias muy negativas para la vida, la salud, la economía, el empleo, la cultura, la educación y las relaciones sociales en general. Se han sufrido pérdidas incalculables en todos los planos.

Para superar esos problemas, la Ciencia produjo vacunas contra la enfermedad provocada por la Covid-19, que desde diciembre de 2020 se han comenzado a utilizar en el mundo y están demostrando ser altamente seguras y de razonable eficacia, sobre todo para prevenir la muerte y la enfermedad grave. Pero, la probabilidad de contagio no ha sido eliminada por las vacunas disponibles en la actualidad, lo que genera la preocupación de que los trabajadores no vacunados puedan constituirse en un vector de contagio para el resto de la comunidad laboral, ya que se ha demostrado que éstos tienen mucha más probabilidad de contagiarse y contagiar al resto, en comparación con los vacunados.

Hasta el presente, la gran mayoría de los Estados, no siendo Uruguay la excepción, no ha establecido por ley la vacunación obligatoria de todos los habitantes, aunque son cada vez más frecuentes los países que imponen la vacunación obligatoria de algunos sectores de la población - sobre todo del personal de los servicios de salud o dedicados al cuidado de adultos mayores.

Sin embargo, cada vez son más los Gobiernos que disponen medidas restrictivas para el acceso a los servicios o lugares públicos o privados de uso público - escuelas, gimnasios, bares y restaurantes, hotelería, cines, teatros, oficinas públicas etc. -, para las personas que han decidido no vacunarse, exigiéndose un "pase sanitario" que acredite haberse adherido al plan de vacunación del país.

En el plano laboral, diariamente aumenta la cantidad de compañías que exigen a sus empleados que se inmunicen contra la

Covid-19, como condición para retornar a los centros de trabajo. Empresas Multinacionales de renombre como Cisco, Facebook, Ford, Goldman Sachs, Amazon, Google y otras, han implementado mecanismos para incentivar que sus empleados se vacunen, anunciando que no admitirán el regreso a los establecimientos si previamente no acreditan haberse vacunado o estar en curso de hacerlo.

En el caso de Estados Unidos, si bien al inicio se plantearon dudas sobre la legitimidad de estas medidas, una Directriz de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC), dictada en julio de 2021, señaló que las leyes federales que prohíben la discriminación en el lugar de trabajo “[...] no impiden al empleador exigir a todos los empleados que ingresan físicamente en el lugar de trabajo estar vacunados contra el COVID-19” (COMISIÓN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL EMPLEO, 2021).

### **3 LOS DERECHOS, LIBERTADES, DEBERES Y POTESTADES EN JUEGO**

A primera vista, la inexistencia de una Ley que ordene al ciudadano la obligatoriedad de la vacunación contra la Covid-19, podría llevar a pensar que el empleador no puede adoptar ninguna medida laboral que tome en cuenta esa circunstancia.

En ese sentido, en Uruguay una corriente de opinión entiende que ante la inexistencia de una Ley que obligue a los trabajadores a vacunarse, los empleadores tienen vedado cualquier consulta sobre si han adherido a la vacuna o la adopción de medidas que puedan implicar cambios o restricciones en el empleo vinculadas al rechazo a no vacunarse, so pena de ser consideradas como prácticas discriminatorias, violatorias de los arts. 7, 8 y 10 de la Constitución y el Convenio Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n. 111 sobre Discriminación en el empleo, entre otras normas<sup>2</sup>.

Así, se señala que en materia sanitaria solo puede condicionarse el ingreso del trabajador al centro de trabajo, a la presentación del Carné de Salud vigente, el cual incluye la obligatoriedad de contar con varias vacunas (Ley n. 9.697 y Decreto n. 274/017), entre las que no se incluye la que se ofrece contra la Covid-19. También se sostiene que en esta materia rige el derecho a la privacidad y la libertad de conciencia del

---

<sup>2</sup>POEY DAGUERRE, María José. Vacunación contra la Covid 19: algunas reflexiones sobre las potestades del empleador y los dilemas planteados. **Derecho Laboral**, Montevideo, t. LXIV, n. 281, p. 151-163, enero/marzo 2021.

trabajador, la cual no puede ser afectada por el empleador exigiéndole, de forma directa o indirecta, que cuente con la vacunación para poder trabajar<sup>3</sup>.

Desde este enfoque individualista, se considera que si la vacunación contra el Covid-19 es voluntaria, el empleador no tiene potestad para exigir ésta como condición para trabajar de manera presencial, ni para adoptar cualquier otro tipo de decisión que tome como fundamento el rechazo a vacunarse.

Sin embargo, esta mirada del asunto podría no ser completa, porque se asume como premisa que lo que está en juego es una **contradicción** entre la libertad del trabajador de no vacunarse y su derecho al trabajo, *versus* la libertad de empresa y el poder de dirección de ésta. Se considera que, si el empleador condiciona, modifica o restringe el empleo del trabajador a causa de su decisión de no vacunarse, ello lo hace con la finalidad de proteger sus intereses económicos, tratando de garantizar la continuidad de las operaciones para evitar pérdidas y sobre costos de producción.

Como es evidente, si el binomio en contradicción es libertad de elección, derecho al trabajo, privacidad e intimidad, de un lado, y libertad de empresa y poder de dirección del empleador por el otro, el primero muy excepcionalmente puede resultar sacrificado a favor del segundo. Los primeros son derechos fundamentales de las personas y los segundos derechos y libertades de contenido económico, que desde la perspectiva de las Constituciones que se inspiran en el garantismo y los derechos sociales, que son la enorme mayoría en los países occidentales con economía social de mercado, generalmente priman los derechos y libertades civiles y políticas en relación a los derechos y libertades conferidos a las empresas.

Pero este enfoque podría resultar insuficiente e incompleto, porque no toma en cuenta que los potenciales afectados si el trabajador decide no vacunarse y contrae la enfermedad, son principalmente los restantes trabajadores del establecimiento que sí se han vacunado, así como los usuarios, clientes, proveedores y otros agentes externos que se relacionan con el centro de trabajo de manera directa y presencial.

En efecto, lo que se pierde de vista es que debido a la altísima tasa de transmisibilidad que tiene la Covid-19 y los riesgos comprobados

---

<sup>3</sup>PANIZZA DOLABDJIAN, Carolina. La exigencia de la vacunación contra el COVID-19. Análisis desde el derecho a la privacidad y la libertad de conciencia del trabajador. **Derecho Laboral**, Montevideo, t. LXIV, n. 282, p. 351-354, abr./jun. 2021. En la misma posición: BARRETTO GHIONE, Hugo. La vida breve de la "libertad responsable": ¿puede el empleador exigir la vacunación al trabajador? **La diaria**, Montevideo, 29 marzo 2021. Disponible en: <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/3/la-vida-breve-de-la-libertad-responsable-puede-el-empleador-exigir-la-vacunacion-al-trabajador/>.

que tiene la enfermedad para la vida y salud de las personas, los no vacunados, que tienen más alta probabilidad de contagiarse, pueden transmitir fácilmente ésta a los demás integrantes de la comunidad laboral en el marco de la interacción inherente al trabajo.

Y, como resulta obvio, los trabajadores vacunados - al igual que los usuarios, clientes, proveedores etc. - también son titulares de derechos fundamentales civiles, políticos y/o laborales que pueden verse afectados y por ello confían en que se adoptarán medidas para su protección.

En ese sentido, huelga decir que los trabajadores que se han vacunado también son titulares del derecho a la vida (art. 7 de la Constitución), derecho a la salud (art. 44 de la Constitución), derecho al trabajo (art. 7 de la Constitución), derecho a ser protegido frente a los riesgos laborales, como accidentes y enfermedades (art. 53 de la Constitución) y derecho a trabajar en un ambiente sano y seguro (art. 54 de la Constitución).

Al respecto, se ha señalado que el trabajador, por su condición de persona, tiene el **derecho y el deber de cuidar su salud y la de los demás con los cuales se relaciona en el lugar de trabajo**, lo que incluye el derecho a gozar de condiciones adecuadas para la protección de la vida y la salud en el trabajo, el cual se puede ejercer frente al empleador pero también frente al resto de la comunidad laboral, en la medida en que constituye un derecho humano reconocido universalmente en normas internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos - art. 23 -, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - art. 7 -, Carta Americana de Garantías Sociales - art. 31 -, Convenio de OIT n. 155 etc.) y constitucionales (arts. 7, 44, 53, 54 y 72 de la Constitución)<sup>4</sup>.

En Uruguay la Constitución de la República reconoce el **derecho a la salud** en su art. 44, cuando establece que:

El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

**Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.** El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes. (URUGUAY, 1967) (resaltado).

<sup>4</sup>PÉREZ DEL CASTILLO, Matías; INTHAMOUSSU, Juan Diego. **Manual de normas de seguridad y salud en el trabajo**. Montevideo: FCU, 2014, p. 13-ss.

El derecho a la salud recogido en la Constitución tiene un contenido complejo. Es un haz de derechos y deberes, que incluye acciones negativas y afirmativas. Si bien generalmente se tiende a poner énfasis en las acciones positivas frente al Estado, referidas fundamentalmente a las prestaciones asistenciales que éste debe brindar para la protección de la salud de los habitantes, lo cierto es que en nuestro esquema constitucional la salud también está regulada como un bien colectivo, lo que implica que el ciudadano tiene el deber de cuidar su salud cuando está en juego la salud de terceros.

En ese sentido, la doctrina ha señalado que el derecho a la salud debe ser valorado a la luz de otras disposiciones constitucionales, como por ejemplo, aquellas que consagran la libertad individual<sup>5</sup>, por lo que, en principio, toda persona es libre de desatender su propia salud sin poder ser conminado o sancionado por ello, decisión que se puede ver limitada en aquellos casos en que con esa conducta se vuelve capaz de lesionar bienes o derechos de terceros, ya que dicha libertad tiene como límite la vida y salud de los demás<sup>6</sup>.

Es que, como resulta evidente, todos los trabajadores, los vacunados y los no vacunados, son titulares de lo que se ha dado en llamar derechos fundamentales específicos e inespecíficos, que configuran lo que se conoce en el Derecho laboral como “ciudadanía laboral en la empresa”.

Al respecto, el español Juan Sagardoy enseña que:

[...] se trata de derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales **inespecíficos**. Son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral. (SAGARDOY BENGOCHEA, 2005, p. 13).

Entre los que se identifican el derecho al honor, la dignidad, la libertad de pensamiento, la libertad religiosa, la intimidad y privacidad, entre otros.

Existe acuerdo en cuanto a que, cuando el trabajador ingresa a la empresa, lleva consigo esos derechos que son inherentes a su persona,

---

<sup>5</sup>JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. **La Constitución nacional**. Montevideo: Cámara de Senadores, 1991, p. 378.

<sup>6</sup>ROBAINA, Andrés. El derecho fundamental a la salud. *In*: AA.VV. **Régimen Jurídico de la Asistencia a la Salud**. 2. ed. Montevideo: FCU, 2018, p. 28-29.

los que son previos al contrato de trabajo que concierta, de superior rango y valor a los que pueda haber acordado<sup>7</sup> y su contenido esencial es resistente a la acción legislativa<sup>8</sup>.

Sobre el punto, otro español, Daniel Martínez Fons (2002, p. 53-54), expresa que “es indudable que el trabajador trae consigo, en la actividad de trabajo, no sólo la fuerza de trabajo sino que al mismo tiempo resulta afectada su propia individualidad como persona”, acotando que se entiende pacíficamente que el trabajo es inseparable de la persona que trabaja, no sólo como trabajador sino como ciudadano y que la proyección de los derechos fundamentales, no permite superar una visión patrimonialista de la relación de trabajo.

Además, como enseña Carlos Blancas, los derechos fundamentales poseen eficacia *erga omnes*, lo que implica que son exigibles no solo frente al Estado sino también ante los particulares, lo que obviamente incluye al empleador y el resto de los miembros de la comunidad laboral<sup>9</sup>.

De ese modo, se exige que en el centro de trabajo se respeten los derechos humanos, como la libertad de religión, la libertad de opinión política, la intimidad, la privacidad, el honor, la dignidad, la vida, la salud, la profesionalidad, entre otros derechos y libertades.

En el Derecho laboral los derechos fundamentales han sido rescatados por la doctrina y la jurisprudencia como mecanismo para limitar el poder patronal y la libertad de empresa<sup>10</sup>. De ese modo, existe coincidencia en que toda medida empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador debe ser sometida, para determinar su licitud, al conocido “**juicio de proporcionalidad**”, que implica aplicar un test de tres pasos: a) **test de idoneidad**, para analizar si la decisión es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, b) **test de necesidad**, para ver si no existe otra medida más moderada para obtener el mismo fin y c) **test de ponderación**, para apreciar las ventajas, beneficios y perjuicios de cada

---

<sup>7</sup>Sobre la vigencia, aplicación y proyección de los denominados “derechos fundamentales inespecíficos” en el ámbito de la relación individual de trabajo véase más ampliamente: VALDES DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. In: CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 17., 2003, Montevideo. **Libro de Informes generales**: Informe general del Tema II. Montevideo, 2003, p. 37-ss.; DE LA RIVA, Amalia. Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos. In: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 15., 2004, Salto: FCU, p. 9-ss.

<sup>8</sup>JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales**: concepto y garantías. Madrid: Trotta, 1999, p. 27.

<sup>9</sup>BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo**. 2. ed. Lima: Ed. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 27-ss.

<sup>10</sup>Véase más ampliamente: SANGUINETI, Wilfredo; CARBALLO, César. **Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa**. Montevideo: FCU, 2018, p. 35-43.

uno de los derechos y libertades en juego y su relación con el interés individual y el interés general o colectivo<sup>11</sup>.

Ahora bien, en el caso que se analiza, el conflicto parece exceder el plano trabajador *vs.* empresa, en la medida que cuando el trabajador rechaza la vacuna está aumentando el riesgo de los demás compañeros de trabajo que comparten el mismo ámbito laboral, de contagiarse de una enfermedad potencialmente mortal o incapacitante, contribuyendo también a perpetuar los costos sociales de la Pandemia. Las mismas consideraciones pueden realizarse respecto de los usuarios, clientes, proveedores y terceros que se conectan de manera presencial con los trabajadores no vacunados.

Frente a ese panorama, surge la interrogante de cómo compatibilizar el derecho al trabajo, la libertad de elección y la privacidad e intimidad del trabajador de los trabajadores no vacunados, con el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad en el trabajo, de todos aquellos que forman parte del centro de trabajo y pueden ver afectados por la decisión de aquellos que deciden no vacunarse.

**Este parecería ser el verdadero conflicto subyacente en el caso que se analiza, el cual quizás no haya sido valorado en su justa dimensión.** No se trata solamente de una colisión entre los derechos fundamentales de los no vacunados y los derechos y potestades empresariales, sino también de un potencial desencuentro y desarmonía de aquellos con el derecho a la vida, la salud y el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

Y desde esa perspectiva, es difícil encontrar una definición razonable de libertad que incluya el derecho a poner en peligro la salud y la vida de otras personas, porque el trabajador prefiere no vacunarse y tomar así precauciones básicas para no contagiar a los demás miembros del centro de trabajo.

Debería reflexionarse sobre si los derechos y libertades fundamentales no son reconocidos para cumplir un fin individual, pero también colectivo o social. Desde el momento en que los seres humanos optamos por vivir en sociedad, los derechos no pueden ser concebidos desde una visión exclusivamente utilitarista e individualista. Se ejercen en relación a los demás y en beneficio propio y general.

---

<sup>11</sup>SANGUINETI; CARBALLO, 2018, p. 57-72. Los autores hacen notar que la ponderación es una "operación compleja y potencialmente polémica, en la que media en que se efectúa en su parte esencial sin red normativa, a partir de valoraciones respecto de las cuales no tiene por qué producirse necesariamente un acuerdo intersubjetivo".

#### **4 ¿EL EMPLEADOR DEBE INTERVENIR EN EL CONFLICTO ENTRE LAS LIBERTADES Y DERECHOS EN JUEGO DE LOS TRABAJADORES DEL CENTRO DE TRABAJO?**

Una respuesta rápida sería que la compatibilización de derechos y libertades debe ser realizada por el Legislador, y en ausencia de norma legal, por la Justicia. En aquellos ordenamientos como el uruguayo donde la cuestión de la adhesión a la vacunación y sus implicancias no ha sido tratada por ley, si un trabajador vacunado entiende que su vida o salud corren riesgo por la decisión de un compañero de trabajo de no vacunarse, debería solicitar a la Justicia la adopción de medidas de resguardo<sup>12</sup>.

Pero, como resulta obvio, esa solución resulta muy poco práctica y razonable. Una controversia judicial entre los propios trabajadores generaría un clima tenso en el empleo, totalmente contrario al sentido común y las reglas de sana convivencia en un centro de trabajo.

¿En ese contexto, el empleador debería ser totalmente neutral y no inmiscuirse en esa colisión de derechos fundamentales?

Para discernir esta cuestión un aspecto que debe tomarse en cuenta es que está fuera de toda discusión que el empleador, como consecuencia del contrato de trabajo, tiene el deber de garantizar la seguridad, salubridad y medio ambiente de trabajo<sup>13</sup>, lo que implica que el empleador debe tomar todas las medidas necesarias y conducentes para poner a buen resguardo la integridad física y moral del trabajador<sup>14</sup>.

Sobre el punto, Ernesto Krotoschin señalaba hace varias décadas que:

Los deberes de protección del empleador consisten en que debe tomar medidas adecuadas, conforme a las condiciones especiales del trabajo, para evitar que el trabajador padezca daños en su persona o en sus derechos o bienes, coinciden muchas veces con otras tantas obligaciones que la legislación del trabajo impone al empleador mediante normas de derecho público, dictadas en ejercicio del poder de policía del trabajo, cuyo cumplimiento es vigilado por los inspectores de

<sup>12</sup>Esta posición es sostenida por PANIZZA DOLABDJIAN, 2021, p. 363.

<sup>13</sup>Así lo establece, a vía de ejemplo, el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) n. 155 sobre Salud y seguridad de los trabajadores y medio ambiente. También consagran este deber los CITs n. 148, 161, 167 y 184.

<sup>14</sup>CASTELLO, Alejandro. Obligaciones de las partes. In: RASO DELGUE, Juan (Dir.). **Derecho del trabajo**. T. I, v. I. Montevideo: FCU, 2012, p. 281-282.

trabajo, alén de la vigilancia ejercida por las asociaciones profesionales, representantes del personal en las empresas, etc., y sancionado con penas de carácter administrativo-penal. (KROTOSCHIN, 1987, p. 265-268).

Además de las disposiciones internacionales, todos los países cuentan con normas constitucionales, legales y reglamentarias que ordenan al empleador a disponer de medidas obligatorias, así como aquellas que sean razonables y deriven del sentido común, para proteger la vida y la salud de los trabajadores, exigiéndose que las empresas desplieguen un cúmulo de medidas tendientes a planificar, evitar, mitigar y erradicar riesgos para la vida y la salud.

Inclusive, en algunos países como es caso de Uruguay<sup>15</sup>, el ordenamiento suele establecer delitos penales que castigan la conducta de los empleadores que omiten adoptar las medidas de resguardo para proteger la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

¿Cómo puede actuar el empleador entonces para cumplir con su obligación de proveer un ambiente de trabajo sano y seguro a todos sus trabajadores y, simultáneamente, respetar los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad e higiene laboral, el empleo, la intimidad, la no discriminación, la igualdad y la libertad de todos los integrantes de su plantilla laboral?

Es muy claro que no puede obligar a los trabajadores a vacunarse. Si no existe ley que establezca esta exigencia para los habitantes, el empleador no puede ordenarle al trabajador que se vacune ni utilizar su poder disciplinario para ello.

¿Ello implica que el empleador tiene vedado adoptar cualquier clase de medida laboral organizativa respecto de los trabajadores no vacunados? ¿La Empresa queda exonerada de adoptar medidas de resguardo frente al peligro de contagio de Covid-19 y el consiguiente riesgo para la vida y la salud de los no vacunados?

Una corriente de opinión sostiene que ante una situación de crisis sanitaria como la que vive el mundo, el empleador tiene el deber de adoptar medidas de protección y resguardo en la comunidad laboral, para disminuir el riesgo de transmisión de la Covid-19 en el centro de trabajo. En protección del interés general, colectivo o grupal el empleador puede adoptar medidas que restrinjan ciertos derechos y libertades fundamentales del trabajador, si ello genera un verdadero beneficio y ventaja para los derechos fundamentales del resto de la comunidad de trabajo.

---

<sup>15</sup>La Ley n. 19.196 de 25 de marzo de 2014 estableció la responsabilidad penal empresarial para el caso de omisión en el cumplimiento de las medidas de seguridad laboral.

En esa dirección Beatriz Durán y Bruno Sande señalan que ningún derecho, salvo la vida, es ilimitado o absoluto, y que la libertad de no vacunarse puede colisionar con el derecho a la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores vacunados, así como de los clientes, proveedores y otras personas que se relacionan con el centro de trabajo. Expresan que:

Encontrándose en colisión varios derechos fundamentales, se debería practicar un examen de ponderación de los mismos, aplicando el conocido test de proporcionalidad. El empleador debe adoptar toda clase de medidas necesarias para proteger la salud y seguridad laboral, la integridad física y psíquica y la vida de los trabajadores. Considerando en este momento la crisis sanitaria y el riesgo que corre la vida de los trabajadores en su lugar de trabajo, la vacunación es una medida de prevención del contagio e inmunización de la población. (DURÁN; SANDE, 2021, p. 144-148).

En postura similar, el constitucionalista uruguayo Martín Risso Ferrand ha señalado en tres columnas de opinión publicadas en el **Semanario Búsqueda** de nuestro país (ediciones n. 2.113, 2.133 y 2.136), que los derechos humanos tienen límites que surgen de la propia Constitución, siendo uno de ellos la regulación de otros derechos de igual jerarquía, criticando los enfoques que sostienen que el empleador no tiene potestad de adoptar medidas en relación al trabajador no vacunado, a causa de la inexistencia de una ley que le otorgue una potestad o derecho para ello. El autor sostiene que están en juego los derechos humanos de todos los trabajadores, vacunados y no vacunados, por lo cual se deberá utilizar el criterio de ponderación para determinar cuál prevalecerá sobre el otro. En el n. 2.136 del **Semanario Búsqueda**, publicado el jueves 19 de agosto de 2021, Martín Risso luego de examinar diferentes aristas de la colisión entre diversos derechos humanos concluye diciendo:

**¿Por qué razón se opta por proteger a quienes no se quieren vacunar (en contra de lo que dice la comunidad científica nacional e internacional) y no se protege a la mayoría que sí se ha vacunado y está preocupada por su salud y la de la comunidad?** (RISSO FERRAND, 2021).

Desde este enfoque, puede concluirse que el empleador está constitucional y legalmente legitimado para adoptar medidas que impliquen una restricción de algunos derechos fundamentales de los trabajadores no vacunados (intimidad, privacidad, trabajo etc.), en protección

y beneficio de otros derechos fundamentales de trabajadores vacunados y usuarios, clientes y proveedores.

En ese sentido, se entiende que el empleador tendría derecho a consultar a la plantilla de trabajadores sobre si han adherido a la vacunación. También podría mantener el trabajo a distancia y restringir el trabajo presencial. Inclusive, tendría potestad para disponer medidas de reorganización del trabajo (por ejemplo, cambio de horario o de sección/lugar de trabajo), para evitar el contacto estrecho directo.

Naturalmente, todas estas medidas solo encontrarían sentido si el trabajador no vacunado ocupa un puesto de trabajo que implica mantener contacto directo con otros trabajadores o con proveedores, clientes, usuarios etc. Así, por ejemplo, si es el sereno del establecimiento que cumple funciones de vigilancia dentro de una casilla ubicada fuera de los locales, oficinas, talleres y demás dependencias, no se advierte cuál podría ser la necesidad y ventaja de afectar sus derechos y libertades, al disponer de medidas organizativas laborales (cambio de horario, lugar de trabajo etc.).

Por ello, la cuestión no puede ser resuelta con carácter general, sino que debe examinarse caso a caso.

## 5 REFLEXIONES FINALES

La Pandemia que vive el mundo desde comienzos del año 2020, ha generado incontables perjuicios para la Humanidad e innumerables incertidumbres en todos los campos de la vida. En el caso del Derecho laboral y la seguridad social, además de la inocultable afectación de los niveles de empleo y la calidad de éstos, así como los desafíos de implementar nuevas respuestas económicas para mitigar los efectos de suspensión del contrato de trabajo (por ejemplo, frente a las cuarentenas preceptivas por contacto con personas contagiadas), lo cierto es que el uso de la vacunación contra la Covid-19 ha presentado nuevos retos para la aplicación de algunos conceptos, principios y reglas tradicionales de la disciplina.

En la presente contribución abordamos solo uno de los diversos problemas que enfrentan los ordenamientos, consistente en la determinación de cómo se resuelve la colisión entre los derechos fundamentales de los trabajadores no vacunados y los que han adherido al antígeno.

En ausencia de reglamentación legal que establezca ese conflicto, parecería que el principal instrumento que se puede extraer de la caja de herramientas que posee el Derecho laboral, es el ya clásico **juicio**

**de proporcionalidad**, plenamente asentado en la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales.

Como explica Jorge Rosenbaum, el *balancing test* constituye un juicio de ponderación para la búsqueda de la solución más adecuada y racional ante el enfrentamiento entre valores y principios contrapuestos. Se trata de:

[...] un procedimiento valorativo que procura sopesar los derechos y su importancia en cada caso concreto, determinando lo más equitativamente posibles cuál de ellos ha de preponderar por sobre el otro u otros. Sirve para poner cada derecho en un platillo de la balanza y a partir de esa medida, argumentar cuál pesa más y cuál debe rendirse frente al otro. Esta operación involucra una determinación fundada de argumentación del juez cuando aplica el derecho, provocando el desplazamiento de unos de los derechos enfrentados. (ROSENBAUM, 2017, p. 60).

El *balancing test* es una herramienta indispensable que se convierte en parámetro de determinación de la validez de las posibles acciones restrictivas de derechos, verificando su adecuación en función de una finalidad que ha de resultar legítima y proporcionada. Se trata de determinar la **idoneidad, necesidad y proporcionalidad** de la medida para conseguir un fin legítimo.

En el caso de la problemática que hemos presentado brevemente, el **juicio de idoneidad** referiría al examen de si cualquier medida laboral adoptada por el empleador que tuviese en cuenta el rechazo a vacunarse por parte de un trabajador, sería susceptible de conseguir el objetivo propuesto que sería proteger la vida y la salud de los trabajadores que optaron por vacunarse y la seguridad e higiene del centro de trabajo. Por ejemplo, si se tratase de un centro hospitalario y el empleador dispusiese que los médicos o auxiliares de enfermería que atienden de forma directa a los pacientes deberían contar con la vacunación, ello parecería constituir una medida idónea y conducente para proteger la vida y salud de los pacientes.

El **juicio de necesidad** se dirigiría a apreciar si la medida sería imprescindible y, por ende, no habría otro mecanismo o recurso más moderado e igualmente eficaz para obtener el mismo resultado. Si la medida no fuese estrictamente indispensable entonces podría entenderse que la medida adoptada contra el trabajador no vacunado es ilegítima. A vía de ejemplo, si en un centro de trabajo solamente desempeñasen sus tareas tres trabajadores, en diferentes turnos, no habría necesidad de medidas precautorias ya que no habría contacto directo entre ellos.

El **juicio de ponderación o equilibrio** apuntaría a determinar si existe una relación razonable entre los beneficios y perjuicios que ocasiona la medida. Esto es, se analizarían las ventajas que generaría para el trabajador vacunado y los daños que ocasionaría a los derechos y valores del trabajador que optasen por no vacunarse. Por ejemplo, si se trata de un trabajador rural que tiene asignadas tareas vinculadas al cultivo y cosecha de naranjas, las cuales se cumplen siempre al aire libre, si el empleador exigiese la vacunación para poder continuar con dichas funciones parecería ser una medida desequilibrada, ya que reportaría alto perjuicio en el empleo para el trabajador y pocos beneficios para el resto de los colegas de trabajo.

Naturalmente, el *balancing test* solo justifica su empleo si entendemos que existe una real oposición de derechos fundamentales entre trabajadores vacunados y trabajadores no vacunados e inclusive, con usuarios, clientes, proveedores y otros agentes externos.

## REFERENCIAS

BARRETTO GHIONE, Hugo. La vida breve de la “libertad responsable”: ¿puede el empleador exigir la vacunación al trabajador? *La diaria*, Montevideo, 29 marzo 2021. Disponible en: <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/3/la-vida-breve-de-la-libertad-responsable-puede-el-empleador-exigir-la-vacunacion-al-trabajador/>.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo**. 2. ed. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

CASTELLO, Alejandro. Obligaciones de las partes. *In*: RASO DELGUE, Juan (Dir.). **Derecho del trabajo**. T. I, v. I. Montevideo: FCU, 2012.

COMISIÓN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL EMPLEO. La EEOC emite asistencia técnica actualizada sobre el COVID-19. **Presione Soltar EEOC**, Washington, DC, 2021. Disponible en: <https://www.eeoc.gov/es/node/133851>.

DE LA RIVA, Amalia. Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos. *In*: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 15., 2004, Salto: FCU.

DURÁN, Beatriz; SANDE, Bruno. Vacunación contra COVID-19: repercusiones sobre el contrato de trabajo y las potestades del empleador. ¿Es legítimo que el empleador exija a sus trabajadores la vacunación? **Derecho Laboral**, Montevideo, t. LXIV, n. 281, p. 133-148, enero/marzo 2021.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. **La Constitución nacional**. Montevideo: Cámara de Senadores, 1991.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Tratado práctico de derecho del trabajo**. V. I. Buenos Aires: Depalma, 1987.

MARTÍNEZ FONS, Daniel. **El poder de control del empresario en la relación laboral**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2002. (Colección Estudios, n. 120).

PANIZZA DOLABDJIAN, Carolina. La exigencia de la vacunación contra el COVID-19. Análisis desde el derecho a la privacidad y la libertad de conciencia del trabajador. **Derecho Laboral**, Montevideo, t. LXIV, n. 282, p. 351-354, abr./jun. 2021.

PÉREZ DEL CASTILLO, Matías; INTHAMOUSSU, Juan Diego. **Manual de normas de seguridad y salud en el trabajo**. Montevideo: FCU, 2014.

POEY DAGUERRE, María José. Vacunación contra la Covid 19: algunas reflexiones sobre las potestades del empleador y los dilemas planteados. **Derecho Laboral**, Montevideo, t. LXIV, n. 281, p. 151-163, enero/marzo 2021.

RISSO FERRAND, Martín. **Semanario Búsqueda**, Montevideo, n. 2.136, 19 agosto 2021.

ROBAINA, Andrés. El derecho fundamental a la salud. *In*: AA.VV. **Régimen Jurídico de la Asistencia a la Salud**. 2. ed. Montevideo: FCU, 2018.

ROSENBAUM, Jorge. El *balancing test* en los conflictos entre derechos fundamentales vinculados con el trabajo. *In*: AA.VV. **Estudios de derecho laboral en homenaje al Prof. Octavio Racciatti**. Montevideo: FCU, 2017.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**. Madrid: Thomson/Civitas, 2005.

SANGUINETI, Wilfredo; CARBALLO, César. **Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa**. Montevideo: FCU, 2018.

URUGUAY. Constitución de la República. **IMPO**, Montevideo, 2 feb. 1967. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>.

VALDES DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. *In*: CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 17., 2003, Montevideo. **Libro de Informes generales**: Informe general del Tema II. Montevideo, 2003.