

Álvaro Sánchez Bravo (Director)

Ramón López Fuentes (Coordinador)

---

# LIBER AMICORUM

“IN MEMORIAM” AL PROF. DR.  
FÉLIX SALVADOR PÉREZ



AADMDS

ASOCIACIÓN DE AMIGOS DE LA  
UNIVERSIDAD DE MURCIA

am

Álvaro Sánchez Bravo (Director)

Ramón López Fuentes (Coordinador)

LIBER AMICORUM “IN MEMORIAM” AL  
PROF. DR. FÉLIX SALVADOR PÉREZ

**LIBER AMICORUM**  
**“IN MEMORIAM” AL PROF. DR. FÉLIX SALVADOR PÉREZ.**  
VV. AA.

Editado por:  
Editorial Alma Mater  
Paseo de las Delicias, 30, 2º. Madrid (España)

[info@editorialalmamater.com](mailto:info@editorialalmamater.com)  
[www.editorialalmamater.com](http://www.editorialalmamater.com)  
Impreso en España  
ISBN: 979-88-51535-93-2

Maquetación, diseño y producción: Editorial Alma Mater  
© 2022 Editorial Alma Mater

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización por escrito de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de esta edición mediante alquiler o préstamos públicos.

# ÍNDICE

IN MEMORIAM PROF. DR. FÉLIX SALVADOR PÉREZ.....	7
Eduardo Román Vaca	
TEOLOGÍA Y TRABAJO EN LA IGLESIA.....	11
Álvaro Sánchez Bravo	
O COMPLEXO MUNDO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO .....	27
André Jobim de Azevedo	
O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SEU BALIZAMENTO JURÍDICO NO BRASIL EM FACE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEROS .....	43
Celso Antonio Pacheco Fiorillo	
POPULISMO EN EL PODER. ¿EL FIN DE LAS IDEOLOGÍAS? .....	83
Clovis Gorczewski	
EL ACUERDO EUROMEDITERRÁNEO DE ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y MARRUECOS DESDE LA PERSPECTIVA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL .....	101
Cristina Sánchez-Rodas Navarro	
DESPUÉS DE CUARENTA Y CINCO AÑOS, UNA MIRADA AL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	117
Elisa Rocío Prados Pérez	

PROBLEMÁTICA DEL RECONOCIMIENTO CONTABLE DE LOS JUGADORES PROFESIONALES DE FÚTBOL GENERADOS INTERNAMENTE.....	139
Francisco Serrano	
LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO .....	157
Gilberto Stürmer	
BENEFICIOS DE LA SALUD DIGITAL.....	173
Guadalupe Medina Casado	
NFTS E SUA APLICAÇÃO AO MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO .....	193
Izadora Gabriele dos Santos Oliveira	
LA INDEPENDENCIA, PRINCIPIO BÁSICO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO.....	213
Jaime Román Lemos	
LA GUERRA EN UCRANIA Y EL POSTULADO DE LA CIUDADANÍA COSMOPOLITA.....	233
Jesús Ignacio Delgado Rojas	
BREVES DIGREÇÕES À OBRA TEORIA DEL DERECHO UNA CONCEPCION DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA.....	249
José Alcebiades de Oliveira Junior	
METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO.....	255
Juan Raso Delgue	

TRIBUTACIÓN INDIRECTA EN BRASIL: COMO SALVAGUARDAR EL INGRESO MÍNIMO VITAL .....	283
Marciano Buffon	
EL LLAMAMIENTO EN EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO.....	299
M <sup>a</sup> Carmen Aguilar del Castillo	
PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EMPLEO ATÍPICO.....	319
María Teresa Igartua Miró	
MÁS ALLÁ DE LA LEY RIDER: EL FRACASO DE LA NORMA Y LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR LABORAL .....	339
Miguel Rodríguez-Piñero Royo	
ACOSO EN EL LUGAR DE TRABAJO: EFECTOS PRÁCTICOS DEL CONVENIO 190 OIT Y RECOMENDACIÓN 206.....	358
Noelia Rodríguez Suárez	
PAPEL DE LAS NORMAS LABORALES EN EL DISEÑO DE ENTORNOS LABORALES MÁS FELICES: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN .....	375
Ramón López Fuentes	
A PROTEÇÃO JURÍDICA DA INTEGRIDADE DOS TRABALHADORES NO BRASIL NO CONTEXTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS .....	405
Rodrigo Coimbra	
EPÍLOGO .....	429
Iván Parrilla	



LIBER AMICORUM “IN MEMORIAM” AL  
PROF. DR. FÉLIX SALVADOR PÉREZ





# IN MEMORIAM

## PROF. DR. FÉLIX SALVADOR PÉREZ

*Sit tibi terra levis*

Resulta difícil, siempre difícil, escribir unas palabras, aunque sean breves, de una persona fallecida. Pero más aún si, como es el caso, se trata de un fiel amigo. Por eso voy a ser breve, muy breve: seguro que eso le gustaría.

Félix Salvador Pérez era Félix Salvador Pérez. Aunque lo parezca, esta frase no es una mera tautología, sino algo parecido a un axioma científico: era alguien único, y por tanto indefinible: la única manera de decir quién era él es decir que era él. Y con eso queda dicho todo.

Buen amigo, buen compañero, buen profesional, buen... ¿Qué más decir? ¿Algo “negativo”? Pues también si queréis: cuando perseguía algo era más “pesado” que nadie (“tenaz” sería más respetuoso). Unas veces nos convencía con razones lógicas, y otras por cansancio; pero al final nos convencía. No sé dónde estará ahora mismo; la respuesta dependerá -supongo- de las creencias de cada cual; pero si está en algún lado, quien sea se estará planteando por qué no lo ha dejado un poco más entre nosotros.

Pero ese “quien sea” no lo ha querido así. Se nos ha ido. Mas -siempre el tópico- algo queda: se ha ido pero no se ha ido. Y es quizás lo más bonito que pueda decirse de una persona. Hay quien pasa por la vida sin más, sin dejar huella. No es ése el caso del Dr. Salvador Pérez. Sí ha dejado huella, y profunda: la ha dejado en sus compañeros (señaladamente de la US y la UPO, pero también de otras Universidades); la ha dejado en tantos alumnos (¿cuántos? ¿cientos? ¿miles?) que han pasado por sus aulas; la ha dejado en tanta y tanta gente...

Sea cual sea nuestra creencia, en esto sí estamos todos de acuerdo: ahí queda su legado.

Y es hora de terminar. Seguir escribiendo sería escribir por rellenar páginas; y por supuesto que podría –y muchísimas-. Podría contar anécdotas y más anécdotas, unas profesionales, otras personales (y muy personales). Pero no era ése su estilo. ¿Más páginas para qué? ¿Para que afloren lágrimas? No; él no querría eso. Por ello, basta con dos palabras (eso sí: escritas con mayúsculas). La primera es obviamente de agradecimiento: el simple hecho de haberlo conocido merecería un verso en aquella canción de Violeta Parra que todos habréis oído en los labios de Mercedes Sosa o Joan Báez. La segunda podría ser “amigo”, “compañero”...; pero estamos en la Universidad, y en este ámbito voy a escoger la que mejor le cuadra:

Félix, estés donde estés: GRACIAS PROFESOR.

Eduardo Román Vaca  
Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

# TEOLOGÍA Y TRABAJO EN LA IGLESIA

Álvaro Sánchez Bravo  
Doctor en Derecho

## INTRODUCCIÓN

Esta breve reflexión no pretende ser, nos falta capacidad y conocimiento, un estudio, siquiera aproximativo, a las implicaciones teológicas del trabajo desde la perspectiva católica, ni una exégesis del monumental aporte que los Santos Padres de la Iglesia Católica han hecho a la cuestión laboral en la economía de Dios y la vida de los hombres. Son reflexiones personales, breves, pero que vienen motivadas por el recuerdo, desde el afecto, al querido compañero y amigo Félix Salvador Pérez, quien, a buen seguro, ya estará compartiendo la Gloria con Nuestro Señor Jesucristo.

El 8 de junio de 2023, la Presidenta de la Comisión Católica Internacional para las Migraciones, Christine Nathan, pronunciaba en la 111.ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, una Declaración en la que se pidió que se prioricen los derechos y la dignidad de los trabajadores más vulnerables del mundo dentro de las respuestas globales<sup>1</sup>.

Porque el trabajo, además de sus dimensiones políticas, económicas y sociales, se trasluce en una dimensión espiritual que, desde la noche de los tiempos, interpela a los hombres y mujeres respecto a su sentido, alcance, y trascendencia, frente a valores como la riqueza, el poder y el esfuerzo, ante el cierto cumplimiento de la parusía.

---

<sup>1</sup> “*Common and shared values rooted in social justice*”, en <https://www.icmc.net/wp-content/uploads/2023/06/20230608-icmc-statement-ilc.pdf>

La voz de la Iglesia se erige no como una ideología, ni como un modelo cultural, no crea civilizaciones, lo que hace es salvarlas. Como señala Merino Rodríguez, “las asume, las informa, las modela, conformándolas a su propia perspectiva; suprime o corrige lo que es inconciliable con el espíritu del Evangelio; incorpora y conserva lo que es bueno y potencia y eleva lo que aún no ha llegado a su acabamiento y perfección”<sup>2</sup>.

No cabe, por tanto, establecer opciones entre trabajo y derechos, riqueza y sumisión, prosperidad y pobreza.

Lo anunciaba ya el Padre griego, San Clemente de Alejandría, cuando en su famosa Homilía *¿Quién es el rico que se salva?*<sup>3</sup>, ante la diatriba de las riquezas y la caridad con el prójimo, manifiesta. *“No deben, consiguientemente, rechazarse las riquezas que pueden ser de provecho a nuestro prójimo. Se llaman efectivamente posesiones porque se poseen, y bienes o utilidades porque con ellas puede hacerse bien y para utilidad de los hombres han sido ordenadas por Dios. Son cosas que están ahí y se destinan, como materia o instrumento, para uso bueno en manos de quienes saben lo que es un instrumento. Si del instrumento se usa con arte, es beneficioso; si el que lo maneja carece de arte, la torpeza pasa al instrumento, si bien éste no tiene culpa alguna. Instrumento así es también la riqueza. Si se usa justamente, se pone al servicio de la justicia. Si se hace uso injusto, se la pone al servicio de la injusticia. Por su naturaleza está destinada a servir, no a mandar. No hay, pues, que acusarla de lo que de suyo no tiene, al no ser buena ni mala. La riqueza no tiene culpa. A quien hay que acusar es al que tiene facultad de usar bien o mal de ella, por la elección que hace; y esto compete a la mente y juicio del hombre, que es en sí mismo libre y puede, a su arbitrio, manejar lo que se le da para su uso. De suerte que lo que hay que destruir no son las riquezas, sino las desordenadas pasiones del alma que no permiten hacer mejor uso de ellas. De*

---

<sup>2</sup> <https://www.collationes.org/system/files/inline-files/clemente.pdf>

<sup>3</sup> Clemente de Alejandría, *Extractos de Teódoto - Éclogas proféticas - ¿Qué rico se salva? - Fragmentos*, Editorial Ciudad Nueva, Madrid, 2011.

*este modo, convertido el hombre en bueno y noble, puede hacer de las riquezas uso bueno y generoso”.*

En nuestro tiempo, lo ha refrendado con sus palabras y su vida, Guillermo Rovirosa<sup>4</sup>, al señalar que: “la Pobreza, como virtud evangélica, no es la mera situación de menesterosidad en que muchos nacen o a la que por culpa de las circunstancias que sean vienen a parar. Ni es la virtud humana de la austeridad o sobriedad, que tanto cultivaron los viejos estoicos y los cínicos buscando con ella la libertad del espíritu. Es la imitación de Cristo en cuanto al uso de los bienes materiales, uno de cuyos aspectos esenciales es la fácil comunión o comunicación de ellos viendo a Cristo en todo necesitado. Es un desprendimiento, viendo a Cristo, lo que necesariamente implica comunión y no un mero uso”.

## **SENTIDO TEOLÓGICO DEL TRABAJO EN LA BIBLIA**

El trabajo constituye un tema fundamental a lo largo de la Biblia. De hecho, principia con Dios creando, dando forma al Universo, organizado el caos. *“Dios, en el principio, creó los cielos y la tierra. La tierra era un caos total, las tinieblas cubrían el abismo, y el Espíritu de Dios se movía sobre la superficie de las aguas. Y dijo Dios: «¡Que exista la luz!» Y la luz llegó a existir. Dios consideró que la luz era buena y la separó de las tinieblas. A la luz la llamó «día», y a las tinieblas, «noche». Y vino la noche, y llegó la mañana: ese fue el primer día”.* (Génesis, 1, 1-5).

En ese primer capítulo de Génesis leemos sobre el momento en el que Dios creó al ser humano. A diferencia del resto de la creación, el ser humano fue creado a imagen de Dios y con un propósito especial: colaborar con Dios en el cuidado y la administración de todo

---

<sup>4</sup> Rovirosa, Guillermo. Mística de la HOAC. [https://auladsi.net/pobreza-humildad-y-sacrificio-rovirosa?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=lo-ultimo-publicado-en-nuestro-blog-newsletter-total\\_1](https://auladsi.net/pobreza-humildad-y-sacrificio-rovirosa?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=lo-ultimo-publicado-en-nuestro-blog-newsletter-total_1)

lo creado. Ese fue el trabajo específico que Dios le encomendó al hombre.

Y Dios creó al ser humano a su imagen; lo creó a imagen de Dios. Hombre y mujer los creó, y los bendijo con estas palabras: “Sean fructíferos y multiplíquense; llenen la tierra y sométanla; dominen a los peces del mar y a las aves del cielo, y a todos los reptiles que se arrastran por el suelo”. (Génesis 1:27-28)

Por lo tanto, contrario a lo que algunos piensan, el trabajo no es ni un castigo ni una maldición. Es una encomienda divina que tiene su base en la gran responsabilidad de cuidar y administrar bien lo que Dios creó. Él confió al ser humano el cuidado de toda la creación. Y Dios encomendó al hombre el cultivo y el cuidado del jardín antes de que el hombre pecara. Dios el Señor tomó al hombre y lo puso en el jardín del Edén para que lo cultivara y lo cuidara (Génesis 2:15)

Sí es cierto que, luego de que el ser humano pecó, el trabajo pasó a ser más pesado. El cultivo de la tierra, trabajo esencial para la supervivencia del hombre, requiere más esfuerzo. Junto con los frutos, la tierra comenzó a producir cardos y espinas.

Al hombre le dijo: “*Por cuanto le hiciste caso a tu mujer, y comiste del árbol del que te prohibí comer, imaldita será la tierra por tu culpa! Con penosos trabajos comerás de ella todos los días de tu vida. La tierra te producirá cardos y espinas, y comerás hierbas silvestres. Te ganarás el pan con el sudor de tu frente, hasta que vuelvas a la misma tierra de la cual fuiste sacado. Porque polvo eres, y al polvo volverás*” (Génesis 3:17-19)

Sin ánimos de ser exhaustivos, si podemos señalar algunas características generales que definen estas consideraciones generales:

1. El trabajo como parte del plan divino de la creación: Desde el principio, en el relato de la creación en Génesis, se establece

que Dios asignó a la humanidad la tarea de cuidar y cultivar la tierra (Génesis 2:15). El trabajo nos permite participar en la obra de Dios en el mundo. Al trabajar, podemos contribuir al desarrollo y mejoramiento de la sociedad, satisfacer nuestras necesidades y las de otros, y ser co-creadores en la transformación del mundo. (*“Y en la presencia del Señor, tu Dios, te alegrarás por todos los beneficios que hayas obtenido de tu trabajo”* (Deuteronomio 12, 7. 18). Jesús mismo enseñó que el mayor entre los discípulos es aquel que sirve a los demás (Mateo 20:26-28). El trabajo es una oportunidad de amar y cuidar a nuestros semejantes, sirviéndoles con generosidad y compasión.

2. La dignidad y el valor intrínseco del trabajo: La enseñanza cristiana sostiene que todo trabajo humano, independientemente de su naturaleza, tiene una dignidad intrínseca. En el trabajo, los seres humanos reflejan su condición de creados a imagen y semejanza de Dios. Cada persona tiene una vocación específica y un papel único en la realización del plan de Dios en el mundo. El trabajo también tiene un papel en la realización personal y el desarrollo humano. A través del trabajo, podemos desarrollar nuestras habilidades y talentos, alcanzar nuestras metas y encontrar un sentido de logro y satisfacción en lo que hacemos. Aunque haya ocasiones en que no captemos, la trascendencia frente a lo material. (*“Mientras iban caminando, Jesús entró en un pueblo, y una mujer que se llamaba Marta lo recibió en su casa. Tenía una hermana llamada María, que sentada a los pies del Señor, escuchaba su Palabra. Marta, que estaba muy ocupada con los quehaceres de la casa, dijo a Jesús: «Señor, ¿no te importa que mi hermana me deje sola con todo el trabajo? Dile que me ayude». Pero el Señor le respondió: «Marta, Marta, te inquietas y te agitas por muchas cosas. Sin embargo, una sola es necesaria. María eligió la mejor parte, que no le será quitada”*). (Lucas 10, 38-42)

3. La santificación del trabajo: El trabajo no es solo un medio para satisfacer las necesidades materiales, sino también una oportunidad para crecer en santidad. A través del trabajo, los



cristianos pueden ofrecer su esfuerzo y dedicación a Dios, sirviendo a los demás y glorificando a Dios en todas las áreas de su vida, incluido su trabajo. (*¡Maldito el que ejecuta con negligencia el trabajo del Señor!* (Jeremías 48, 10). Glorificación, que no falsa vanidad o soberbía, como expresa Eclesiastés (Qohelet) 2, 9-11. al señalar que la búsqueda del placer, es un intento ilusorio, “*Llegué a ser tan grande, que superé a todos mis predecesores en Jerusalén. Sin embargo, la sabiduría permanecía siempre conmigo. No negué a mis ojos nada de lo que pedían, ni privé a mi corazón de ningún placer; mi corazón se alegraba de todo mi trabajo, y este era el premio de todo mi esfuerzo. Pero luego dirigí mi atención a todas las obras que habían hecho mis manos y a todo el esfuerzo que me había empeñado en realizar, y vi que todo es vanidad y correr tras el viento: ¡no se obtiene ningún provecho bajo el sol!*”

4. Solidaridad y servicio: El trabajo también se entiende como un medio para el servicio y la solidaridad con los demás. Los cristianos son llamados a trabajar para el bien común, buscando el beneficio de la sociedad y promoviendo la justicia, la equidad y el respeto por los derechos humanos en todas las esferas laborales. (*¡Ay del que edifica su casa sin respetar la justicia y sus pisos altos sin respetar el derecho, del que hace trabajar de balde a su prójimo y no le remunera su trabajo!* (Jeremías 22, 13). *El de manos diligentes gobernará; pero el perezoso será subyugado.* (Proverbios 12:24).

5. Descanso y equilibrio: Junto con el trabajo, la enseñanza teológica también enfatiza la importancia del descanso y el equilibrio en la vida. El mandamiento del sábado y la idea de un descanso adecuado subrayan la necesidad de tomar tiempo para la adoración, el descanso y la renovación física y espiritual. “*Observa el día sábado para santificarlo, como el Señor, tu Dios, te lo ha ordenado. Durante seis días trabajarás y realizarás todas tus tareas, pero el séptimo día es día de descanso en honor del Señor, tu Dios. En él no harán ningún trabajo ni tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu esclavo, ni tu esclava, ni tu buey, ni tu asno, ni ningún otro de tus animales, ni tampoco el extranjero*

*que reside en tus ciudades. Así podrán descansar tu esclavo y tu esclava, como lo haces tú*". (Deuteronomio 5, 12-14.)

6. Testimonio y testimonio cristiano: Los creyentes son llamados a vivir su fe en el contexto del trabajo y dar testimonio de los valores del Reino de Dios en sus actividades laborales. El trabajo ético, la integridad, la justicia, la compasión y el amor a los demás son formas en que los cristianos pueden testimoniar su fe y ser sal y luz en el mundo laboral. Así, se manifiesta en la Salmo 128, 2-3 *Bendición de los Justos*, "*Comerás del fruto de tu trabajo, serás feliz y todo te irá bien. Tu esposa será como una vid fecunda en el seno de tu hogar; tus hijos, como retoños de olivo alrededor de tu mesa*".

*"Trabajen, pero no por la comida que es perecedera, sino por la que permanece para vida eterna, la cual les dará el Hijo del hombre. Sobre este ha puesto Dios el Padre su sello de aprobación"*. (Juan 6, 27).

7. La perspectiva escatológica: La teología del trabajo también tiene una perspectiva escatológica. En la visión cristiana, el trabajo bien hecho y orientado hacia Dios tendrá una continuidad en la vida eterna. La labor terrenal encuentra su plenitud y redención en la promesa de una nueva creación, donde el trabajo se vivirá en su forma más plena y satisfactoria. Así lo relata el Evangelio de Juan, en el hermoso pasaje de la curación de un enfermo en la piscina de Betsaba, "*Después de esto, se celebraba una fiesta de los judíos y Jesús subió a Jerusalén. Junto a la puerta de las Ovejas, en Jerusalén, hay una piscina llamada en hebreo Betsata, que tiene cinco pórticos. Bajo estos pórticos yacía una multitud de enfermos, ciegos, lisiados y paralíticos, que esperaban la agitación del agua. Había allí un hombre que estaba enfermo desde hacía treinta y ocho años. Al verlo tendido, y sabiendo que hacía tanto tiempo que estaba así, Jesús le preguntó: «¿Quieres curarte?». Él respondió: «Señor, no tengo a nadie que me sumerja en la piscina cuando el agua comienza a agitarse; mientras yo voy, otro desciende antes». Jesús le dijo: «Levántate, toma tu camilla y camina»*". En

*seguida el hombre se curó, tomó su camilla y empezó a caminar. Era un sábado y los judíos dijeron entonces al que acababa de ser curado: «Es sábado. No te está permitido llevar tu camilla». Él les respondió: «El que me curó me dijo: “Toma tu camilla y camina”». Ellos le preguntaron: «¿Quién es ese hombre que te dijo: “Toma tu camilla y camina”»?». Pero el enfermo lo ignoraba, porque Jesús había desaparecido entre la multitud que estaba allí. Después, Jesús lo encontró en el Templo y le dijo: «Has sido curado; no vuelvas a pecar, de lo contrario te ocurrirán peores cosas todavía». El hombre fue a decir a los judíos que era Jesús el que lo había curado. Ellos atacaban a Jesús, porque hacía esas cosas en sábado. Él les respondió: «Mi Padre trabaja siempre, y yo también trabajo». Pero para los judíos esta era una razón más para matarlo, porque no sólo violaba el sábado, sino que se hacía igual a Dios, llamándolo su propio Padre». (Juan 5, 1-18)*

Es importante tener en cuenta que las Sagradas Escrituras fueron escritas en un contexto histórico y social muy diferente al nuestro, no abordando específicamente, los desafíos y realidades laborales modernas. Sin embargo, los principios y valores transmitidos en las mismas pueden ser aplicados a la vida laboral actual para fomentar una ética de trabajo saludable y justa.

En resumen, la teología del trabajo reconoce la dignidad y el propósito del trabajo humano, llamándonos a participar en la obra de Dios en el mundo, servir a los demás, desarrollarnos personalmente y promover la justicia y la solidaridad. Al abrazar una perspectiva teológica del trabajo, podemos encontrar un sentido más profundo y trascendente en nuestras labores diarias.

## **EL TRABAJO EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA: DE RERUM NOVARUM A FRANCISCO**

La doctrina social es el anuncio de fe que hace el Magisterio ante las realidades sociales, que se elabora principalmente desde el

punto de vista de la moral y de la justicia social, y propone principios de reflexión, extrae criterios de juicio, y da orientaciones para la acción<sup>5</sup>.

Como señala el Catecismo de la Iglesia Católica, *“la revelación cristiana [...] nos conduce a una comprensión más profunda de las leyes de la vida social”* (GS<sup>6</sup> 23). *La Iglesia recibe del Evangelio la plena revelación de la verdad del hombre. Cuando cumple su misión de anunciar el Evangelio, enseña al hombre, en nombre de Cristo, su dignidad propia y su vocación a la comunión de las personas; y le descubre las exigencias de la justicia y de la paz, conformes a la sabiduría divina.*<sup>7</sup>

Sus principios fundamentales son el *bien común*, la *solidaridad* y la *subsidiariedad*<sup>8</sup>.

Se trata de una doctrina que se destina a la sociedad civil, por lo que sus materias no son objeto de regulación canónica en la Iglesia de modo directo, aunque sí influyen indirectamente en el ordenamiento<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> <http://www.lexicon-canonicum.org/materias/derecho-del-munus-docendi/doctrina-social-de-la-iglesia/>  
<https://opusdei.org/es-es/article/que-es-doctrina-social-iglesia-preguntas-fe-cristiana/>

<sup>6</sup> CONSTITUCIÓN PASTORAL *GAUDIUM ET SPES* SOBRE LA IGLESIA EN EL MUNDO ACTUAL (GS). [https://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html)

<sup>7</sup> Catecismo de la Iglesia Católica (CIC), 2419. [https://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html)

<sup>8</sup> Compendio de Doctrina Social de la Iglesia (CDSI), 160-209. [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)

<sup>9</sup> *La doctrina social, por tanto, es de naturaleza teológica, y específicamente teológico-moral, ya que « se trata de una doctrina que debe orientar la conducta de las personas ».*<sup>103</sup> « Se sitúa en el cruce de la vida y de la conciencia cristiana con las situaciones del mundo y se manifiesta en los esfuerzos que realizan los individuos, las familias, operadores culturales y sociales, políticos y hombres de Estado,

Como señala la DSI, “con su doctrina social la Iglesia «se propone ayudar al hombre en el camino de la salvación»<sup>10</sup>: se trata de su fin primordial y único. No existen otras finalidades que intenten arrojarse o invadir competencias ajenas, descuidando las propias, o perseguir objetivos extraños a su misión. Esta misión configura el derecho y el deber de la Iglesia a elaborar una doctrina social propia y a renovar con ella la sociedad y sus estructuras, mediante las responsabilidades y las tareas que esta doctrina suscita<sup>11</sup>.

Aquí radica su única misión, que se erige como fundamento por la que la Iglesia tiene el derecho y el deber de desarrollar una doctrina social que forme las conciencias de los hombres y les ayude a vivir según el Evangelio y la propia naturaleza humana. Un cristiano coherente dirige todos los aspectos de su vida hacia Dios, viviendo según su designio salvífico<sup>12</sup>.

La caridad es una «fuerza capaz de suscitar vías nuevas para afrontar los problemas del mundo de hoy y para renovar profundamente

---

para darles forma y aplicación en la historia ».<sup>104</sup> La doctrina social refleja, de hecho, los tres niveles de la enseñanza teológico-moral: el nivel *fundante* de las motivaciones; el nivel *directivo* de las normas de la vida social; el nivel *deliberativo* de la conciencia, llamada a mediar las normas objetivas y generales en las situaciones sociales concretas y particulares. Estos tres niveles definen implícitamente también el método propio y la estructura epistemológica específica de la doctrina social de la Iglesia. CDSI 73.

<sup>10</sup> CARTA ENCÍCLICA CENTESIMUS ANNUS DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II A SUS HERMANOS EN EL EPISCOPADO AL CLERO A LAS FAMILIAS RELIGIOSAS A LOS FIELES DE LA IGLESIA CATÓLICA Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD EN EL CENTENARIO DE LA RERUM NOVARUM (CA), 94. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)

<sup>11</sup> CDSI, 69.

<sup>12</sup>La enseñanza social de la Iglesia contiene un cuerpo de doctrina que se articula a medida que la Iglesia interpreta los acontecimientos a lo largo de la historia, a la luz del conjunto de la palabra revelada por Cristo Jesús y con la asistencia del Espíritu Santo. Esta enseñanza resultará tanto más aceptable para los hombres de buena voluntad cuanto más inspire la conducta de los fieles. CIC, 2422.

<https://opusdei.org/es-es/articulo/que-es-doctrina-social-iglesia-preguntas-fe-cristiana/>

desde su interior las estructuras, organizaciones sociales y ordenamientos jurídicos. En esta perspectiva la caridad se convierte en *caridad social y política*: la caridad social nos hace amar el bien común y nos lleva a buscar efectivamente el bien de todas las personas, consideradas no sólo individualmente, sino también en la dimensión social que las une»<sup>13</sup>.

A lo largo de los años, los Pontífices han reflexionado sobre las cuestiones laborales y han ofrecido enseñanzas y orientaciones sobre diversos aspectos del trabajo. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden destacarse:

1. *Rerum Novarum* (1891). Emitida por el Papa León XIII, es considerada la encíclica fundacional del pensamiento social católico. Aborda cuestiones como los derechos de los trabajadores, la justicia social y la propiedad privada. Destaca la apuesta de la Iglesia respecto a que los trabajadores tienen derecho a un salario justo y condiciones laborales dignas<sup>14</sup>.

2. *Quadragesimo Anno* (1931). Escrita por el Papa Pío XI, se publicó cuarenta años después de *Rerum Novarum*. Destaca la importancia de la subsidiariedad y la solidaridad en la organización social y económica. *Quadragesimo Anno* enfatizó la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores y promover la justicia social<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> CDSI, 207.

<sup>14</sup> CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM DEL SUMO PONTÍFICE LEÓN XIII SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS OBREROS. (RN) [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

<sup>15</sup> CARTA ENCÍCLICA QUADRAGESIMO ANNO DE SU SANTIDAD PÍO XI SOBRE LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL EN PERFECTA CONFORMIDAD CON LA LEY EVANGÉLICA AL CELEBRARSE EL 40º ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA "RERUM NOVARUM" DE LEÓN XIII. A LOS VENERABLES HERMANOS PATRIARCAS, PRIMADOS, ARZOBISPOS, OBISPOS Y DEMÁS ORDINARIOS DE LUGAR EN PAZ Y COMUNIÓN CON ESTA SEDE APOSTÓLICA, A TODOS LOS SACERDOTES Y FIELES DEL ORBE CATÓLICO.

3. *Laborem Exercens* (1981) El Papa San Juan Pablo II, en esta encíclica se centra en el significado y el valor del trabajo humano. Aborda cuestiones como la relación entre el trabajo y la persona, la importancia del descanso, la participación de los trabajadores en la toma de decisiones y la justa remuneración<sup>16</sup>.

4. *Caritas in Veritate* (2009). Emitida por el Papa Benedicto XVI, se centra en el desarrollo humano integral en el contexto de la economía global. Destaca la importancia de la solidaridad y la subsidiariedad, y subraya la necesidad de un enfoque ético en las decisiones económicas y laborales<sup>17</sup>.

Por su parte, el Santo Padre Francisco ha abordado, coherente con su comprometida línea pastoral, el tema del trabajo y la dignidad del trabajador en varios de sus escritos y discursos. Al igual que sus predecesores, ha destacado la importancia de promover condiciones laborales justas y defender los derechos de los trabajadores. Quede aquí constancia, de algunos aspectos clave sobre el trabajo en los escritos del Papa Francisco:

1. *Evangelii Gaudium* (2013). En su exhortación apostólica, el Papa Francisco habla sobre la alegría del Evangelio y la necesidad de una

---

[https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragésimo-anno.html](https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.html)

<sup>16</sup> CARTA ENCÍCLICA LABOREM EXERCENS DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II A LOS VENERABLES HERMANOS EN EL EPISCOPADO A LOS SACERDOTES A LAS FAMILIAS RELIGIOSAS, A LOS HIJOS E HIJAS DE LA IGLESIA Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD SOBRE EL TRABAJO HUMANO EN EL 90 ANIVERSARIO DE LA RERUM NOVARUM. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html)

<sup>17</sup> CARTA ENCÍCLICA CARITAS IN VERITATE DEL SUMO PONTÍFICE BENEDICTO XVI A LOS OBISPOS, A LOS PRESBITEROS Y DIÁCONOS, A LAS PERSONAS CONSAGRADAS. A TODOS LOS FIELES LAICOS Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD, SOBRE EL DESARROLLO HUMANO INTEGRAL EN LA CARIDAD Y EN LA VERDAD. [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html)

renovación misionera en la Iglesia. En este documento, enfatiza la importancia de combatir la exclusión y la desigualdad en la sociedad, y aboga por una economía que ponga a las personas en el centro y promueva la dignidad del trabajo<sup>18</sup>.

2. *Laudato Si* (2015). En su encíclica sobre el cuidado de la casa común, el Papa Francisco aborda la relación entre la ecología y la justicia social. Destaca que el trabajo humano está íntimamente relacionado con el cuidado de la creación y enfatiza la necesidad de una ecología integral que abarque tanto el medio ambiente como la dignidad de los trabajadores<sup>19</sup>.

3. *Amoris Laetitia* (2016). Esta exhortación apostólica trata sobre la alegría del amor en la familia. Si bien no se centra específicamente en el trabajo, el Papa Francisco ha reiterado la importancia de encontrar un equilibrio entre el trabajo y la vida familiar, y hace un llamado a las estructuras sociales y económicas para que apoyen a las familias en su vocación y responsabilidades<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> EXHORTACIÓN APOSTÓLICA

EVANGELII GAUDIUM DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS OBISPOS, A LOS PRESBITEROS Y DIÁCONOS, A LAS PERSONAS CONSAGRADAS Y A LOS FIELES LAICOS

SOBRE EL ANUNCIO DEL EVANGELIO EN EL MUNDO ACTUAL. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20131124\\_evangelii-gaudium.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html)

<sup>19</sup>CARTA ENCICLICA *LAUDATIO SI* DEL SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN. San Pedro de Roma, Vaticano, 24 de mayo de 2015. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html) Vid.

<sup>19</sup>SANCHEZ BRAVO, A. y CERVI, J.R., (Editores), *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2015; y “Francisco y Evangelio socioambiental”, en la obra colectiva, edic. a cargo de Débora Ferrazzo, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, y Lucas Machado Fagundes, *Teoría crítica e humanismo jurídico. O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, México, 2022, pp. 747-767.

<sup>20</sup> EXHORTACIÓN APOSTÓLICA POSTSINODAL *AMORIS LAETITIA* DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS OBISPOS, A LOS PRESBITEROS Y DIÁCONOS, A LAS PERSONAS CONSAGRADAS, A LOS ESPOSOS CRISTIANOS



4. Fratelli Tutti (2020). La fraternidad y la amistad social, constituyen los basamentos de esta encíclica en que el Papa aboga por una economía basada en la solidaridad y el cuidado mutuo. Destaca la importancia de garantizar el acceso al trabajo digno y la justa remuneración, y denuncia las formas de explotación laboral y la trata de personas<sup>21</sup>.

En general, el Papa Francisco ha enfatizado la necesidad de una economía más justa, que coloque a las personas y su dignidad en el centro, y promueva la solidaridad y el cuidado de los más vulnerables. Ha llamado a los líderes políticos, empresariales y sociales a tomar medidas concretas para mejorar las condiciones laborales y garantizar la dignidad de todos los trabajadores.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Señalaba recientemente Perrot que “la tradición cristiana no puede sino oponerse a la idea de que el trabajador es sólo un individuo libre de vender su fuerza de trabajo. Es cierto que la organización moderna del trabajo y de la economía tiende a aislar al trabajador y a separarlo de sus compañeros de labor, de su familia y de su patria. De ahí la lógica de la “sociedad” más que la lógica de la “comunidad”. Además, hay muchas otras solidaridades que se ven socavadas por la división internacional del trabajo: la región en la que trabaja el trabajador, la región en la que vive, la reserva de

---

Y A TODOS LOS FIELES LAICOS, SOBRE EL AMOR EN LA FAMILIA. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20160319\\_amoris-laetitia.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html)

<sup>21</sup> CARTA ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI DEL SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE LA FRATERNIDAD Y LA AMISTAD SOCIAL. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html)

mano de obra en la que se encuentra y, más en general, las solidaridades que le vinculan al contexto geopolítico jurídico, económico, nacional e internacional”<sup>22</sup>.

Desde nuestra militancia en la Fe de Nuestro Señor Jesucristo, no debemos abdicar jamás de resaltar la importancia del trabajo, la diligencia, la honradez y el servicio a Dios y a los demás en el contexto laboral.

Como hemos visto, el sentido teológico del trabajo implica reconocer su dignidad y valor intrínseco, su papel en la creación y la participación en el plan divino. El trabajo es una oportunidad para la santificación, el servicio y el testimonio cristiano, guiado por la solidaridad, la justicia y el equilibrio. También se contempla la esperanza escatológica de que el trabajo bien hecho tenga un significado y continuidad en la vida futura.

No olvidemos la solidaridad, ni el compañerismo. Dejemos atrás falsas competencias entre hermanos, luchas por ornatos y oropeles, que en polvo se han de convertir.

La clave que sustenta esta reflexión nos es otra que el mandato del propio Hijo de Dios: *“Este es el mandamiento mío: que os améis los unos a los otros como yo os he amado. Nadie tiene mayor amor que el que da su vida por sus amigos. Vosotros sois mis amigos, si hacéis lo que yo os mando. No os llamo ya siervos, porque el siervo no sabe lo que hace su amo; a vosotros os he llamado amigos, porque todo lo que he oído a mi Padre os lo he dado a conocer”* (Juan, 15, 9-17).

Resaltemos la importancia del trabajo, la diligencia, la honradez y el servicio a Dios y a los demás en el contexto laboral

---

<sup>22</sup> É. Perrot, “Empresa, sociedad y comunidad humana”, en *La Civiltà Cattolica*, 4 de noviembre de 2022: <https://www.laciviltacattolica.es/2022/11/04/empresa-sociedad-y-comunidad-humana/>

Como dice la Carta de Santiago (2, 14-18): *¿De qué le sirve a uno, hermanos míos, decir que tiene fe, si no tiene obras? ¿Podrá acaso salvarlo esa fe? Si un hermano o una hermana andan desnudos y faltos del alimento diario y uno de vosotros les dice: «Id en paz, abrigaos y saciaos», pero no les da lo necesario para el cuerpo, ¿de qué sirve?» Así es también la fe: si no tiene obras, está muerta por dentro. Pero alguno dirá: «Tú tienes fe y yo tengo obras, muéstrame esa fe tuya sin las obras, y yo con mis obras te mostraré la fe».*

# O COMPLEXO MUNDO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO

André Jobim de Azevedo

Advogado sócio de Faraco de Azevedo Advogados, formado pela UFRGS, Professor Universitário da PUCRS (Processo Civil e Direito do Trabalho) 1990-2023, especialista e mestre pela mesma Instituição, Titular da Cadeira 89 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT).

## INTRODUÇÃO

Homenagear, ainda que postumamente, o Professor Titular de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de Sevilla, Dr. Felix Salvador é uma imposição à qual adiro de coração, por conta de sua sempre contribuição científica às disciplinas de sua dedicação.

Enseja a oportunidade de refletir sobre o atual mundo do trabalho e que particularmente no Brasil comemora os 80 anos de vigência da CLT, Consolidação das Leis do Trabalho.

Momento ímpar, não só é muito importante, como de inafastável avaliação. É que muito se passou desde 1943, ano de publicação da longa CLT, no mundo, no trabalho e no direito que rege o trabalho. A este momento temos referido como o admirável mundo novo do trabalho.

Àquela época, a consolidação de leis trabalhistas, visava centralizar em suas páginas e normas o que haveria de ser o futuro do direito do trabalho, naquele momento passando a ser protegido em instrumento próprio e especializado. Esse seu desiderato.

O admirável mundo novo nos cerca nesta segunda década do século XXI, 2023, ano dos 80 anos da CLT. É surpreendente o que,

por vezes não percebemos, mas é a atual realidade. A evolução dos meios de transporte e de comunicação parecem ter-nos levado a este estado de coisas. Vivemos a era da tecnologia e da velocidade. Para tudo. Comunicamo-nos com inimaginável velocidade e somos capazes de atingir a qualquer localidade do globo em questão de horas. Assistimos fatos onde quer que eles aconteçam segundos ou minutos após sua efetivação, em vivas reproduções filmadas e sonorizadas, muitas vezes ao vivo. O mundo parece pequeno. As redes sociais estão aí para comprovar.

Essa condição que nos cerca nos faz partícipes desse cenário contemporâneo não como meros expectadores ou testemunhas, mas verdadeiros atores protagonistas.

Ao mesmo tempo perderam-se as referências antes vigentes relativas às grandes nações, aos grandes líderes, às instituições, às tradições, às profissões, aos partidos políticos e às agremiações. O centro do mundo passa a ser o indivíduo, como autorreferência, convivendo com a enorme diversidade e pluralidade evidentes. As noções de destaque social efêmeras e calcadas nas mais diversas situações e diluição ou fragilidade de lideranças capazes de bem estimular visões mais próprias da corrente atribulada vida contemporânea.

A vida realmente está diferente e o mundo em constante e velozíssima mutação. Decorrem daí significativas alterações no mundo econômico e nele o mundo do trabalho.

As relações de trabalho que compõe estas observações por certo também são bastante distintas daquelas que historicamente manejamos e das traçadas ao tempo e pela CLT originária. Por igual, os sujeitos sociais e sujeitos econômicos desse processo produtivo igualmente distinguem-se.

Atribuo à essa novel condição produtiva e mercadológica alterações patentes na sociedade e necessariamente em seus agentes econômicos e não econômicos, onde causa e efeito se confundem.

Por óbvio a base do direito laboral no país é já bastante antiga, podendo-se afirmar que a disciplina nasce e afirma-se a partir da Revolução Industrial, cujo momento da história se centra depois dos anos de 1700. É que com a substancial alteração na forma de produzir e trabalhar com o advento do maquinismo, mudam significativamente as relações de trabalho. Em tempos de afirmação do liberalismo, com a predominância das regras de direito civil, que prestigiava a autonomia plena da vontade, com a conseqüente liberdade contratual, impondo aos particulares agir em seu interesse e por esse zelar, o novel fato social trabalho (subordinado, massificado, livre e assalariado) a tanto não se afeiçoava. A despeito da enorme importância humanística da concepção que dava força e autonomia ao indivíduo no sentido de construção de sua própria vida, em termos de relações do trabalho, não foi esse o resultado. É que o pressuposto da aplicação do direito civil e da liberdade contratual é justamente a capacidade das partes em decidir seus desideratos em condições de igualdade, sendo por suas decisões responsáveis. O Estado não deveria intervir na relação entre os particulares. Contudo, a condição de absoluta desigualdade entre os trabalhadores e os donos das máquinas, empregadores, futuros industriais, evidenciou a incapacidade de boa regência da novel situação de trabalho pelo Direito então prevalente, o civil.

Por conta disso, sobreveio a intervenção do Estado, o Direito do Trabalho, com a necessária regência especializada própria de uma relação de direito material distinta daquela civil e que ensejou produção legislativa intensa, no sentido de limitar a liberdade contratual, impondo restrições ao livre manejo e desenvolvimento dessas relações.

As relações econômicas até a bem pouco tempo atrás eram restritas, limitadas e envolviam números muitíssimo menores de sujeitos. O mundo cresceu e ao mesmo tempo tornou-se menor. O mundo do trabalho tem direto reflexo da nova realidade.

Recentemente o mundo produtivo buscava atender às necessidades do negócio de bens produtos e serviços em comunidades vizinhas e a preocupação dos negócios estabelecia-se a partir de noção tímida, acanhada, de competição com conhecidos concorrentes, da rua, da cidade, do estado, do país, este último apenas para os grandes agentes da produção que conseguiam avançar para atuações nacionalmente ocorrentes.

A percepção, contudo, de que as distâncias encurtaram e que os horizontes produtivos elasteceram tornou-se um fato. Deixa-se apenas de focar a atuação produtiva e comercial em seu redor geográfico para perceber um entorno ilimitadamente existente e capaz de ameaçar a qualquer um e a todos, por conta de disputas que vão para muito além dos limites históricos e geográficos referidos.

Ao mesmo tempo, a perspectiva de livre circulação do trabalhador pelo mundo recrudescer, limitando-se a situação internamente aos grandes mercados comuns, mas que convive com inúmeras atividades que passaram a desnecessitar a presença física dos trabalhadores no antes local de trabalho, com pouco ou nenhum prejuízo de sua ausência, e até com vantagens significativas. Os meios telemáticos de contribuição insuperável para isto, estão envolvidos com a vida acentuadamente urbana. Convivência essa centralizada nas cidades, que não mais comportam tanto atropelo, resultando em enormes dificuldades de mobilidade urbana.

A facilidade de comunicação e transporte de bens, mercadorias e pessoas (não em ambiente urbano) ensejou mudanças significativas na vida econômica do planeta e na atuação empresarial. Descobriu-se no oriente global, região do planeta de abundante mão

de obra e condições de produção infinitamente melhores e mais econômicas do que aquelas existentes nos próprios locais originários de produção e consumo desta. Para lá foram transferidas unidades empresariais completas que se justificavam por essa vantagem econômica que a distância, antes intransponível, ora se supera pelo moderno transporte global. É imperiosa a alteração e transferência do resultado do trabalho, de sua produção aos destinos de uso e consumo em volumes gigantescos e cuja escala barateia novas linhas de distribuição.

Pontuando esta situação, toma-se seu principal exemplo a China, mas não o único, que encharca o mundo com todo o tipo e produtos lá produzidos que são entregues mundo a fora com preços FOB (“Free on Board”), em preços condições capazes de arrasar qualquer produção local. Condições absolutamente impróprias de competição e que demandam difíceis medidas de contenção dessa situação.

Várias são as razões para estes resultados. Inicialmente refira-se que um país, a China, que tem mais de 1.3 bilhões de habitantes tem indiscutivelmente massa de trabalhadores disponíveis e capazes de compor mão de obra abundante e barata com consequente redução no custo do trabalho. Junte-se a isso, a obediência e disciplina impostas pela força dos regimes políticos e pouco também por questões culturais históricas. Características estes presentes nesta região do globo e não apenas no país exemplificado. Hoje incluindo-se Camboja, Laos, Vietnã, Tailândia.

A globalização da economia como norte competitivo impondo à produção cada vez maior especialização e qualificação, pena de quebra do negócio. Cinde-se o processo produtivo como forma dessa melhoria de atuação necessária. Entrega-se a terceiro, partes não essências ou finalísticas do trabalho, àqueles que tenham estas atuações parciais como cerne da sua atividade, seu “core business”, e, portanto, com condições de melhor fabricar, prestar ser-



viços, compondo um todo de melhor resultado final. É a participação coletiva e seriada de várias empresas, cada uma com seu mister para atender às exigências de consumo, cada vez mais intensas.

Globalização essa novamente sacudida com profundidade, quando recentemente completo um ano do início do maior e mais perigoso conflito bélico que acontece na Europa, mas que gerou e gera efeitos e alerta em todo o globo. Trazendo insegurança real, naquele que se apresentava como afável mundo comercial e também do trabalho globalizados.

A inafastável necessidade de aprimoramento da gestão e administração empresariais é questão de sobrevivência, não só da pessoa jurídica, mas especialmente para aqueles que de seu trabalho dependem. A própria empresa precisa readaptar-se às novas exigências de seus clientes, da sociedade, do mercado, sem os quais não tem qualquer possibilidade futura ou mesmo presente de sobrevivência. A guerra na Europa nos traz novos e importantes ingredientes neste curioso “mundo novo”.

É assim uma realidade desafiadora, mais desafiadora ainda por conta da guerra em curso entre Rússia e Ucrânia, com reflexos no trabalho do mundo inteiro. As observações que se faz, manejam por igual, assento constitucional que não só evidencia a necessidade de proteção do ser humano em sua condição individual e de dignidade, e entre estes o trabalhador, mas também o adequado exercício da atividade produtiva e econômica com liberdade capaz de manter possível e viável aqueles que concedem o trabalho. Aqui, acolá ou virtualmente, de qualquer lugar do mundo.

E a regência Celetista está em tudo. Pensada com a ideia de consolidar, não foi capaz, contudo, de afastar o florescimento de centenas de leis aplicáveis especializadas ao seu redor e que compatibilizam a regência laboral.

Quer a CLT, arcabouço normativo central do mundo do trabalho no Brasil, quer a legislação periférica, por assim dizer, buscavam atentar à evolução do trabalho e a própria CLT, a originária, sofreu em suas páginas dezenas, centenas de alterações e que a distinguem da regência primária da década de 40 do século passado. A CLT não é a mesma de 1943. Mérito reconhecer a incessante tentativa de manter-se atual ao mundo contemporâneo, e que logrou resultados importantes, mas parciais, ainda padece de reformulação. Tantas alterações fizeram dela uma grande “colcha de retalhos”, cujo efeito principal, a nosso sentir, é da desconfiguração estrutural, ficada no passado, e incapacidade de manejo congruente dos temas atuais.

## **REFORMA TRABALHISTA, OPERADA NA CLT. NOVA REGÊNCIA**

A necessidade de novas normativas e regras nas relações de trabalho, notadamente no emprego, formulou a mais recente grande “reforma trabalhista” no país, e que basicamente alterou artigos da CLT, teoricamente preservando a proteção constitucional. Tal se deu basicamente alterando regras na CLT, pela lei 13.467/17. Muitas e profundas mudanças.

Ainda hoje, passados mais de 5 anos da vigência da Lei 13.467, o tema não encontra águas calmas, e a insegurança, a incerteza mesmo, porque não dizer, de sua aplicação, é fato.

Seguem variados e distintos – os entendimentos sobre as novas normativas e que foram postas em prática, e que ainda conta com interpretação judicial não conclusiva, à qual se pretende alcançar elementos e argumentos capazes de melhor aplicá-las. Mesmo com algumas delas já tendo sido objeto de apreciação e avaliação pelo Supremo Tribunal Federal. Destaque-se ainda que sob novo comando do Poder Executivo há real e referida ameaça de revogação, quiçá abrandado para uma revisão.

É neste cenário que foi promulgada a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, publicada no DOU de 14 de julho de 2017, cuja introdução previa que ela entraria em vigor 120 dias após a data de sua publicação, e, portanto, entrou em vigor no dia 11.11.2017, superado este período de “vacatio legis”.

A extensão e amplitude das alterações mudaram o cenário trabalhista e processual trabalhista significativamente no país. Um passo importante em favor da responsabilidade. De todos os que atuam e interferem no processo judicial e nas relações de trabalho. Empregados, empregadores, advogados, sindicatos, testemunhas, juízes, têm agora novas imposições que exigem destas posturas e modos de agir mais responsável ainda, no sentido da seriedade de sua participação e da aplicação das novas regras, muitas já relativizadas pelo STF. Muito há a avaliar e abordar nas alterações havidas e praticadas hoje, pelo que fazemos, como no presente texto, de parte dela é adequado. São questões gerais das alterações sobre questões materiais, processuais e administrativas.

A alteração legislativa foi significativamente extensa e complexa abordando questões de direito material do trabalho, processual do trabalho e administrativo do trabalho, sendo que nada se observará acerca deste último, em nosso sentir, de menor relevância, mas todas elas constantes da CLT. Por óbvio não se desconhece a alteração concomitante do trabalho temporário, que acabou por permitir amplamente a terceirização, mas com novas ressalvas de segurança, a Lei 13.429/17.

Pois é neste ambiente que as históricas tentativas de atualização normativa, sempre denegadas por motivos diversos e que as regências vigentes se identificavam dissociadas da realidade contemporânea, que se apresentou a mudança.

Quando se apresenta o espaço político que enseja reformar, ela vem sim com força e extensão. Como ora o tema retorna sob a

batuta de novo Governo de viés político diverso, efetivamente podemos ter novas importantes alterações.

Foram pela Reforma Trabalhista havida, alterações no Direito Coletivo e Individual, quer material, quer processual. Todas, em princípio, protegendo o que chamamos de “núcleo duro” trabalhista da Constituição Federal, notadamente o artigo 7º. Resguardadas que foram as garantias constitucionais, o âmbito infraconstitucional dominou as alterações e impõe significativas mudanças.

A dita prevalência do negociado sobre o legislado, o reforço da autonomia da vontade individual do trabalhador, questões importantes e delicadas que merecem ainda estudo profundo e adequada interpretação, mas já ratificadas pelo STF, e aplicação, mas que, desde já, põe em revisão o tradicional Princípio da Aplicação da Norma Mais Favorável, mas já ratificada no Supremo, repita-se, com ressalvas. A regência das Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos coletivos de Trabalho, a possibilidade de anulação pelo Judiciário de cláusulas destes, a ultratividade e até a própria extinção da contribuição Sindical obrigatória. Nesta, particularmente alterando décadas de sistemática de custeio da importante atividade sindical e que já conta com articulação política para que outra alternativa de suporte institucional sindical seja criada, quem sabe até por medida provisória de autoria do Presidente da República.

A “regulamentação” do Trabalho autônomo e assertiva de que sua condição é legítima e deve ser reconhecida, sem que, contudo, tenha deixado de existir o Princípio da Primazia da Realidade. Inserção civilista na CLT. Tal qual igualmente se estabeleceu no artigo 442, parágrafo único da CLT, no que respeita às cooperativas, e ao Estagiário na lei própria, que não formam vínculo de emprego. Uma norma pouco eficiente, quiçá principiológica (?). Vem ainda embaçada pela referência à possibilidade de exclusividade na realização do trabalho, sem configuração de vínculo de emprego.

A ampliação e regulamentação da terceirização, cujo temor de precarização, se supera em muito pela vantajosa e segura regência posta, pela Lei 13.429/17. São novos direitos aos terceirizados, subsidiariedade no cumprimento das obrigações, inviabilização da temida “pejotização”, a criação de quarentena para alterações, garantia de mesmas condições aos terceirizados quando à alimentação oferecida em refeitório da contratante, seus serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento, tudo em evidente melhor regramento. Neste sentido, também a questão da contratação sucessiva, a responsabilização solidária, a exigência da comprovação mensal de cumprimento das obrigações. A regência da Sumula 331 do TST, pouco contribuiu no sentido. E foi afastada pelo STF. Aliás, importante registrar, que mal estamos interpretando a aplicação cruzada subsidiária do Código de Processo Civil 2015 que ora conta com a novel norma de seu artigo 8º tratando da incidência do mesmo ao processo do trabalho, dentre outras relevantes questões a avaliar.

As alterações das jornadas de trabalho, o antigo regime 12x36, integralmente praticado nos Hospitais, por exemplo, a questão dos intervalos reduzidos, questão do maior interesse do empregado de modos a escapar dos horários de “rush” e retornar mais cedo para casa. O intervalo antes das horas extras. Os bancos de horas anuais, semestrais e mensais. As horas extras habituais, os acordos de compensação.

A já tardia adequada normatização do “tele Trabalho” ou trabalho “à distância”, o Trabalho Intermitente, que traz à proteção trabalhista, os antes totalmente desprotegidos “Free lancers”, trabalhadores eventuais sem vínculo de emprego. A nova regência do Trabalho a Tempo Parcial, com evidente avanço de direitos, por exemplo nos períodos de concessão das férias.

A supressão das abusivas “horas in itinere” antes indevidamente generalizadas e a regulamentação do tempo à disposição.

Os temas relativos aos salários, prêmios bônus, gratificações, das concessões espontâneas, do salário utilidade, a equiparação salarial. As férias em nova partição que não geral qualquer prejuízo em tempos tão velozes. A questão dos uniformes, logomarcas, sua higienização e tempo de vestimenta, melhor regrados.

A dispensa da obrigatoriedade de homologação das rescisões, que, de fato, para nada serviam – com tantas ressalvas e ausência de efetiva quitação dos direitos – senão como forma de apresentação de profissional que pudesse eventualmente representar judicialmente o ex empregado.

A importante possibilidade de distrato entre as partes e a realização de acordo extrajudicial, além do manejo da jurisdição voluntária. A possibilidade de utilização do importante método adequado de solução de conflitos que é a arbitragem para alguns trabalhadores (os que percebam salários superiores ao dobro do teto de benefício previdenciário), a sucessão, os grupos econômicos. Assim como a Lei da Mediação, 13.140/15, na normatização geral do instituto. A Correção dos enormes abusos praticados contra sócios retirantes definindo claramente sua responsabilidade. A antes não regulamentada regra constitucional da representação dos empregados naquelas empresas com mais de 200 empregados, e que não se confunda com a atividade sindical, a quitação anual das obrigações.

Realce-se a grave ocorrência da pandemia (COVID 19), que até bem pouco tempo também regrou todos os aspectos das relações de trabalho, ainda que temporariamente.

No âmbito do processo, a imposição de novas e importantes responsabilidades, ensejando maior seriedade ao litígio ao impor significativas mudanças nos requisitos da petição inicial, aliás já flexibilizada pelo STF. A regulação da sucumbência, da Assistência judiciária gratuita (também moduladas pelo STF), momento da produção da defesa, as desistências, a contagem de prazos conforme,

neste particular, já o fizeram o NCPC (Novo Código de Processo-Civil). A representação da empresa na audiência que pode indicar quem queira, pois, afinal por atos deste responderá. A presença das partes e as consequências de suas ausências, à revelia. Na audiência de instrução, a questão da alteração do ônus de prova. A litigância de má fé e a penalização à testemunha mentirosa, ora em reforçada regência.

Em especial a simplificação da exceção de incompetência, afastando a ocorrência de malicioso ajuizamento longe da sede do local de trabalho impondo custos enormes e indevidos ao empregador que lá deveria defender-se, mas que acabava por forçar a realização de composição. A tormentosa questão do Dano extrapatrimonial, sua fixação e dimensionamento teto, que ainda segue indefinida.

No que respeita aos recursos, o depósito recursal, o poder do relator no recurso, a transcendência do Recurso de Revista, tornaram mais técnico e de mais difícil trâmite e processamento.

A mudança relevante no procedimento de criação e alteração dos Tribunais para a formulação de súmulas, afastando a criação de direitos e obrigações não previstos em lei, estas de competência do poder legislativo. A impossibilidade geral de execução de ofício pelo julgador, garantida, contudo, nas hipóteses em que o autor não é representado por advogado. A atribuição firme de consequência ao executado com cadastramento em órgãos como SERASA e SPC, além do já vigente Cadastro Nacional de Devedores Trabalhistas, sendo que a execução, passa a ser possível de garantia por meio de seguro. A prescrição intercorrente na execução.

Esta tentativa, por certo ineficiente e incompleta, de arrolamento da integralidade das mudanças é feita para que se tenha com clareza e certeza a nova dimensão das relações do trabalho e processo do trabalho, alteradas na octagenária CLT.

As formas de trabalho se alteram e ainda sem segurança ou regência jurídica, são práticas antes mesmo de qualquer regulamentação. Aqui os trabalhos realizados por meio de plataformas, aplicativos, e redes se afirmam, independentemente do direito, já os considerar e reger ou não.

O mundo ainda hesita na forma de tutela que aplicará, mas elas existem e estão aí para evidenciar um mundo do trabalho complexo, volátil, incerto, complexo, ambíguo, frágil, não linear e imprevisível, impondo-se um exercício de previsibilidade ao praticamente inalcançável.

São agentes desse tempo, entre eles a automação, prevista na CF/88, no artigo 7º da CRFB, nunca regulamentado, querendo crer que inexistiu a regulamentação por inviável. Além dela, atropelada pela robótica, um passo à frente, e cada segundo a mais, pela Inteligência Artificial, baseada em algoritmos e estes em dados, cuja adequação ainda não asseveramos. E recentissimamente o ChapGPT - Open AI.

Daí o porquê de lançarmos olhar sobre este mundo novo, seus instrumentos, o “Big Data” e tudo o que foi radicalmente acelerado - para dizer o menos - em tempos que vamos deixando para trás, a pandemia que assolou o mundo.

## **CONCLUSÃO**

Em vias de término, mas com o cenário pandêmico a que no submetemos e com o advento da tecnologia cada vez mais presente no cotidiano da sociedade como um todo, a busca pela prevenção de riscos e o planejamento de condutas em concordância com o regramento disposto, são imprescindivelmente necessários e urgentes, tudo iluminado pelo Compliance, novas regras sobre dados (LGPD), ESG ( aqui apenas referidos), sem tratamento próprio na CLT e reforma trabalhista.



Tema para outro texto, mas a proteção de dados pessoais proveniente da LGPD exige uma nova concepção e adaptação do movimento interno de empresas de diversos setores. Consoante isto, é de se considerar o impacto da LGPD e do ESG nas relações trabalhistas, utilizando da ferramenta *compliance* a fim de prevenir riscos, demandas trabalhistas e a imposição de multas e outras sanções. Trata-se de imperiosa necessidade o manejo adequado das novas regências e posturas sociais e profissionais hoje bastante mais sancionáveis.

O processo de adequação à LGPD e à ESG no âmbito trabalhista é de caráter emergencial, tendo em vista que nas relações de trabalho, considerando que a coleta e tratamento de dados ocorrem diária e permanentemente, especialmente durante a vigência do contrato de trabalho, mas não só, pois tem aplicação anterior e posteriormente ao vínculo. Afirme-se que o empregado é titular dos seus dados que são ou serão objeto de tratamento por um empregador-controlador, este sendo o empregador a quem incumbe o legal uso e dever de assegurar segurança jurídica aos envolvidos.

O *compliance* se dá através de preparo técnico e teórico, com palestras e treinamentos e competente assessoria, para estabelecer todos os parâmetros de adequação com o intuito de que determinada empresa esteja em conformidade com o texto normativo da LGPD.

Presenciamos o desenvolvimento de novas tecnologias classificadas como disruptivas, dado o seu considerável potencial de modificação abrupta da realidade e da sociedade. Elas têm afetado a forma como as pessoas se comunicam e relacionam, as novas fontes de energia, as relações de trabalho e o processo produtivo como um todo, os transportes, além do modo de consumo de bens e serviços. A relação deste mundo novo com a regência aplicável ao direito do trabalho, e a nossa CLT. E que ainda engatinha no importante mundo da Inteligência Artificial (AI), já integrante da vida contemporânea.

A respeito das influências do direcionamento de pesquisas por segmentação sobre a autonomia de escolha dos consumidores na era da inteligência artificial e big data, ver: ANDRÉ, Quentin; CARMON, Ziv; WERTENBROCH, Klaus; CRUM, Alia; DOUGLAS, Frank; GOLDSTEIN, William; HUBER, Joel; VAN BOVEN, Leaf; WEBER, Bernd; YANG, Haiyang. Consumer Choice and Autonomy in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. Johns Hopkins Carey Business School Research Paper, n. 18-03, 2018.

Assim, a tecnologia tem se mostrado fundamental para o tratamento de dados, de modo que não é “hiperbólico” afirmar que nossa sociedade depende, e tende a cada vez tornar se mais dependente, de algoritmos de machine learning vinculados à inteligência artificial a Inteligência artificial, segundo a engenharia da computação, corresponde a máquinas autônomas que possam conduzir tarefas complexas sem intervenção humana, requerendo que estas sejam capazes de perceber e de raciocinar. Inteligência artificial seria, então, a construção de agentes que se comportam de maneira inteligente, como respostas racionais aos dados recebidos. Tema este aqui apenas inserido em conclusão de maneira provocativa à discussão.

É, pois, ainda desafiador o papel da CLT, e das normas em geral face à um novel mundo tecnológico. A Consolidação ainda que já amplamente já , mas em cenário de reforma trabalhista ainda instável, que segue à testa e no centro da regência das questões do trabalho. Os exemplos de LGDP, Compliance, Lei de Mediação e ao final IA foram trazidos para, mais uma vez, evidenciar a dificuldade de verdadeira consolidação do direito do trabalho em instrumento único.



# **O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SEU BALIZAMENTO JURÍDICO NO BRASIL EM FACE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEROS**

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (AMAZÔNIA LEGAL/BRASIL) é Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidad de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA). Chanceler da Academia de Direitos Humanos.

## **INTRODUÇÃO**

Aprovada em março de 2017, quando entrou em vigor a Lei n.º 13.429/2017(que dispõe sobre o trabalho temporário e sobre as relações trabalhistas em empresas que prestam serviços a terceiros) e acolhida pela denominada reforma trabalhista (lei n.º 13.467/2017 que alterou artigos da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT) que a teria "aperfeiçoado" ao estabelecer em face dos dois polos da relação laboral quanto à natureza do trabalho terceirizado que "considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução" (artigo 2.º da Lei n.º 13.467/2017), a matéria teve sua constitucionalidade tratada pelo plenário Su-

premo Tribunal Federal em 30/08/2018, a saber, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252<sup>1</sup>, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 30/08/2018 que a terceirização das chamadas atividades-fim de uma empresa não viola a Constituição.

Destarte ao adotar o entendimento de que nada existiria de ilegal na contratação de serviços de terceiros para execução de atividades fim das empresas em face de uma interpretação no sentido de que a Constituição não faz distinção entre atividade-meio e atividade-fim, o STF ressaltou, todavia, que as empresas contratantes são responsáveis, subsidiariamente, pelas dívidas trabalhistas das empresas contratadas nos casos em que estas demonstrarem falta de recursos para arcar com suas obrigações contratuais.

Todavia nada indicou o Supremo Tribunal Federal a respeito das responsabilidades/ deveres de referidas empresas no que se refere à saúde ambiental dos trabalhadores particularmente em face das superiores normas constitucionais vinculadas ao meio ambiente do trabalho.

Cabe, pois analisar o tema de forma sistemática visando particularmente estabelecer em que medida a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços a terceiros continua submetida às superiores determinações de nosso direito ambiental constitucional.

Senão vejamos.

---

<sup>1</sup> Trata-se de Recurso extraordinário em que se discutiu, à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV e 97 da Constituição federal, a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista.

1. Empresas que prestam serviços a terceiros em face das atividades previstas no âmbito da ordem econômica constitucional: seus reflexos no direito ambiental constitucional conforme orientação estabelecida pela ADI 3540.

Ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, (parágrafo único do art. 170 da CF) nossa Constituição Federal destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica (TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira - CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA). Não se trata de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Antonio Dias Leite, como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo”, mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade”, incluídas evidentemente as empresas que prestam serviços a terceiros, tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se, pois de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade “conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p.25)” .

Todavia, atribuindo ao termo posição juridicamente superior a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade no plano normativo econômico descrito na Lei Maior conceito bem mais amplo abarcando não só as comerciais e empresariais mas também e particularmente indicando a atividade em face da defesa do meio ambiente o que significa compreender a matéria ora desenvolvida ,como salienta Celso Fiorillo<sup>2</sup> ,em face do conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural , de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

## COM EFEITO

Entendida como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação” em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”) o termo atividade também pode ser perfeitamente explicado no âmbito da economia(atividade econômica) como a faculdade de empreender coisas o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Assim, conforme inclusive já definido pelo Supremo Tribunal Federal se “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global

---

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 21ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2021

normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.”

Assim, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art.1º,IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando conforme explicação de Paulo Sandroni <sup>3</sup>em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” ,deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Trata-se por via de consequência, como observa Celso Fiorillo<sup>4</sup> , de se verificar que a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano

---

<sup>3</sup> SANDRONI, Paulo NOVÍSSIMO DICIONÁRIO DE ECONOMIA São Paulo:Editora Best Seller,1999

<sup>4</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Comentário ao Artigo 170,VI da Constituição Federal-Defesa do Meio Ambiente como Princípio da Atividade Econômica. In: J.J.Gomes Canotilho e outros. (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2ed.São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.



e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios indicados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Como lembra referido autor, a defesa do meio ambiente embora adote como causa primária no plano normativo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art.1º, IV) necessita respeitar a dignidade da pessoa humana como superior fundamento constitucional (Art.1º, III).

Adotando referida visão doutrinária o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de fixar a adequada interpretação da matéria conforme decidiu na conhecida ADI 3540 cuja ementa, por sua evidente importância para o tema ora analisado merece ser transcrita, a saber:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento

da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]”.

Destarte ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais. As empresas que prestam serviços a terceiros se submetem, pois às determinações constitucionais antes referidas.

## **EMPRESAS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS COMO ATIVIDADE PREVISTA NO ÂMBITO DO ART.225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL**

Conforme verificamos, além de atribuir à expressão "atividade" posição juridicamente superior com inúmeros reflexos no plano da Carta Magna, a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade fator fundamental relacionado particularmente à própria ordem econômica e financeira constitucional em vigor vinculando a referida expressão também aos princípios gerais da atividade econômica.

Por outro lado entendeu também a Carta Magna ser adequado estabelecer de forma explícita no plano da tutela jurídica constitucional a expressão “atividade” vinculada ao regime jurídico dos bens ambientais ( Art. 225, § 1º, IV e parágrafo 3º ), o que nos possibilita afirmar também ser a atividade ,conforme estabelece Celso Fiorillo, um conceito fundamental relacionado ao direito ambiental

constitucional brasileiro<sup>5</sup> sendo certo que o § 3º, do Art. 225 da Constituição Federal estabelece que as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Quais são as atividades consideradas juridicamente lesivas ao meio ambiente?

São as chamadas atividades poluidoras, vale dizer, aquelas alterações adversas das características do meio ambiente (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) resultantes de atividades que direta ou indiretamente afetem no plano constitucional os bens ambientais e no plano infraconstitucional a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (Art. 30, inciso III letras "a", "b", "c", "d" e "e" da lei 6938/81).

Destarte as Empresas que prestam serviços a terceiros nas hipóteses em que atuam como atividade poluidora estão sujeitas ao direito ambiental constitucional submetendo se à responsabilidade constitucional de reparar danos causados.

---

<sup>5</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 21ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2019.

## **ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE SUJEITANDO OS INFRATORES, INCLUSIVE EMPRESAS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS, À OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS**

Ao verificar o conteúdo do art. 225, § 3º, da Constituição Federal podemos efetivamente observar a existência de uma tríplice responsabilidade do poluidor em face de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (tanto pessoa física como jurídica): a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e ainda a sanção que, como adverte Celso Fiorillo<sup>6</sup> “didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente” .

Tratar de responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental constitucional significa enfrentar o tema dentro da denominada teoria da responsabilidade civil sendo certo que, como destaca Celso Fiorillo<sup>7</sup>, “dentro da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de indenizar sem a ocorrência do dano”

Dessa feita, na lição do referido autor ”o termo dano constitui um dos alicerces essenciais da responsabilidade civil, de modo que se faz imprescindível conceituá-lo.

---

<sup>6</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Direito Processual Ambiental Brasileiro - A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil. 7ª edição. ,São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>7</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 21ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2021.

Primeiramente, adverte Celso Fiorillo <sup>8</sup> é importante ressaltar que inexistente, a nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito. Observemos a seguinte situação: suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de dejetos, há, indiscutivelmente, apesar de a empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.

Dessa forma, o conceito que se coaduna com o aqui exposto é o de que dano é a lesão a um bem jurídico.

Ocorrendo pois lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, inclusive as Empresas que prestam serviços a terceiros, não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizar.

---

<sup>8</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 21ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2021.

## **ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO/SAÚDE AMBIENTAL SUJEITANDO OS INFRATORES, INCLUSIVE EMPRESAS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS, À OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS**

### **NATUREZA JURÍDICA DA SAÚDE COMO BEM AMBIENTAL E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL**

A doutrina italiana, que desenvolveu importante contribuição no que se refere à estruturação jurídica dos bens ambientais de forma geral<sup>9</sup>, ao desenvolver análise tendente à composição unitária dos componentes ambientais isoladamente tomados em um único bem jurídico, moveu-se inicialmente sob a intenção de reencontrar tal elemento de ligação na posição do sujeito, individual ou coletivo, que possui interesse na tutela do ambiente.

Na oportunidade em que os debates se desenvolveram, a posição subjetiva que apareceu tutelável relativamente à poluição foi aquela do direito de propriedade sendo certo que pioneiramente tentou se estabelecer outra reconstrução unitária do meio ambiente com referencia a diferentes posições subjetivas individuais e particularmente a um direito personalíssimo: o direito à saúde, na sua configuração de direito ao ambiente saudável.

---

<sup>9</sup> Vide de forma detalhada FIORILLO, Celso Antonio Pacheco O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil São Paulo: Saraiva, 2000

O fundamento de tal direito foi reconhecido no art. 32 da Constituição<sup>10</sup> e, embora recebendo algumas críticas, como a de Gianpietro<sup>11</sup> ao aduzir que “ o direito à saúde não surge em todo o caso em condições de assegurar a unidade do meio ambiente no sentido jurídico” obteve uma acolhida favorável, principalmente na jurisprudência italiana<sup>12</sup>.

Todavia diante da efetiva dificuldade de se estabelecer no âmbito doutrinário um critério unívoco a respeito do bem ambiental, particularmente em decorrência da existência de várias teorias do ambiente como bem jurídico (teoria da especificação do elemento unificador no direito subjetivo individual, teoria do ambiente como objeto unitário de interesses difusos, teoria do ambiente como objeto unitário de planejamento urbano, teoria do ambiente como bem público e, portanto, do erário, na jurisprudência da Corte de Contas italiana, e a tese da uniformidade do meio ambiente no que tange ao dano ambiental, a teor do art. 18 da Lei italiana n. 349, de 8 de julho de 1986) o tema não ficou bem consolidado.

No Brasil, todavia a Constituição Federal de 1988, de forma paradigmática, não só definiu a natureza jurídica do bem ambiental como harmonizou explicitamente a matéria em face da saúde<sup>13</sup>.

## COM EFEITO

O art. 225 da Constituição Federal estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está estruturado juridicamente

---

<sup>10</sup> “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento a não ser por posição legal. A lei não pode em nenhum caso violar os limites impostos ao respeito à pessoa humana.”

<sup>11</sup> GIANPIETRO F. La responsabilità per danno all'ambiente Milano: Giuffrè, 1988

<sup>12</sup> Cass. SS. UU. 6-10-1979, *Jurisprudência Italiana*, 1980.

<sup>13</sup> Vide de forma detalhada FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ; FERREIRA, Renata Marques. Tutela Jurídica da Saúde em face do Direito Ambiental Brasileiro-Saúde Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

como bem essencial à sadia qualidade de vida sendo de uso comum do povo.

Destarte, ao enunciá-lo como essencial à qualidade de vida, o dispositivo recepcionou o conceito de meio ambiente estabelecido na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), qual seja, “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I), dentro de uma concepção, que determina uma estreita e correta ligação entre a tutela jurídica do meio ambiente e a defesa da dignidade da pessoa humana dando particular relevo à incolumidade físico-psíquica da pessoa humana.

A expressão “sadia qualidade de vida”, explicitada no art.225 da Lei Maior de nosso País, associa, pois o direito à vida ao direito à saúde, na exata medida do que sustentam Carlo Malinconico<sup>14</sup> em sua obra clássica dentro de uma concepção destinada a impedir que o meio ambiente, como sustentam Celso Fiorillo e Renata Ferreira<sup>15</sup> viesse a ser apenas uma questão de sobrevivência, mas, efetivamente, “algo mais” dentro de um parâmetro, vinculando o direito à vida em face de uma tutela à saúde com padrões de qualidade e dignidade.

Nota-se, portanto, que, em face da noção jurídica de meio ambiente estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal(ADIN 3540) e mesmo em decorrência do desenvolvimento doutrinário especializado articulado na análise do meio ambiente em face do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural, as visões anteriormente indicadas não possuem outra função senão delimitar seu espectro, a que se está

---

<sup>14</sup> MALINCONICO, Carlo I Beni Ambientali Padova: CEDAM, 1991.

<sup>15</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ; FERREIRA, Renata Marques. Tutela Jurídica da Saúde em face do Direito Ambiental Brasileiro-Saúde Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018



referindo dentro de uma aparente dissociação vinculada a um sentido meramente expletivo, na medida em que o conceito de meio ambiente, em face do desenvolvimento doutrinário especializado, está indissociavelmente associado ao direito à vida.

Exatamente nesse sentido a lição de Giannini<sup>16</sup> quando afirma que o meio ambiente não pode ter um tratamento fragmentalizado ou isolado em setores estanques, ou mesmo as ideias de Prieur<sup>17</sup>, dentro de uma concepção em que o ambiente seria “a expressão das alterações e das relações dos seres vivos, incluindo o homem, entre eles e o seu meio, sem surpreender que o direito do ambiente seja, assim, um direito de interações que tende a penetrar em todos os setores do direito para aí introduzir a ideia de ambiente”.

Com fundamento nessas considerações preliminares acerca do direito ao meio ambiente, podemos identificar a natureza jurídica do chamado bem ambiental.

Foi principalmente a partir da segunda metade do século XX, em decorrência do surgimento dos fenômenos de massa, quando se observou a formação da denominada “sociedade de massa”, que os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de maior preocupação do aplicador do direito e mesmo dos cientistas e legisladores como um todo.

Observados pela doutrina italiana, principalmente a partir da visão de Cappelletti<sup>18</sup> do abismo criado entre o “público e o privado”,

---

<sup>16</sup> GIANNINI MS Ambiente ;saggio sui dibersi suoi aspetti giuridici Riv.Trim.Dir.Pubbl. Milano: Giuffre',1973

<sup>17</sup> PRIEUR,Michel Droit de l'environnement Avec la collaboration de Julien Bétaille, Marie-Anne Cohendet, Hubert Delzangles, Jessica Makowiak, Pascale Steichen 7e édition Paris : Dalloz/2016.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile Padova: CEDAM, 1975

preenchido pelos direitos metaindividuais, emergiram os denominados bens de natureza difusa como uma alternativa essencial em face da dogmática jurídica estabelecida até o século XX.

No Brasil, o desenvolvimento doutrinário antes referido acabou por gerar reflexos na Constituição Federal de 1988 fixando orientação para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades, principalmente metaindividuais e obejtiamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Sob esse enfoque, surgiu a Lei Federal n. 8.078, de 1990, que, além de estabelecer nova concepção, vinculada aos direitos das relações de consumo, criou, a partir da orientação estabelecida pela Carta Magna de 1988, a estrutura infraconstitucional que fundamenta a natureza jurídica de um novo bem, que não é público e não é privado: os bens ambientais de natureza metaindividual.”

Criado, todavia no plano mais importante do sistema jurídico brasileiro, como já aludido, os bens ambientais passaram a ter clara definição legal no plano superior e infraconstitucional, com evidentes reflexos, conforme já tivemos a oportunidade de aduzir anteriormente, na própria interpretação sistemática de toda a Carta Magna, configurando nova realidade para o intérprete do direito positivo brasileiro.

Aludido bem, definido em regra como transindividual, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, da Lei n. 8.078/90), pressupõe, sob a ótica normativa, a existência de um bem “de natureza indivisível”, ou seja, um bem que “não pode ser fracionado por sua natureza, por determinação de lei ou por vontade das partes” conforme nos lembra Diniz(DINIZ, Maria Helena 1998 ;p.393).

Por outro lado, no superior plano constitucional, o art. 225 de nossa Lei Maior, ao estabelecer a existência jurídica de um bem essencial à sadia qualidade de vida de uso comum do povo, entendeu por bem estruturar nova realidade jurídica disciplinando bem que, não é público nem, muito menos, particular rompendo o dogma dos “dois grandes interesses” que sempre formaram a interpretação do sistema normativo pátrio em face da divisão em direito público(bens públicos) e direito particular(bens particulares).

Assim, não se reportando a uma pessoa individualmente concebida e muito menos ao Estado/pessoas jurídicas de direito público interno e sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, o que demarca um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, as pessoas titulares desse direito, o art. 225 da Constituição Federal estabeleceu por via de consequência a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que todos são titulares/usuários do referido direito.

O bem ambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988 é, portanto, um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser ESSENCIAL À SADIA QUALIDADE DE VIDA DA PESSOA HUMANA, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado/usado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais.

Note-se ainda, conforme já tivemos oportunidade de desenvolver anteriormente, que a doutrina italiana já insinuava que não é somente o traço de titularidade que diferencia um bem ambiental dos outros bens existentes em nosso ordenamento jurídico. Sustenta a distinção num critério objetivo, que reside na indivisibilidade do bem, objeto sobre o qual resultará o interesse respectivo cabendo para tanto relembrar o conteúdo da Lei Federal n. 8.078/90.

Entre bem ambiental e bem público, contudo, haveria tênue liame, que se reforçaria diante da aplicação do critério subjetivo para a distinção de cada um deles.

## COM EFEITO

A distinção entre bem público e bem ambiental reclamaria ainda a análise não só do art. 66 do Código Civil de 1916 como de sua “cópia” no Código Civil de 2002 (art. 99). O legislador de 1916 atribuiu ao que chamamos atualmente de bem ambiental a característica de espécie de bem público; o legislador civil de 2002, como dissemos, transportou o conceito do final do século XIX/início do século XX pura e simplesmente para o século XXI... resta evidente que os conceitos do subsistema civil não guardam compatibilidade com o conceito descrito no art. 225 da Constituição Federal.

A matéria, todavia foi satisfatoriamente enfrentada a partir do ano de 2010 quando o Supremo Tribunal Federal, acolhendo nossa interpretação, não só reconheceu que são distintos os bens jurídicos ambientais e os bens jurídicos públicos como indicou a necessidade fundamental de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental conforme podemos constatar, a saber:

“Os arts. 2<sup>a</sup> da Lei 8.176/91 e 55 da Lei 9.605/98 tutelam bens jurídicos distintos: o primeiro visa a resguardar o patrimônio da União; o segundo protege o meio ambiente (grifos nossos). Daí a improcedência da alegação de que o art. 55 da Lei 9.605/98 revogou o art. 2<sup>a</sup> da Lei 8.176/91”

HC 89.878, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20-4-2010, 2<sup>a</sup> Turma, *DJe*, 14-5-2010.

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO DE OURO. INTERESSE PATRIMONIAL DA UNIÃO. ART. 2<sup>a</sup> DA LEI N. 8.176/1991. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 55

DA LEI N. 9.605/1998. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO APARENTE DE NORMAS. AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Como se trata, na espécie vertente, de concurso formal entre os delitos do art. 2º da Lei n. 8.176/1991 e do art. 55 da Lei n. 9.605/1998, que dispõem sobre bens jurídicos distintos (patrimônio da União e meio ambiente, respectivamente), não há falar em aplicação do princípio da especialidade para fixar a competência do Juizado Especial Federal. 2. Ordem denegada” (STF, HC 111.762/RO, 2ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 13-11-2012, *DJe* de 4-12-2012).

“O art. 225, § 3º, da CF não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental (grifos nossos). A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização

conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.”

[RE 548.181, rel. min. Rosa Weber, j. 6-8-2013, 1ª T, DJE de 30-10-2014

Destarte, resta evidente a natureza jurídica da saúde como bem ambiental gerando importantes reflexos no sistema normativo constitucional como, por exemplo, a integral aplicação de todos os princípios constitucionais do direito ambiental em face da saúde e demais regras ambientais constitucionais pertinentes.

## **A SAÚDE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL INTEGRANTE DO PISO VITAL MÍNIMO (ART.6º DA CF) E SEU ENQUADRAMENTO NO ÂMBITO DO CONCEITO PLURAL DE MEIO AMBIENTE ACOLHIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(ADI 3540)**

Reportando-se aos destinatários da norma constitucional, que são os brasileiros e estrangeiros residentes no País (Art.5º da CF), e claramente vinculada à concepção de ser “essencial à sadia qualidade de vida” descrita no caput do Art.225, a saúde, como bem ambiental, tem como objetivo imediato a tutela jurídica da dignidade do ser humano e, de forma mediata, outros valores que também venham a ser estabelecidos na Constituição Federal.

Por conta dessa visão, devemos compreender o que seja *essencial*, adotando um padrão mínimo de interpretação ao art. 225 em face dos dizeres do art. 1º, combinado com o art. 6º da Constituição Federal, que fixa o *piso vital mínimo*. Com efeito, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, e, para que uma pessoa tenha a tutela mínima

de direitos constitucionais adaptada ao direito ambiental deve possuir uma vida não só sob o ponto de vista fisiológico, mas sobretudo concebida por valores outros, como os culturais, que são fundamentais para que ela possa sobreviver, em conformidade com a nossa estrutura constitucional

Destarte, embora unitário, o conceito de meio ambiente, porquanto todo este é regido por inúmeros princípios, diretrizes e objetivos que compõem o direito ambiental constitucional, estabelecido pela doutrina e posteriormente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em aspectos que o compõem, busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem como *objeto maior* tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados.

Daí verificarmos a tutela jurídica da saúde ambiental enquadrada no conceito amplo e abrangente de meio ambiente estabelecido na conhecida ADI 3540, a saber:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento

da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006).

Destarte, prevista como direito constitucional integrante do Piso Vital Mínimo (Art.6º da CF) e enquadrada no âmbito do conceito plural de meio ambiente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal(ADI 3540), a saúde ambiental tem seu balizamento jurídico estruturado pelo direito ambiental constitucional e evidentemente por seus princípios gerais e específicos.

## **CONDUTAS E ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS À SAÚDE SUJEITANDO OS INFRATORES, PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, À OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS: A CHAMADA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA EM FACE DA LESÃO À SAÚDE**

Determina nossa Lei Maior que condutas e atividades consideradas lesivas à saúde, como bem ambiental que é, sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à obrigação de reparar os danos causados (Art.225, § 3º).

Destarte a responsabilidade derivada de lesão à saúde, comporta em princípio as três modalidades de danos estabelecidas em nossa Lei Maior que serão observadas caso a caso em face das circunstâncias objetivas das hipóteses em que possam ocorrer (art. 5ª, V e X), a saber:

1) *DANO MATERIAL* - também chamado no subsistema civil de dano patrimonial, consiste em uma lesão (prejuízo) que venha a afetar determinado interesse relativo aos bens materiais de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País (pessoa física ou



jurídica), de forma individual ou coletiva (com reflexos no campo individual e metaindividual), representada pela deterioração ou mesmo pela perda (parcial ou integral) de aludidos bens materiais (corpóreos);

2) *DANO MORAL*<sup>19</sup> – consiste em uma lesão que venha a ofender determinado interesse que não seja corpóreo de qualquer brasileiro e estrangeiro residente no País (pessoa física), de forma individual ou coletiva<sup>20</sup> (com reflexos no campo individual e metaindividual), constituída pela ofensa de valores imateriais da pessoa humana<sup>21</sup> tutelados pela Constituição Federal, afetando fundamentalmente a denominada “paz interior” de referidas pessoas;

---

<sup>19</sup> Para o *Dicionário de psicologia Dorsh*, “moral, do latim ‘relativo aos costumes’, é o conjunto das normas que determinam o comportamento e avaliação – consciência”.

<sup>20</sup> Conforme divulgado em junho de 2012 pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V. O texto não restringe a violação à esfera individual, e mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico. Essas ações podem tratar de dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (por exemplo, por publicidade abusiva), danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e até fraude a licitações.

Vide: REsp 636.021, 971.844, 598.281, 821.891, 105.727-4, 118.007-8, 117.829-4, 122.175-6, 866.636.

<sup>21</sup> A ofensa é de valores imateriais da pessoa humana.

Vide de forma detalhada FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito Processual Ambiental Brasileiro – A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

3) *DANO À IMAGEM* – consiste em uma lesão que venha a atingir determinado interesse vinculado à reprodução das pessoas humanas, de forma individual ou coletiva (com reflexos no campo individual e metaindividual), constituída pela ofensa de valores tutelados pela Carta Magna ligados às pessoas antes referidas e que de alguma forma afetem a representação da forma ou do aspecto de ser de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País (pessoa física ou jurídica)<sup>22</sup>.

São legitimados passivos todos aqueles que, de alguma forma <sup>23, 24, 25, 26 27</sup>, foram os causadores do dano ambiental, sendo certo que a responsabilidade dos causadores é *solidária*<sup>65, 66, 67, 68 e 69</sup>, por expressa determinação do art. 3º, I, bem como pela Lei n. 6.938/81,

---

<sup>22</sup> Vide REsp 270.730, REsp 1.200.482, REsp 1.024.276, REsp 803.129, REsp 1.014.624, REsp 1.208.612, REsp 1.168.547, REsp 1.021.987, REsp 1.082.878, REsp 1.053.534, REsp 1.005.278 e HC 88448.

<sup>23</sup> O STJ decidiu como indicado abaixo, a saber:

“A tese recursal não prospera, tendo em vista que a *responsabilidade por danos ambientais é solidária entre o poluidor direto e o indireto, o que permite que a ação seja ajuizada contra qualquer um deles, sendo facultativo o litisconsórcio. Precedentes do STJ*” (Grifos nossos) (REsp 1.079.713-SC (2008/0169678-0), Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 18-8-2009, v. u.).

<sup>24</sup> No que se refere ao princípio da solidariedade, vide entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1003-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-9-1999.

<sup>25</sup> Reiteramos a importância do julgamento que condenou a União, por omissão no dever de fiscalizar, a recuperar área degradada em Santa Catarina, juntamente com as mineradoras que causaram dano ao ambiente por quase duas décadas. O STJ concluiu haver responsabilidade solidária entre o poder público e as empresas poluidoras, assim todos responderam pela reparação. Além disso, as ações coletivas de reparação de dano ambiental são imprescritíveis, isto é, podem ser propostas a qualquer tempo, pois não há um prazo limite definido em lei (REsp 647.493).

<sup>26</sup> Vide REsp 107.174-1-SP, rel. Min. Herman Benjamin, de 9-7-2008.

<sup>27</sup> Conforme informado em 15-9-2009 pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa “A responsabilidade por danos ao meio ambiente, além de objetiva, não exigindo a comprovação de culpa, é também solidária” (REsp 1.056.540).

que atribui a obrigação de indenizar o dano ambiental àqueles que, com a sua atividade, causaram dano”<sup>28</sup> (grifo nosso)<sup>29</sup> e <sup>30</sup>

Adotou por via de consequência nossa Lei Maior, no âmbito das relações jurídicas vinculadas aos bens ambientais, a chamada *responsabilidade civil objetiva*. Claro está que não se cuida efetivamente de uma responsabilidade propriamente civil, uma vez que a Constituição Federal estabelece regra própria em face de obrigação de reparar danos causados a bens ambientais, ou seja, o que existe no âmbito constitucional é uma verdadeira responsabilidade pela lesão aos bens ambientais.

Cabe lembrar que, anteriormente à Constituição Federal de 1988 e no plano infraconstitucional, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) já previa a responsabilidade objetiva do poluidor no seu art. 14, § 1º. Com a promulgação da Lei Maior tal norma infraconstitucional foi recepcionada, tendo como fundamento de validade o art. 225, § 3º, porquanto este não estabeleceu qualquer critério ou elemento vinculado à culpa como determinante para o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente. Consagrou-se, portanto, a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais.

---

<sup>28</sup> Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery, *Indenização do dano ambiental (responsabilidade civil e ação civil pública)*, tese de mestrado da PUCSP, 1993, p. 85.

<sup>29</sup> O Superior Tribunal de Justiça vem adotando nosso posicionamento, reconhecendo inclusive que existe responsabilidade solidária entre o Poder Público e as empresas poluidoras, o que significa que todos respondem pela reparação (*vide* REsp 647.493, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, maio de 2007).

<sup>30</sup> A ação civil pública ou coletiva que objetiva a responsabilização por dano ambiental pode ser proposta contra o poluidor, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV, da Lei n. 6.898/91), todos coobrigados solidariamente à indenização, mediante litisconsórcio facultativo. A sua ausência não acarreta a nulidade do processo. Precedentes citados: REsp 604.725-PR, DJ, 22-8-2005, e REsp 21.376-SP, DJ, 15-4-1996. REsp 884.150-MT, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19-6-2008.

A adoção pela Constituição Federal do regime da responsabilidade objetiva implica a *impossibilidade de alteração* desse regime jurídico da responsabilidade chamada civil, em matéria ambiental, por qualquer lei infraconstitucional<sup>31</sup>.

## **TUTELA JURÍDICA DA SAÚDE EM FACE DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.**

### **O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.). Nosso conceito de meio ambiente do trabalho vem sendo adotado inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho balizando por via de consequência a imprescindível relevância da saúde ambiental em proveito da dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA SOLIDÁRIA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIJIMENTO” (STF, RE 679.676 AgR/PR, 2ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 19-2-2013, DJe de 5-3-2013).

<sup>32</sup>Vide Acórdãos Ag-AIRR-605-10.2015.5.17.0005, 1ª Turma, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 04/09/20, Ag-RR-1139-80.2017.5.17.0005, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/09/2019, RR-0001677-12.2015.5.17.0141, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 07/12/2018, AIRR-588-77.2016.5.17.0121, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 24/08/2018, AIRR-1099-48.2015.5.17.0012, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 29/09/2017, AIRR - 1951-02.2015.5.17.0003, 8ª Turma, Relatora Dora Maria da Costa, DEJT 14/08/2017, AIRR 945-08.2015.5.17.0181, 2ª Turma, Relator: José Roberto Freire Pimenta, DEJT

---

05/05/2017, AIRR 726-17.2015.5.17.0012, 2ª Turma, Relator José Roberto Freire Pimenta, DEJT 28/04/2017, AIRR 566-39.2010.5.15.0071, 8ª Turma, Relatora: Dora Maria da Costa, CEJT 28/04/2017, AIRR 896-63.2015.5.21.0016, 8ª Turma, Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 10/03/2017, AIRR 1124-38.2015.5.21.0016, 8ª Turma, Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 03/03/2017, AIRR 929-53.2015.5.21.0016, AIRR - 929-53.2015.5.21.0016, 8ª Turma, Relator: Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 12/12/2016, ARR - 1099-48.2015.5.17.0012, 8ª Turma, Relatora: Dora Maria da Costa, DEJT: 02/12/2016, AIRR - 2099-11.2014.5.12.0060, 8ª Turma, Relatora: Dora Maria da Costa, DEJT: 28/10/2016, AIRR - 421-32.2015.5.21.0041, 3ª Turma, Relator: Mauricio Godinho Delgado, DEJT: 30/09/2016, RO - 327-27.2013.5.23.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT: 05/08/2016, ARR - 157400-86.2011.5.17.0004, 8ª Turma, Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT: 06/05/2016, AIRR - 11022-39.2014.5.18.0131, 8ª Turma, Relatora: Dora Maria da Costa, DEJT: 04/03/2016, AIRR - 207-19.2012.5.19.0262, 1ª Turma, Relatora: Luiza Lomba, DEJT: 18/12/2015, ED-RR - 2438-53.2012.5.03.0136, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 27/11/2015, RR - 144000-40.2009.5.01.0062, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 27/11/2015, RR - 1130-69.2010.5.02.0462, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 27/11/2015, ED-ARR - 988-20.2013.5.03.0143, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 27/11/2015, ED-RR - 1050-43.2011.5.05.0024, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT : 27/11/2015, RR - 651-78.2011.5.01.0071, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 27/11/2015, ARR - 394-21.2012.5.01.0038, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 29/10/2015, ARR - 988-20.2013.5.03.0143, : 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 09/10/2015, RR - 1050-43.2011.5.05.0024, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 02/10/2015, RR - 1768-86.2012.5.02.0089, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 02/10/2015, RR - 135700-18.2009.5.01.0021, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 02/10/2015, RR - 698-81.2012.5.09.0657, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, RR - 213-55.2013.5.24.0002, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, AIRR - 20711-94.2013.5.04.0402, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, RR - 2438-53.2012.5.03.0136, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, RR - 734-11.2012.5.04.0028, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, RR - 482-42.2012.5.01.0076, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 25/09/2015, AIRR - 1593-35.2011.5.02.0087, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 26/06/2015, AIRR - 69800-37.2008.5.01.0017, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 29/05/2015, AIRR - 495-30.2010.5.01.0070, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 08/05/2015, AIRR - 40301-

Caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam<sup>33</sup>.

O meio ambiente do trabalho recebe tutela imediata pela Carta Constitucional no seu art. 200, VIII, ao prever que:

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

---

47.2013.5.13.0001, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/03/2015, RR - 12-35.2012.5.09.0093, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/03/2015, RR - 886-07.2012.5.04.0304, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/03/2015, AIRR - 1485-61.2012.5.15.0102, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/03/2015, AIRR - 1120-34.2012.5.14.0005, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 19/12/2014, AIRR - 36100-74.2009.5.19.0004, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 19/12/2014, AIRR - 2419-28.2012.5.03.0110, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 19/12/2014, RR - 211800-33.2006.5.02.0072, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 28/11/2014, RR - 2430-62.2012.5.02.0085, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 28/11/2014, AIRR - 92-58.2012.5.02.0201, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/10/2014, RR - 273000-93.2009.5.02.0053, 2ª Turma, Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, DEJT: 31/10/2014, RO - 9121-90.2011.5.02.0000, Órgão Especial, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT: 12/09/2014, AIRR - 63900-74.2009.5.19.0005, 2ª Turma, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT: 20/06/2014, RO - 6250-87.2011.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relatora: Katia Magalhaes Arruda, DEJT: 21/02/2014, AIRR - 80600-56.2012.5.17.0012, 3ª Turma, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT: 20/09/2013, AIRR - 143100-90.2009.5.16.0013, 2ª Turma, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT: 02/08/2013, RR - 125600-49.2005.5.15.0087, 4ª Turma, Relatora: Maria de Assis Calsing, DEJT: 07/06/2013, ARR - 139000-97.2004.5.15.0077, 3ª Turma, Relator: Mauricio Godinho Delgado, DEJT: 31/10/2012, RR - 167500-50.2004.5.15.0021, 8ª Turma, Relator: Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT: 02/12/2011.

<sup>33</sup> Cf. Franco Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 113.

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Por outro lado, a redução dos riscos inerentes ao trabalho vinculado aos trabalhadores urbanos e rurais por meio de normas de saúde, higiene e segurança também passou a ser tutelada no âmbito de nossa Carta Magna conforme observamos:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assim, a tutela imediata do meio ambiente do trabalho foi fixada pelos dispositivos constitucionais vinculados ao direito à saúde ambiental (arts. 196 a 200 da CF), sendo certo que a tutela *mediata* do meio ambiente do trabalho concentra-se no *caput* do art. 225 da Constituição Federal.

Importante verificar, todavia, que a proteção do direito do trabalho é *distinta* da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve suas atividades. O direito do trabalho, por sua vez, é o conjunto de normas jurídicas que disciplina as relações jurídicas entre empregado e empregador.

Notamos por via de consequência que o aspecto de maior relevo na tutela jurídica constitucional do tema ora focado está relacionado

à saúde da pessoa humana<sup>3435 e 36</sup> em harmonia com o art. 1º, III, da Carta da República<sup>37 e 38</sup>.

---

<sup>34</sup> ARE 664335 / SC - SANTA CATARINA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 04/12/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO

REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO

DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIDIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Conduz à admissibilidade do Recurso Extraordinário a densidade constitucional, no aresto recorrido, do direito fundamental à previdência social (art. 201, CRFB/88), com reflexos mediatos nos cânones constitucionais do direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), à saúde (arts. 3º, 5º e 196, CRFB/88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225, CRFB/88). 2. A eliminação das atividades laborais nocivas deve ser a meta maior da Sociedade - Estado, empresarial, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem voltar-se incessantemente para com a defesa da saúde dos trabalhadores, como enuncia a Constituição da República, ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização social do trabalho, a preservação da vida e da saúde (art. 3º, 5º, e 196, CRFB/88), e o meio ambiente de trabalho equilibrado (art. 193, e 225, CRFB/88). 3. A aposentadoria especial prevista no artigo 201, § 1º, da Constituição da República, significa que poderão ser adotados, para concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência social, requisitos e critérios diferenciados nos "casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a



---

integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”. 4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo. 5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998. 6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores. 8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador. 9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. 10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito a

---

aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete. 12. In casu, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores. 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

<sup>35</sup> Vide ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 11-3-2009, Plenário, *Informativo* 538.

<sup>36</sup> “Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar – se o superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo –, porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como

## COM EFEITO

Todo ser humano tem direito a uma vida digna, princípio constitucional explicitamente previsto no Art.1º, III de nossa Lei Maior.

A concretização desse direito fundamental reclama a observação de outras tantas normas atreladas ao preceito. Entre elas, encontramos as relativas à proteção da saúde do trabalhador, conforme

---

de direito fundamental (saúde), tem o *status* de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte, etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o *referendum* à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o *periculum in mora* é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o *referendum* a cautelar. Senhor Presidente, portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar” (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Carlos Britto, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 10-10-2008).

<sup>37</sup> Como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, entendeu o Superior Tribunal de Justiça ser possível inclusive conceder liminar garantindo antecipadamente (antecipação de tutela) o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável (vide REsp 820.674, Relatora Ministra Eliana Calmon; Órgão Julgador: Segunda Turma; Data do julgamento: 18-5-2006).

<sup>38</sup> Por sete votos a três o Supremo Tribunal Federal manteve em junho de 2008 a vigência da Lei paulista n. 12.684/2007 que proibiu o uso de qualquer produto que utilize o amianto no Estado, tendo sido observado na oportunidade, pela maioria dos ministros, que referida norma estadual estaria em conformidade com a Constituição Federal atendendo ao princípio da proteção à saúde.

Vide ADI 3.937.

já observamos no art. 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Além disso, um pouco mais à frente, prescreve o legislador que o Sistema Único de Saúde tem, entre outras funções, a atribuição de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como de saúde do trabalhador”.

No plano infraconstitucional e portanto em dimensão de menor relevância a matéria relativa ao meio ambiente do trabalho, continua

a ser basicamente regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho<sup>394041</sup> e pela Portaria n. 3.214/78, que aprova diversas normas

---

39 ADI 2609 ED / RJ - RIO DE JANEIRO  
EMB.DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 18/11/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO

DJe-256 DIVULG 30-11-2016 PUBLIC 01-12-2016

EMENTA Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.623/01 do Estado do Rio de Janeiro. Critérios de proteção do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador. Natureza trabalhista dos temas tratados na lei. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Rediscussão de temas já debatidos em julgamento de mérito. Embargos de declaração rejeitados. 1. Não há omissão ou obscuridade no acórdão embargado quanto à natureza da matéria tratada na Lei estadual nº 3.623/01 e à alegada possibilidade de o Estado regulamentar critérios para a manutenção da saúde dos trabalhadores. No julgamento da presente ação direta, restou assentada a natureza trabalhista dos temas tratados na lei do Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual foi reconhecida a usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Também foi afastada a possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na competência concorrente prevista na Carta da República, legislar sobre as matérias veiculadas no citado diploma legal, uma vez que essa competência não abrange a disciplina acerca da saúde dos trabalhadores e do meio ambiente do trabalho. 2. Não estão presentes quaisquer das hipóteses autorizadoras da oposição dos embargos de declaração. Na realidade, pretende a embargante rediscutir a decisão invocando matérias já enfrentadas no acórdão atacado, fim para o qual não se presta o recurso aclaratório. 3. Embargos declaratórios rejeitados.

40 Rcl 20744 AgR / SC - SANTA CATARINA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 02/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016

Ementa: RECLAMAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADI 3.395. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO. 1. Não há identidade estrita com o decidido na ADI 3.395-MC o debate sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação civil pública, cujo objetivo é impor a ente público o cumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho (no caso, hospital público no qual

---

trabalham não apenas servidores estatutários, mas também funcionários terceirizados, submetidos à CLT). 2. Agravo regimental desprovido.

41 RE 898716 AgR / PR - PARANÁ

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-205 DIVULG 13-10-2015 PUBLIC 14-10-2015

EMENTA DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANO AO MEIO AMBIENTE. VAZAMENTO DE ÓLEO DO OLEODUTO DA REPAR QUE ATINGIU O RIO IGUAÇU. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA NO ACÓRDÃO DE ORIGEM. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.4.2010. 1. Inexistência de violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes. 2. Obstada a análise da suposta afronta aos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 3. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356/STF: "Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada", bem como "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento." 4. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região firmou ser da Justiça Federal a competência para analisar as questões quanto ao acidente de trabalho provocador do dano ambiental de grande dimensão - vazamento de 4 milhões de óleo do oleoduto da Repar (Refinaria Presidente Getúlio Vargas), que atingiu o Rio Iguaçu - e quanto à proteção ao meio ambiente do trabalho, "pois não há como dissociar o acidente do seu entorno, ou seja, as matérias estão entrelaçadas e devem ser decididas conjuntamente. O objetivo da ação civil pública é maior, que é o de alcançar, com a compatibilização do meio ambiente de trabalho, meios eficazes para prevenir novos danos ao meio

regulamentadoras (NR) concernentes à segurança e medicina do trabalho. Interessante verificar que a Consolidação traz um capítulo específico para a segurança e medicina do trabalho, prevendo diversos modos de conservação do meio ambiente e prevenção de acidentes e doenças do trabalho. Impõe deveres aos empregados e empregadores, bem como aos órgãos da Administração Pública.

De uma forma geral, verificamos o empenho do Estado em regular as condutas para a preservação e conservação do meio ambiente laboral, todavia, não se pode deixar de criticar a “tarifação” feita por conta dos trabalhos insalubres e perigosos, atribuindo-se valores ínfimos e que jamais compensariam os prejuízos experimentados pelo trabalhador.

Por outro lado, conforme já tivemos também a oportunidade de destacar, cabe questionar, para fins de proteção ambiental, qual o conceito de trabalho que se deve adotar. Sendo o meio ambiente sadio um direito constitucional fundamental, o conceito de trabalhador também deve ser perquirido no seio da Carta Magna. O ponto de partida a ser adotado é que a proteção ao meio ambiente do trabalho é distinta da proteção do direito do trabalho. Isso porque aquela tem por objeto jurídico a saúde e a segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar uma vida com qualidade. Busca-se salvaguardar o homem trabalhador das formas de degradação e poluição de vida.

Num segundo momento, deve-se observar que se valoriza o trabalho humano, porquanto este é direito social fundamentador da ordem econômica e financeira e um dos fundamentos da República Fede-

---

ambiente e, diante deste contexto, não há como cindir o processo. Não se trata, portanto, de analisar questões meramente trabalhistas, da seara do direito do trabalho”. Divergir desse entendimento exigiria o revolvimento do quadro fático delineado no acórdão de origem, procedimento vedado em sede extraordinária. 5. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. 6. Agravo regimental conhecido e não provido.

rativa do Brasil. Mas o trabalho tem de estar relacionado a um aspecto econômico, uma vez que deve ser passível de valoração social. Nesse contexto, pode-se concluir que

“o trabalho adquire no Texto Constitucional inúmeras feições, que, embora diferentes, são ligadas entre si e complementares aos objetivos e fundamentos da República no sentido de assegurar a todos uma existência digna num sistema onde haja justiça social. Assim, ora o trabalho surge enquanto instrumento de tutela pessoal, essencial à sobrevivência do homem indivíduo (por exemplo, o direito social ao trabalho), ora surge enquanto política a ser implementada pelo Estado, numa dimensão difusa e essencial aos objetivos apregoados pelo Estado Democrático de Direito”<sup>42</sup>.

De qualquer forma, como advertem Celso Fiorillo e Renata Ferreira<sup>43</sup> jamais se deve restringir a proteção ambiental trabalhista a relações de natureza unicamente empregatícia. Quando se fala em relação de emprego está-se referindo àqueles *vínculos em que o trabalho é subordinado*. Em diversas passagens da Constituição Federal, podemos observar que o legislador sempre alude à relação de trabalho, ou seja, àquela em que há prestação de serviços, seja de natureza subordinada ou não. Quando quis referir-se à relação de emprego, assim o fez expressamente, como ocorre, por exemplo, no art. 7º, I.

---

<sup>42</sup> COELHO, Elaine D'Ávila, *Embargo, interdição e greve em face do meio ambiente do trabalho*, monografia da disciplina de Direito Ambiental II, ministrada pelo Prof.Dr.Celso Antonio Pacheco Fiorillo ,PUCSP, 1995.

<sup>43</sup> FIORILLO,Celso Antonio Pacheco ;FERREIRA, Renata Marques. *Tutela Jurídica da Saúde em face do Direito Ambiental Brasileiro-Saúde Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho*. Rio de Janeiro : Lumen Juris,2018



O que interessa, na lição de referidos autores é a proteção ao meio ambiente *onde o trabalho humano é prestado*, seja em que condição for. Estão protegidos, portanto, por exemplo, os vendedores autônomos e os trabalhadores avulsos.

## CONCLUSÃO

As Empresas que prestam serviços a terceiros em face das atividades previstas no âmbito da ordem econômica constitucional, balizadas que estão pelos próprios princípios gerais da atividade econômica descritos no TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira - CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA , submetem-se ao que determina o princípio da defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Destarte, estão sujeitas à obrigação de reparar danos causados no âmbito da tutela jurídica constitucional vinculada ao meio ambiente do trabalho/saúde ambiental em face de responsabilidade não só objetiva como solidária.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AFIFI, A. & BRESLOW, L. The mature paradigm of public health. Ann. Rev. Public Health, 15:223-35, 1994.
- ALONSO, Marta Leon. La protección constitucional de la salud. Editorial: La Ley Actualidad. Madrid. España.2010.
- AÑÓN, Carlos Lema Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: historia del derecho a la salud en el siglo XX. Editorial Dykinson. Madrid. España.2012.
- AÑÓN, Carlos Lema. Salud, justicia, derechos el derecho a la salud como derecho social. Editorial Dykinson. Madrid. España.2010.
- CAPPELLETTI, Mauro Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile Padova: CEDAM, 1975.

CASAS, W.J.P.; CORDEIRO, E.P.; MELLO, T.C.; ZANNIN, P.H.T. Noise mapping as a tool for controlling industrial noise pollution. *Journal of Scientific & Industrial Research*, New Delhi, v. 73

COELHO, Elaine D'Ávila, *Embargo, interdição e greve em face do meio ambiente do trabalho*, monografia da disciplina de Direito Ambiental II, ministrada pelo Prof.Dr.Celso Antonio Pacheco Fiorillo ,PUCSP, 1995.

EVANS, T. et al. *Challenging inequities in health from ethics to action*.Oxford: Oxford University Press, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 23ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Comentário ao Artigo 170,VI da Constituição Federal-Defesa do Meio Ambiente como Princípio da Atividade Econômica*. In: J.J.Gomes Canotilho e outros. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ed.São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito Processual Ambiental Brasileiro - A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 7ª edição. ,São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil* São Paulo: Saraiva, 2000

FIORILLO,Celso Antonio Pacheco ;FERREIRA, Renata Marques. *Tutela Jurídica da Saúde em face do Direito Ambiental Brasileiro-Saúde Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho*. Rio de Janeiro : Lumen Juris,2018.

GIANNINI MS *Ambiente ;saggio sui dibersi suoi aspetti giuridici Riv.Trim.Dir.Pubbl. Milano: Giuffre',1973*

GIANPIETRO F . *La responsabilità per danno all'ambiente* Milano: Giuffré, 1988

MALINCONICO, Carlo *I Beni Ambientali* Padova: CEDAM, 1991.

MORENO-JIMENEZ,Bernardo; GARROSA HERNANDEZ,Eva *Salud laboral riesgos laborales psicosociales y bienestar laboral*. Ediciones Pirámide. Madrid. España.2013.

RIVAS VALLEJO,Pilar MONEREO PÉREZ,José Luiz GARCIA VALVERDE,Maria Dolores *Tratado de la salud laboral/Tomo I: Aspectos jurídicos de la prevención de riesgos laborales*. Editorial Aranzadi. Pamplona. España.2012.

NERY,Rosa *Indenização do dano ambiental (responsabilidade civil e ação civil pública)*, Dissertação de Mestrado da PUCSP, 1993.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar LOUSADA AROCHENA, José Fernando La vigilancia de la salud laboral. Editorial Tecnos. Madrid. España. 2016

PRIEUR, Michel Droit de l'environnement Avec la collaboration de Julien Bétaille, Marie-Anne Cohendet, Hubert Delzangles, Jessica Makowiak, Pascale Steichen 7e edition Paris : Dalloz/2016.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco BARRANCO VELA, Rafael Derecho y salud en la Unión Europea. Editorial Comares. Granada. España. 2013.

RIVAS VALLEJO, Pilar MONEREO PÉREZ, José Luiz GARCIA VAL-VERDE, Maria Dolores

Tratado de la salud laboral/Tomo I: Aspectos jurídicos de la prevención de riesgos laborales. Editorial Aranzadi. Pamplona. España. 2012.

SANDRONI, Paulo NOVÍSSIMO DICIONÁRIO DE ECONOMIA São Paulo: Editora Best Seller, 1999

# POPULISMO EN EL PODER. ¿EL FIN DE LAS IDEOLOGÍAS?

Clovis Gorczewski

Abogado, doctor en Derecho (*Universidad de Burgos*, 2001), post doctor en Derecho (CAPES - *Universidad de Sevilla*, 2007), post doctor en Derecho (CAPES - *Fundación Carolina - Universidad de La Laguna*, 2010). Profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil.

El populismo - política de masas o movimiento nacional popular, como también se le llama- desafía cualquier definición exhaustiva. Un rasgo característico y persistente en la literatura es precisamente la dificultad para atribuirse un significado preciso al concepto. Como dice Han, ya es una característica de los trabajos académicos sobre el tema comenzar advirtiendo sobre las dificultades de su definición<sup>1</sup>. Sucede que el populismo, por sí mismo, no corresponde a un modelo o sistema predeterminado ni a una ideología política, por el contrario, tiende a negar cualquier identificación o clasificación dentro de la dicotomía derecha/izquierda. No existe, por tanto, un concepto universal que acomode sus variaciones específicas, pues el término se utiliza para el nacionalismo, el liberalismo, el socialismo y, como dice Han, para todos los demás ismos. Es un movimiento multclasista, aunque no todos los movimientos multclasistas pueden considerarse populistas.

A fines del siglo XIX el populismo llegó a designar una parte del movimiento revolucionario agrario ruso, los nacionalismos laicos en los países árabes, ciertos tipos de republicanismo español o catalán, los movimientos granjeros norteamericanos, así como diversos partidos autoritarios y reformistas latinoamericanos. Para Rubinshtein, el surgimiento del populismo se produce en el período com-

---

<sup>1</sup> Han, B.-C. (2017) ¿Qué es el Populismo? In: Vallespín, F., Bascañán, M. M. *Populismos*. Madrid, Alianza Editorial, p. 26.

prendido entre las primeras corrientes de opinión más o menos articuladas (*tories* o *whigs* en Inglaterra, *feuillants*, girondinos y jacobinos con sus distintas facciones durante la Revolución Francesa, federalistas y demócrata-republicanos en los Estados Unidos) y partidos estructurados y programáticos. En este período intermedio, afirma que “los espacios geopolíticos centrales experimentaron, con mayor o menor incidencia, la presencia de movimientos populistas que expresaban, por otra parte, el grado insuficiente de madurez y fortaleza de sus respectivas sociedades civiles”. Así, apunta al surgimiento del populismo en Jackson, en Estados Unidos y en el movimiento que llevó a Napoleón a la presidencia de la Segunda República Francesa.<sup>2</sup>

Han enseña que el adjetivo populista empieza a usarse profusamente como arma de descalificación política y se atribuye libremente a líderes y partidos políticos. Citando a Rovina, dice que es una 'mala palabra', una palabra ofensiva e injuriosa. Los populistas son los xenófobos, los que alimentan el resentimiento y los instintos o emociones más bajos, una mezcla entre demagogos y políticos irresponsables.<sup>3</sup>

En un intento por definir bien el objeto, Canovan presenta una pluralidad de características: (1) El populismo aparece en países atrasados, con economía rural, y que enfrentan problemas con la modernización; (2) Básicamente es la ideología de los pequeños habitantes rurales, amenazados por el abuso del capital industrial y financiero; (3) Es un movimiento rural que busca un retorno al pasado, manteniendo los valores tradicionales en una sociedad cambiante: una comunidad fraterna y cohesionada, amenazada por la modernidad y las transformaciones sociales; (4) La creencia de que la opinión mayoritaria del pueblo está controlada por una élite minoritaria; (5) Credo o movimiento basado en la siguiente premisa:

---

<sup>2</sup> Rubinstein, J. C. (1994) *Sociedad Civil y Participación Ciudadana*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, p. 112.

<sup>3</sup> Han, B.-C. (2017) ¿Qué es el Populismo? In: Vallespín, F., Bascuñán, M. M. *Populismos*. Madrid, Alianza Editorial, p. 27.

la virtud reside en el pueblo sencillo, que constituye la mayoría absoluta, y en sus tradiciones colectivas; (6) Defiende que la voluntad del pueblo tiene supremacía sobre cualquier otro criterio; (7) Un movimiento político que cuenta con el apoyo de la clase trabajadora rural y/o urbana, pero que no es producto del poder organizativo de estos sectores

Ante tal variedad, considera importante distinguir entre un populismo agrario y otros, no necesariamente rurales, sino esencialmente políticos y basados en la relación entre el pueblo y las élites. Así, presenta así la siguiente tipología: Populismos agrarios: (a) El radicalismo agrario, como el Partido del Pueblo en Estados Unidos; b) Los movimientos campesinos, como el Levantamiento Verde en Europa del Este; (c) El socialismo intelectual agrario, como los *Narodniki*. Populismos políticos: (a) Las dictaduras populistas - como Perón en Argentina y Getúlio en Brasil; (b) Las democracias populistas, como convocatorias a *referéndum* y la 'participación'; (c) Los populismos reaccionarios, como el caso de George Wallace y sus seguidores. (d) El populismo de los políticos como la construcción de coaliciones no ideológicas que se benefician de la convocatoria unificadora del 'pueblo'.

Sin embargo, para Laclau, Canovan no nos ofrece una tipología, sino un mapa de la dispersión lingüística que ha dominado en los usos del término 'populismo'.<sup>4</sup>

El populismo actual es estrictamente político, su organización no corresponde a un movimiento sino a un partido político bien estructurado, tampoco corresponde a una reacción de los campesinos que ven drásticamente perjudicada su forma de vida por medidas tomadas por un sistema político, que desde arriba los amenaza. El nuevo populismo, enseña Martín Campillo, utiliza técnicas y estrategias políticas más sofisticadas y se dirige a los sectores

---

<sup>4</sup> Laclau, E. (2005). *La razón populista*. México, Fondo de Cultura Económica.

más afectados por la última globalización, las clases medias y bajas de las periferias urbanas.<sup>5</sup>

Su (re)surgimiento ocurre por varios factores. Bauman recuerda que, para algunos, el populismo resurge por el resentimiento hacia las élites, fruto de un conjunto de prepotencias e insensibilidades, que sería lo que alimenta esta nueva reivindicación de un pueblo sin mediación. Otros se basan en el desorden provocado por la globalización, teniendo como referente fundamental la crisis económica y financiera de 2008. Todavía hay quienes justifican su resurgimiento en los déficits que presentan las democracias contemporáneas.<sup>6</sup> Rosanvallon combina todos esos elementos y afirma que *“El populismo nace de una crisis derivada del punto de encuentro entre un desencantamiento político ..... y la creciente conciencia por parte del pueblo de su impotencia, la ausencia de alternativas y la opacidad del mundo resultante”*.<sup>7</sup>

Delgado Del Rincón también aborda el resurgimiento del populismo, señalando factores socioeconómicos, culturales, psicosociales y políticos. Para él, entre las primeras está la insatisfacción de los ciudadanos con la situación económica y social del Estado (desempleo, bajos salarios, falta de servicios básicos como educación, salud y seguridad social). Como factores culturales y psicosociales se encuentran el miedo y la ira como elementos de influencia política y la quimera que despierta en los ciudadanos las promesas de cambiar la situación de desigualdad social existente. Dentro de los factores políticos se encuentra fundamentalmente la crisis de la democracia liberal-representativa que abre las puertas a la apatía,

---

<sup>5</sup> Martín Campillo, F. J. (2002). *¿Fin de la historia o fin de la democracia?* Madrid, Bohodón Ediciones, p. 65.

<sup>6</sup> Bauman, Z. (2017). ¿Por qué el Populismo? In Vallespín, F., Bascuñán, M. M. *Populismos*. Madrid, Alianza Editorial, p. 64.

<sup>7</sup> Rosanvallon, P. *La société des égaux*. Cita de Bauman. *Op. Cit.*

un desencanto con la política que conlleva a los ciudadanos a desconfiar del modelo representativo y sus instituciones así como del sistema tradicional de partidos.<sup>8</sup>

En su actuación, generalmente abarcan componentes antagónicos, como la defensa de la igualdad de derechos y la participación política universal del pueblo, pero unidos a cierta forma de autoritarismo, al principio bajo un liderazgo carismático. Incluye también reivindicaciones socialistas (como la justicia social), pero con una fuerte defensa de la propiedad, además de componentes nacionalistas y de negación de la importancia de la clase. Todo ello acompañado de la reivindicación de derechos populares que fueron cuestionados por grupos de interés privados, generalmente considerados contrarios al pueblo y a la nación. Cualquiera de estos elementos puede destacarse, según las condiciones sociales y culturales, pero todos están presentes en la mayoría de los movimientos populistas.<sup>9</sup> Predican la recuperación de valores que han quedado obsoletos en el sistema moderno, como la solidaridad, la comunidad, la lealtad, el juego limpio y el sentido de pertenencia. Se presentan como antipolíticos que vienen a limpiar la política, por eso se autodenominan 'movimiento' en lugar de 'partido', no usan siglas, sino palabras que son promesas, palabras con una fuerte carga movilizadora. Se presentan como 'salvadores' que vienen a sanear la política y evitar que la clase política siga maltratando al pueblo. Como afirma Martín Campillo, son maestros en presentarse como víctimas. Nunca admiten sus propias faltas y errores, siempre hay alguien más a quien culpar por todo el mal que pueda ocurrir.

Para Hermet, lo en verdad define el populismo es su carácter antipolítico, es decir, la controvertida promesa de satisfacer de forma

---

<sup>8</sup> Delgado Del Rincón, L. E. (2019). "El Estado Constitucional frente a los populismos: algunas medidas destinadas a paliar su expansión" In: Julios-Campuzano, A. de. (2019) *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Madrid, Thomson Reuters, p. 422.

<sup>9</sup> Germani, G. (2003). *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*. Buenos Aires, Temas, p. 88.



inmediata y sin revolución, las necesidades populares.<sup>10</sup> Delgado Del Rincón tampoco presenta una definición del populismo, pues así como Canovan, prefiere referirse a las características que lo identifican: la concentración del poder del Estado en un líder carismático, la limitación o anulación de contra poderes, la apelación directa al pueblo para reducir o suprimir la representación política.<sup>11</sup> No hay duda de la naturaleza resbaladiza del concepto.

De forma simplificada se podría decir que el populismo es una práctica política que defiende a las clases más pequeñas combatiendo a los poderosos y al sistema que los oprime.

Todo esto hace que las definiciones y características del populismo sean muy vagas, al pretender incluirse bajo el mismo rótulo fenómenos tan dispares como el populismo de Jackson, en los Estados Unidos, el Peronismo argentino, el Getulismo brasileiro y otros. Por eso, Laclau plantea que el interrogante “¿qué es el populismo?”, sea sustituido por otro: “¿a qué realidad social y política se refiere el populismo?”

Como hemos visto, las características de los populismos también son muy diferentes: hay los que se refieren al liderazgo y manipulación de las masas, los que inciden en una determinada etapa de transición de sociedades agrarias a sociedades urbanas en economías periféricas, los que se centran en una cierta coalición de clases o los derivados de códigos lingüísticos utilizados para definir la dinámica pueblo-oligarquía.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Hermet, G. (2008), *Populismo, democracia y buena gobernanza*. Mataró, El Viejo Topo, p. 9.

<sup>11</sup> Delgado Del Rincón, L. E. (2019). “El Estado Constitucional frente a los populismos: algunas medidas destinadas a paliar su expansión” In: Julios-Campuzano, A. de. (2019) *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Op Cit., p. 426.

<sup>12</sup> Gallego, F. (2008). “Populismo latinoamericano”. In: Mellón, J. A. (editor). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. 2a ed. Madrid, Tecnos, p. 271.

Son grupos que se mueven en el marco de una cultura política movimentista, más que partidista. Esto los lleva a presentarse como representantes de la totalidad del pueblo y no como un sector del mismo pueblo, que lucha con otros partidos en el escenario de una democracia competitiva. Los movimientos populistas desconfían de las formas específicas de democracia representativa. Establecen una alianza que se define en términos de un movimiento popular y aclasista, antioligárquico y no burgués, cuya propuesta es una modernización desarrollista con fuerte intervención del Estado para impulsar el crecimiento económico, generalmente vinculado a los procesos de industrialización, asegurando una distribución del ingreso capaz de mejorar las condiciones de vida de los sectores subordinados.

Gallego recuerda que el discurso legitimador del populismo incluye un nacionalismo que se presenta al mismo tiempo: (a) como un factor de lucha contra la dependencia económica del país debido a las políticas neocolonialistas; (b) como elemento de integración de diferentes clases sociales en un proyecto antioligárquico; (c) como reacción a las propuestas alternativas de una izquierda clasista e internacionalista. Así, el nacionalismo popular aparece como un vehículo de identificación del pueblo, que incluye a los trabajadores y la burguesía nacional, frente a una casta oligárquica al servicio de intereses extranjeros. De esta forma,

*Se convierte en el único nacionalismo auténtico, en el pueblo movilizado y organizado, defensor de la soberanía política y económica del país y constructor de una nueva forma de Estado, que supone formas activas de participación de las masas en la política, diferentes y superiores a las establecidas por el liberalismo parlamentario, que es contemplado como fraudulento y clasista”<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> Ídem, p. 273.

Todo ello sin olvidar algunos aspectos básicos y definitorios del populismo bien descritos por Delgado Del Rincón: (1) Un liderazgo carismático. Un líder de fuerte personalidad, que moviliza y conduce a las personas, que las encarna, interpreta sus deseos e intereses y decide por ellas. En determinadas ocasiones, se convierte en un líder mesiánico utilizando en sus discursos un estilo retórico similar al de los predicadores religiosos. (2) Un discurso demagógico - apelando al pueblo no sólo como sujeto fundador de la comunidad, sino también como su destinatario final. Sucede que el populismo, por regla general, tiene su origen fuera de las instituciones y pretende movilizar al pueblo para solucionar los problemas sociales que han provocado la desigualdad, acción que no llevan a cabo las instituciones formales. (3) el carácter reaccionario y negativista - el populismo también se caracteriza por ser contrario al sistema institucional, al *status quo* existente. Rompe con un modelo político que dice superado y con la forma tradicional de hacer política. Destaca un discurso populista que, por un lado, es un discurso polarizador, satanizando a los 'contras', a los 'otros', que no siguen al líder populista. Estos son los 'enemigos' del pueblo y de la patria, contra los populistas que son los únicos que representan legítimamente al pueblo ya la nación. Por otro lado, el discurso populista es un discurso redentor, moralizador, paternalista e inconstante, que se adapta perfectamente a las personas y sus deseos, sentimientos y emociones; además de ser un discurso retórico y demagógico, que propone utopías, difíciles o imposibles de implementar.<sup>14</sup>

Delgado Del Rincón también presenta otras características del populismo que derivan de las anteriores: la supresión de la división de poderes, la negación del pluralismo y de la representación política.

---

<sup>14</sup> Delgado Del Rincón, L. E. (2019). "El Estado Constitucional frente a los populismos: algunas medidas destinadas a paliar su expansión" In: Julios-Campuzano, A. de. (2019) *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global. Op. Cit.*, p. 423.

Con respecto a la primera, la supresión de la división de poderes, cuando el carismático líder populista llega al poder a través de elecciones democráticas, tiende a eliminar el principio de separación de poderes cuyo fin es limitar el poder del Estado en la garantía de los derechos y libertades individuales. Esto impide el funcionamiento de todo el sistema de pesos y contrapesos, debilitando especialmente las instituciones de control político como el parlamento y las de control legal como los tribunales. La consecuencia directa de esta concentración de poder y la anulación o reducción de controles será, sin duda, un aumento de los niveles de corrupción, desprotección de las minorías y abuso de la legislación de urgencia (medidas provisionales) solapando la competencia del Congreso. Todo ello llevará al líder populista no solo a actuar de manera discrecional y arbitraria sin rendir cuentas a nadie, sino también a sentirse por encima de las leyes y de la propia Constitución. Martín Campillo<sup>15</sup>, por su parte, asevera que el nuevo populismo parece más dispuesto a aceptar la democracia que el antiguo. El nuevo populismo parece convencido de que la democracia es una excelente vía de acceso al poder, aunque sea para, después, renunciarla.

En cuanto a la negación del pluralismo y la representación política, la fusión e identificación del pueblo con el líder populista hace innecesaria la representación política y el pluralismo social y político, inherentes a toda sociedad compleja y Estado democrático. Para los populistas, la representación liberal produce distorsiones de la voluntad popular. El populismo es, por regla general, antipluralista al considerar que solo los populistas son legítimos y los únicos representantes de la voluntad popular.<sup>16</sup>

En este sentido, citando a Werner Müller, Granata-Menghini afirma que los populistas están en contra del constitucionalismo, refiriéndose no solo al documento escrito, sino a un cuerpo de principios

---

<sup>15</sup> Martín Campillo, F. J. (2022). *¿Fin de la historia o fin de la democracia?* Madrid, Bohodón Ediciones, p. 68

<sup>16</sup> Ídem. P. 425.

legales y políticos que restringen significativamente el poder gubernamental y protegen las libertades civiles. Los líderes populistas siempre han querido escribir sus propias constituciones, estableciendo sus propias reglas y principios. Esto se debe a que los gobiernos populistas se ven y se presentan como los únicos representantes legítimos de todo el pueblo, se ven como el único poder constituyente legítimo: las constituciones populistas se redactan sin consultar a la oposición ni a la sociedad civil.<sup>17</sup>

En la actualidad, para la difusión del discurso populista se utilizan de forma reiterada y frecuente, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en especial internet y las redes sociales. Los mensajes no solo llegan más rápido, sino porque pretenden excluir al parlamento como centro de debate de ideas políticas.

Además, el populismo generalmente se caracteriza por lo que Ianni llama populismo de la cúpula, es decir, de gobernantes, políticos burgueses profesionales, burguesía nacional, burócratas políticos, serviles y demagogos. Se trata del populismo de las élites burguesas y de clase media, que utilizan tácticamente a las masas trabajadoras y a los sectores más pobres de la clase media. Este populismo instrumentaliza a las masas trabajadoras, al mismo tiempo que manipula las manifestaciones y posibilidades de su conciencia.<sup>18</sup>

Pero, el populismo es un fenómeno que se consustancia en un tiempo histórico determinado. Todos los estudios conocidos confirman la tesis de que es un fenómeno típico de las sociedades en transición; surge en el momento de la transición de una sociedad

---

<sup>17</sup> Granata-Menghini, Simona. "Populismo e Tribunais Constitucionais: Uma perspectiva da Comissão de Veneza." In Josep Maria Castellà Andreu; Marco Antonio Simonelli. *Populism and Contemporary Democracy in Europe*. Barcelona: Palgrave Macmillan. 2022. p. 94

<sup>18</sup> Ver Ianni, O. (1975). *A Formação do Estado Populista na América Latina*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 10.

tradicional, arcaica y rural a una sociedad moderna, urbana e industrial.

Rubinstein también sigue esta línea cuando sostiene que el populismo constituyó otra forma a través de la cual se canalizó la opinión pública durante la época de transición entre el régimen liberal y las estructuras liberal-democráticas que lo sucedieron. Por lo tanto, el populismo es una categoría ontológica, sin perjuicio de su historicidad contemporánea, el paso de una sociedad democrática restringida a otra ampliada.<sup>19</sup>

En América Latina, el populismo ha sido un experimento político constante en las últimas décadas: el battlismo en Uruguay, el peronismo en Argentina, el varguismo en Brasil, el velascoismo en Ecuador, el aprismo en Perú, el gaitanismo en Colombia, el perezjimenismo en Venezuela, el marinismo en Puerto Rico, el cardenismo en México, arbenismo en Guatemala, ibañenismo en Chile, entre otros. Incluso para algunos, el movimiento liderado por Fidel Castro en Cuba, antes de la transición al socialismo, tuvo un carácter populista - y, a pesar de su insignificante éxito en términos de desarrollo económico y social, el populismo sigue presente en la vida política de muchos Estados<sup>20</sup> - Morales en Bolivia, Maduro en Venezuela, Kirchner en Argentina y, en muchos sentidos, Bolsonaro y Lula en Brasil.

Queda entonces una pregunta importante. Como el populismo es una categoría histórica, correctamente ubicable en el siglo XIX, o incluso antes de este período, ¿cómo explicar el insistente populismo latinoamericano aún en el siglo XXI? Para responder a este interrogante, Rubinstein analiza en primer lugar los partidos políticos del continente, de los cuales, dice, al observarlos se destaca una característica que los tipifica, a pesar de la existencia o no de

---

<sup>19</sup> Rubinstein, J. C. (1994). *Sociedad Civil y Participación Ciudadana*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, p. 112

<sup>20</sup> Ianni, O. (1975). *A Formação do Estado Populista na América Latina*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 1-8.

una estructura formal o puntos programáticos expresados y que teóricamente intentan materializarse: lo que los caracteriza es el carácter esencialmente clientelista-populista de su práctica. Así, el populismo latinoamericano se diferencia de otros, especialmente de los ocurridos en Europa, por el hecho de que para ellos fue producto de una etapa en el proceso de evolución social, mientras que el nuestro se configura en una de las tipicidades de la teoría periférica del Estado y la política. Continúa el sociólogo argentino, diciendo que sociedades débiles como las que se forman en la periferia latinoamericana, que presentan formas esporádicas de participación a través de movilizaciones repentinas y violentas, que, cuando no son procesadas adecuada y racionalmente por los partidos políticos, se convierten en frustraciones con tendencia a promover conductas anónimas de variados y difíciles pronósticos en cuanto a sus consecuencias políticas.<sup>21</sup>

lanni recuerda que en la mayoría de los estudios sobre el populismo en América Latina siempre se parte de dos supuestos: (1) que el populismo sería un fenómeno político producido dentro del proceso más amplio de modernización de las sociedades latinoamericanas; (2) que el populismo sería un fenómeno menos político, producido por la incapacidad de las sociedades latinoamericanas para implementar una democracia representativa según el modelo europeo o norteamericano.

Al analizar los movimientos populistas en América Latina, Angell identificó algunas características específicas: (1) El liderazgo proviene de las clases altas o medias: según la naturaleza del movimiento, el origen del líder cambia (militar, industrial). La mayoría de las veces, sin embargo, un intelectual o un estudiante proporciona liderazgo sin identificación con clase social. (2) Tienen una base popular, muchas veces organizada por el propio líder en sindicatos, organizaciones, asociaciones, presentan su apoyo y reconocimiento a cambio de cumplir con sus demandas. (3) No tienen una

---

<sup>21</sup> Rubinstein, J. C. (1994). *Sociedad Civil y Participación Ciudadana*. Op. Cit. p. 113-116.

ideología específica: se unen en torno a un conjunto de demandas sociales básicas o en un estado de euforia colectiva de simple justicia redistributiva. En realidad, es una rebelión contra el sistema y no una doctrina de gobierno. Es un movimiento que enfatiza la acción por la acción, difícil de encajar en el binomio político derechazquierda. Es la característica antipolítica a la que se refiere Hermet.<sup>22</sup> (4) Son movimientos nacionalistas. No hay populismo sin la construcción discursiva de un enemigo. Siempre hay un enemigo o un antagonista del pueblo: las élites intelectuales, los capitalistas, los políticos. En América Latina, es costumbre que los líderes identifiquen el sistema opresivo como internacional. El opresor es un explotador que viene de fuera. El sentimiento antiestadounidense está siempre presente. (5) Un líder carismático es esencial, porque los reclamos se canalizan a un líder personificado, un salvador. Las masas se identifican mejor con un líder, un "patrón", que con instituciones.<sup>23</sup>

Refiriéndose al nacionalismo, Gallardo afirma que el rechazo a los modelos externos, vistos como opresores, es una característica importante. Así, el populismo combina la voluntad de modernización con el sentimiento de resistencia nacional al imperialismo hemisférico y la superstición de que el crecimiento y el desarrollo se logran imitando modelos europeos y norteamericanos. Entonces, intuitivamente, busca su propio modelo - no tener modelo. El resultado ha sido la frustración de escasos y minúsculos éxitos y desafíos constantemente renovados, para los cuales no tiene respuestas. La mayor parte del tiempo, el populismo abrió las puertas a la corrupción y la venalidad en el servicio civil, además de aumentar el discurso demagógico. Rara vez hubo una transferencia efectiva del

---

<sup>22</sup> Hermet, G. (2008). *Populismo, democracia y buena gobernanza*. Mataró, El Viejo Topo, p. 9.

<sup>23</sup> Alan Angell. Ver en Ianni, O. (1975). *A Formação do Estado Populista na América Latina*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 36-37.



poder, por el contrario, se concentró cada vez más en una minoría.<sup>24</sup>

Sin embargo, para conocer efectivamente la esencia del populismo, hay que confrontarlo con el caso real. Canovan advirtió que el populismo constituye sólo una forma de acción política polémica, de vagos contornos, que, bajo el pretexto de un discurso focalizado, de una forma u otra, no pretende más que provocar una fuerte reacción emocional en el público al que se dirige. Los populistas afirman que la legitimidad reside en la voluntad del pueblo, olvidando que ésta se puede aplicar con igual pertinencia en un sistema democrático. El populismo no es una ideología, ni la asume exclusivamente. Así, por ejemplo, existen diferencias abismales entre la doctrina de Hugo Chávez en Venezuela y la doctrina de los populistas hindúes. Además, Laclau argumenta que no es posible identificar a los líderes populistas como revolucionarios o anticapitalistas; lo que puede ser correcto para Getúlio Vargas en Brasil puede ser falso para Hugo Chávez en Venezuela o Evo Morales en Bolivia.<sup>25</sup>

Han presenta una distinción importante entre populismo de izquierda y de derecha: el primero siempre enfatiza el tema vertical, es decir, los culpables son los de arriba, las élites que están en el poder. El populismo de derecha, además de la cuestión vertical, también enfatiza la cuestión horizontal: Los de fuera y los de dentro. Los de fuera son los enemigos del pueblo: inmigrantes, minorías, modernistas, etc.<sup>26</sup>

Finalmente, parece que el populismo se distingue claramente de otras corrientes políticas sólo porque tiene un oído particular-

---

<sup>24</sup> Gallardo, H. (2006). *Siglo XXI. Producir un mundo*. San José, C.R., Arlekin, p. 67.

<sup>25</sup> Laclau, E. (2005). *La razón populista*. México, Fondo de Cultura Económica, p. 97-98.

<sup>26</sup> Han, B-C. (2017). ¿Qué es el Populismo? In: Vallespín, F., Bascuñán, M. M. (2017). *Populismo*. Madrid, Alianza Editorial, p. 45.

mente comprensivo y por el poderoso eco que da al sueño de abolir definitivamente la barrera que siempre ha separado a los 'de abajo', los gobernados, desde los 'de arriba', los gobernantes.

América Latina ha sido un granero abundante para los líderes populistas. En *Terra Brasilis*, igualmente, con pocas excepciones, todos los líderes políticos, en su momento, adoptaron recursos populistas. Sin embargo, la mayor expresión fue sin duda Getúlio Dornelles Vargas, especialmente a partir del Golpe de 1937, cuando se inició el Estado Novo. Utilizando un lenguaje sencillo y popular, utilizó con fuerza la propaganda personal, exaltando la figura de un gran líder, nacionalista y conocedor de las necesidades de los trabajadores explotados por las élites. Se presentó como un político diferente, el 'padre de los pobres'. Sin elecciones, con el poder concentrado en el ejecutivo, con los opositores políticos detenidos, muertos o exiliados y con los medios censurados, gobernó el país con discursos populares y de convocatoria, creó leyes de protección laboral y movilizó a gran parte de la población en fiestas cívicas. Muchos autores dicen que ahí empezó todo.

El 1 de enero de 2019, en representación de un partido insignificante, Jair Messias Bolsonaro, asume el gobierno brasileño. En sus manifestaciones siempre atacó a los partidos tradicionales, a los medios de comunicación, a las élites. Ofreciéndose como líder para defender al pueblo "que es buen ciudadano", que busca la seguridad, no sólo pública, sino ontológica, existencial, amenazada por la transformación social liderada principalmente por la izquierda. Su principal plataforma fue la lucha contra la violencia en el país y el derrocamiento de la izquierda en el poder, combatiendo la corrupción, luego personificada en varias personalidades políticas y empresariales de la época, restaurando la moral, la inversión de valores, el gigantismo estatal, la corrección política y, sobre todo ofreciendo una nueva forma de hacer política.

Asumiendo la presidencia, adhirió a la vieja política, buscó una coalición con el parlamento, cediendo y articulándose con los parlamentarios, en busca de apoyo. Así, dio a conocer enmiendas, nombró ministros designados por partidos, repartió cargos. Manteniendo siempre una tensión constante con el Poder Judicial y en ocasiones con el parlamento, predicó el retorno del autoritarismo, la intervención de las fuerzas armadas y la defensa del modelo implementado en Brasil a partir de 1964.

Si bien, con una ideología muy clara, defensor del liberalismo clásico, en busca de la reelección, para mantenerse en el poder adoptó medidas irresponsables y populistas: como el aumento y ampliación de los beneficios sociales y el número de beneficiarios – aunque sin previsión presupuestaria- determinó que los bancos públicos otorgaran créditos a beneficiarios de auxilio social, creó auxilio gas, ayudas a camioneros y taxistas, ayudas de emergencia, promovió la exención de algunos impuestos, culpando siempre a los gobernadores de la inflación, del desempleo y del bajo nivel crecimiento económico.

Lula, coherente con su ideología, mantiene los beneficios que criticaba, incluso sin ninguna fuente de financiación. Critica el techo de gastos, las privatizaciones, la reducción del Estado, defiende más acción estatal y más clientelismo. Defensor de la “democracia y los derechos humanos”, en nombre de la “gobernabilidad”, se ha adherido a partidos políticos de todas las ideologías y hasta sin ideología, incluso con radicales bolsonaristas. Para frenar las investigaciones parlamentarias distribuye cargos y nombramientos de patrocinadores políticos en cargos y empresas públicos. Mientras afirma su compromiso con el pueblo, la paz y la democracia, defiende al gobierno de Ortega en Nicaragua, en el poder desde 2017, omitiéndose sobre las constantes y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en ese país donde se implementa paulatinamente un partido único, las ONGs, la prensa libre y la Iglesia Católica son perseguidas, y se consolida un régimen autoritario. También se acerca a Maduro en Venezuela, mantiene su simpatía por

el Gobierno cubano y se niega a condenar a Rusia por la injustificada invasión de Ucrania.

Si bien el populismo es característico de una sociedad en transformación, básicamente de rural a industrial, parece que, tanto en América Latina como en Brasil, no se aplica a esta situación. Al menos por unas décadas más viviremos con mesías, y salvadores de la patria, porque el populismo no es un fenómeno pasajero, exterioriza la cultura de una sociedad anestesiada, históricamente sometida al paternalismo.

Por nuestra parte, siempre hemos insistido en que es la educación, es el iluminismo que liberará al pueblo, permitiendo el pleno ejercicio de la democracia, la ciudadanía, la participación política consciente y el respeto a los derechos humanos.

## REFERENCIAS

Castella Andreu, J. M., Simonelli, M. A. (2022). *Populism and Contemporary Democracy in Europe*. Barcelona, Palgrave Macmillan.

Gallardo, H. (2006). *Siglo XXI. Producir un mundo*. San José, C.R., Arlekin.

Gallego, F. (2008). "Populismo latinoamericano". In: Mellón, J. A. (editor) (2008). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. 2a ed. Madrid, Tecnos.

Germani, G. (2003). *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*. Buenos Aires, Temas.

Han, B-C. (2017). ¿Qué es el Populismo? In: Vallespín, F., Bascuñán, M. M. (2017). *Populismos*. Madrid, Alianza Editorial.

Hermet, G. (2008). *Populismo, democracia y buena gobernanza*. Mataró, El Viejo Topo.

Ianni, O. (1975). *A Formação do Estado Populista na América Latina*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

Julios-Campuzano, A. (2019). *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Madrid, Thomson Reuters.

Laclau, E. (2005). *La razón populista*. México, Fondo de Cultura Económica.

Martín Campillo, F. J. (2022). ¿Fin de la historia o fin de la democracia? Madrid, Bohodón Ediciones.

Rubinstein, J. C. (1994). Sociedad Civil y Participación Ciudadana. Madrid, Editorial Pablo Iglesias.

Vallespín, F., Bascañán, M. M. (2017). Populismo. Madrid, Alianza Editorial.

# **EL ACUERDO EUROMEDITERRÁNEO DE ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y MARRUECOS DESDE LA PERSPECTIVA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL**

Cristina Sánchez-Rodas Navarro  
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Sevilla

## **INTRODUCCIÓN**

El Acuerdo Euromediterráneo por el que se estableció una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, de una parte, y el Reino de Marruecos, de otra parte, fue firmado en 1996 y entró en vigor en 2002<sup>1</sup>. Una sus finalidades es fomentar la cooperación en los ámbitos económico, social, cultural y financiero. De conformidad con su artículo 96.2 el vigente Acuerdo de Asociación sustituyó al Acuerdo de Cooperación de 25 de abril de 1976.

## **DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS TRABAJADORES EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN**

El Capítulo I del Título VI del Acuerdo de Asociación lleva por rúbrica “Cooperación social y cultural” y consta de cinco artículos.

Los artículos 64 y 65 regulan el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en el empleo y en el campo de la Seguridad Social, respectivamente. El artículo 64 subordina la aplicación del Acuerdo a que los trabajadores ostenten la nacionalidad de una

---

<sup>1</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de marzo 2000.

las Partes. El artículo 66 proclama que las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a los nacionales de una de las Partes que residan o trabajen ilegalmente en el territorio del país de acogida. El artículo 67 enumera las competencias del Consejo de Asociación. Y el artículo 68 salvaguarda la aplicación las disposiciones más favorables contenidas en convenios bilaterales de Seguridad Social<sup>2</sup>.

En ningún caso el Acuerdo de Asociación reconoce el derecho a la libre circulación de los trabajadores en los territorios de los Estado signatarios.

Por tanto, se ha de tener siempre presente que el Acuerdo de Asociación no genera *per se* ningún derecho a acceder al mercado laboral de los Estados miembros ni a residir en los mismos. Confirma esta conclusión la sentencia Mesbah<sup>3</sup> en la que respecto al Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y Marruecos de 1976 -pero que puede extrapolarse al Acuerdo de Asociación- el Tribunal de Luxemburgo afirmó que “el objetivo del Acuerdo no consiste en alcanzar la libre circulación de los nacionales marroquíes dentro de la Comunidad, sino únicamente en consolidar la situación social de los trabajadores marroquíes y de los miembros de su familia que residan con ellos en el Estado miembro de acogida, sólo y exclusivamente”. Al no gozar del derecho a la libre circulación los trabajadores magrebíes tampoco podrán invocar el concepto de ventaja social<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> El Convenio de Seguridad Social Hispano-marroquí se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982.

<sup>3</sup>STJCE de 11 de noviembre de 1999, ECLI:EU:C:1999:549.

<sup>4</sup>Artículo 7.2 Reglamento 492/2011.

## **APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN SUBORDINADA AL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD, LA RESIDENCIA LEGAL Y A LA OBTENCIÓN DE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO**

El Acuerdo de Asociación con Marruecos no puede ser aplicado a cualquier trabajador/a que preste servicios en un país en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea, sino que se exige explícitamente ostentar la nacionalidad marroquí (artículo 64.1). Quedan excluidos, por tanto, refugiados y apátridas. El Acuerdo de Asociación tampoco es aplicable a personas en situación administrativa irregular (artículo 66) sino que se exige que los nacionales de las Partes residan o trabajen legalmente en el territorio del país de acogida.

Respecto al requisito de residencia y trabajo legal en España hemos de remitirnos al artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería<sup>5</sup> que establece que “los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia”.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “el legislador en materia de extranjería puede establecer requisitos para la entrada y permanencia de los extranjeros, entre los que se encuentra el sometimiento a la necesaria autorización administrativa para residir y trabajar legalmente en España”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup>Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

<sup>6</sup>STC 236/2007, de 7 de noviembre y STC 17/2013, de 31 de enero.



El artículo 29 de la Ley Orgánica de Extranjería, por su parte, indica que “los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda”.

El debate sobre si respecto a los extranjeros el certificado de empadronamiento resultaría suficiente para acreditar la residencia legal fue resuelto por el Tribunal Supremo que, con fundamento en el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, afirmó que “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”<sup>7</sup>. En cualquier caso, la residencia legal no puede confundirse ni es equiparable con la situación de estancia.

¿Es posible para un una/a ciudadano/a marroquí trabajar legalmente en España sin autorización de residencia? En concretos supuestos la respuesta es afirmativa: es el caso de quienes se hallen legalmente en España con una autorización de estancia por razón de estudios, realizando prácticas no laborales o servicios de voluntariado (artículo 33.4 Ley Orgánica Extranjería)<sup>8</sup>. Tampoco precisan autorización de trabajo los trabajadores transfronterizos.

---

<sup>7</sup>STS de 3 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1479.

<sup>8</sup>Artículo 33 Ley Orgánica de Extranjería; cfr. T. Guerrero Padrón; “El Derecho de Residencia como Factor Limitativo del Acceso a Prestaciones de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº 49, 2018, pp.276-284.

## **EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR/A A LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

En los artículos 64 y 65 del Acuerdo de Asociación se regulan derechos de los trabajadores marroquíes a los que el citado Acuerdo resulta aplicable, mas el Acuerdo no contiene ninguna definición del término trabajador.

La primera cuestión que hay que plantearse es si en ambos preceptos se puede atribuir el mismo significado a la expresión trabajador. La tesis que aquí se defiende es que a efectos del artículo 64 se atribuye un significado “laboral” mientras que a efectos del artículo 65 estamos ante un concepto de “Seguridad Social” por lo que, paradójicamente, la interpretación del término trabajador difiere de un precepto a otro.

No cabe duda de que esta dualidad resulta totalmente coherente con el Derecho de la Unión Europea, en donde el término trabajador no tiene un sentido unívoco sino que su alcance difiere según se utilice en el marco de la libre circulación de trabajadores (que solo comprende a los trabajadores por cuenta ajena), o en el de la coordinación de sistemas de Seguridad Social<sup>9</sup>.

A los efectos de la coordinación los sujetos protegidos son quienes están comprendidos en los diferentes sistemas nacionales coordinados de Seguridad Social, incluso si no ostentan en el presente un empleo, pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral. Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, no

---

<sup>9</sup>C. Sánchez-Rodas Navarro; “El Concepto de Trabajador por Cuenta Ajena en el Derecho Español y Comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 37, 2002, pp. 55-60.

resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable. En definitiva, que es la inclusión en un régimen de Seguridad Social coordinado lo que determina la aplicación del vigente Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Como señaló ILLAMOLA DAUSÀ<sup>10</sup> -con fundamento en la sentencia Günaydin<sup>11</sup>- “a un nacional de un tercer país que ocupe un puesto de trabajo en el mercado regular de trabajo de un Estado miembro se le aplicarán los mismos criterios que a un ciudadano comunitario para determinar si se trata de un trabajador en el sentido comunitario del término”.

De las consideraciones anteriores cabría concluir que el concepto de trabajador a los efectos del Acuerdo de Asociación ha de interpretarse a la luz de Derecho de la Unión Europea, diferenciando según estemos en el ámbito laboral o de Seguridad Social.

## **CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DEL ARTÍCULO 64 DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN**

Proclama el artículo 64.1 del Acuerdo de Asociación que “cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración y despido”.

---

<sup>10</sup>M. Illamola Dausà; *El Estatuto Jurídico de los Trabajadores Nacionales de Terceros Estados: Especial Referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía*, Tesis Doctoral, 2001, p.553.

<sup>11</sup>STJCE de 30 de septiembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:445.

El artículo 64.2 del citado Acuerdo afirma que “todo trabajador marroquí autorizado a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal se beneficiará de lo dispuesto en el apartado 1 respecto a las condiciones de trabajo y remuneración”.

Y el artículo 64.3 del mismo cuerpo legal establece: “Marruecos concederá el mismo régimen a los trabajadores nacionales de los Estados miembros empleados en su territorio”.

Respecto a la redacción del citado artículo 64 del Tratado de Asociación hay que concretar si el mismo es aplicable solo a los trabajadores por cuenta ajena o también a los trabajadores autónomos. Las referencias a “las condiciones de trabajo, remuneración y despido” hacen que nos decantemos por una interpretación restringida del término trabajador considerando a estos efectos solo a los trabajadores por cuenta ajena y excluyendo a los trabajadores por cuenta propia.

Pero de la cuestión prejudicial Echouikh<sup>12</sup>, que versó sobre los artículos 64 y 65 del Acuerdo de Asociación con Marruecos, se infiere que el concepto de trabajador por cuenta ajena está dotado en el ámbito comunitario de un alcance más extenso del que pudiera tener a nivel de Derecho interno puesto que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dictaminó que “una persona que presta servicio militar durante un periodo, voluntaria u obligatoriamente, debe ser considerada trabajador habida cuenta de la relación de subordinación que caracteriza el cumplimiento de sus prestaciones al servicio del ejército, a cambio de las cuales percibe una retribución”. Por tanto, a nuestro entender, lo determinante para la aplicación del artículo 64 del Acuerdo de Asociación con Marruecos es que se den las notas de la subordinación y la remuneración.

---

<sup>12</sup>Auto del TJUE de 13 de junio de 2006, ECLI:EU:C:2006:394.

## DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y DESPIDO

El artículo 64.1 del Acuerdo de Asociación reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en materia de despido de los trabajadores argelinos empleados en Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea. Pero esta prohibición no resulta aplicable con carácter absoluto puesto que están excluidos, conforme al artículo 64.2 del Acuerdo de Asociación, los trabajadores marroquíes autorizados a ejercer una actividad profesional asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal. La redacción de este apartado induce a confusión, pero la exégesis que aquí se defiende es que no es la duración del contrato (indefinido o temporal) lo que permitiría diferencias de trato<sup>13</sup> en materia de despido por razón de nacionalidad, sino que esto solo sería posible cuando el trabajador no dispusiera de una autorización permanente para trabajar en el Estado de acogida.

Es decir, la finalidad última de esta cláusula, en nuestra opinión, no es permitir diferencias de trato (p.e. respecto a las causas de despido o cálculo de la correspondiente indemnización de los trabajadores marroquíes) sino evitar que se pueda alegar discriminación por despido para obtener la renovación de la autorización de residencia.

En todo caso, y por lo que a España se refiere, la pérdida de la autorización para trabajar en España no provoca la nulidad del despido sino que el mismo se calificará como despido objetivo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup>La discriminación en el empleo de duración determinada es contraria a la Directiva 1999/70 tal y como ha sido interpretada por el TJUE. Cfr. R. Gómez Gordillo; "Prohibición de Discriminación e Indemnización por Finalización de los Contratos de Trabajo de Duración Determinada", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56/2017, pp.233-255.

<sup>14</sup>STS 23 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2457.

## **¿PUEDE SER INVOCADO EL ARTÍCULO 64.1 PARA Oponerse a una medida adoptada por un Estado miembro que limita el derecho de residencia de los trabajadores marroquíes?**

En el asunto *Gattoussi*<sup>15</sup> el Tribunal partió de la premisa de que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, remuneración y despido no confiere ningún derecho de residencia a los nacionales magrebíes. Pero sí se opone a que el Estado miembro de acogida “limite la vigencia del permiso de residencia a un nacional magrebí al que ha autorizado a residir en su territorio durante un período determinado y a ejercer en él, de forma permanente, una actividad por cuenta ajena en el supuesto de que el motivo inicial de su derecho de residencia desaparezca antes de que expire la validez de su permiso de residencia”.

La sentencia *Gattoussi*, además, reitera una sólida doctrina sobre el efecto directo de las disposiciones sociales de los Acuerdos de Cooperación y Asociación entre la Comunidad Europea y los países del Magreb<sup>16</sup> por lo que no cabe duda de que el artículo 64.1 del Acuerdo de Asociación con Marruecos puede ser invocado directamente por los trabajadores ante los tribunales nacionales de un Estado miembro sin necesidad de ulterior desarrollo.

---

<sup>15</sup>STJUE de 14 de diciembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:780.

<sup>16</sup>STJCE de 20 de abril de 1994, ECLI:EU:C:1994:160: “como la cuestión de los efectos que las disposiciones del Acuerdo deben surtir en el ordenamiento jurídico de las Partes de dicho Acuerdo no se reguló en éste, corresponde dirimirla al Tribunal de Justicia, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación de acuerdos en la Comunidad”. Y “según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por las Comunidades con Estados terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno”.

## CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DEL ARTÍCULO 68 DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN

Dispone el artículo 65 1. del Acuerdo de Asociación que “salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que residan con ellos se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”.

A estos efectos hay que tener muy presente la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, especialmente la cuestión prejudicial Echouikh<sup>17</sup> que versó sobre el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación con Marruecos: el litigio trató sobre la aplicación del Código francés de pensiones militares de invalidez y de las víctimas de guerra puesto que el litigante (de nacionalidad marroquí) había servido en el ejército francés quince años.

Expresamente el *comisare du gouvernement* ante el órgano jurisdiccional remitente defendió que, puesto que el litigante “ya no forma parte del Ejército francés, no puede invocar con provecho el Acuerdo de Asociación, dado que sólo los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en el territorio del Estado miembro de acogida entran dentro del ámbito del artículo 64 y que esta expresión significa que el interesado debe ejercer una actividad profesional por cuenta ajena”.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia al resolver la cuestión prejudicial favorablemente a los intereses del Sr. Echouikh omite entrar

---

<sup>17</sup>Auto del TJUE d 13 de junio de 2006, ECLI:EU:C:2006:394: “en virtud del artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable”.

en el debate de si el militar puede considerarse o no trabajador por cuenta ajena a los efectos del artículo 64 del Acuerdo de Asociación con Marruecos. Y, tras constatar el efecto directo del derecho a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social, analiza el concepto de trabajador a efectos del artículo 65 del Acuerdo con Marruecos y concluye, reiterando una sólida jurisprudencia, que a estos efectos “comprende tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar de una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de una de las contingencias que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de la seguridad social”.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podemos concluir que la aplicación del derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social no está subordinada a que el beneficiario haya de ser “trabajador empleado”. Es decir, la aplicación del artículo 65 del Acuerdo de Asociación con Marruecos es independiente y separada de la aplicación del artículo 64 del mismo cuerpo legal.

## **COORDINACION LIMITADA ENTRE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ESTADOS EN LOS QUE SE APLICA EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y MARRUECOS**

El artículo 65.2 del Acuerdo de Asociación proclama que los trabajadores marroquíes se beneficiarán “de la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en lo que respecta a las pensiones y rentas de vejez, invalidez y supervivencia, las prestaciones familiares, las



prestaciones por enfermedad y maternidad, así como de la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente en la Comunidad”.

Es evidente que el Acuerdo de Asociación, al igual que el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, se basan en los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, totalización y supresión de cláusulas de residencia, que son elementos propios de la técnica de la coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Respecto al principio de totalización hay que señalar que cuando el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social esté subordinado por el Derecho nacional al cumplimiento de períodos de actividad profesional, empleo o residencia es esencial para los trabajadores migrantes que se arbitren mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido una actividad en diversos Estados se vean mermados los derechos en materia de Seguridad Social adquiridos, o en curso de adquisición, bajo la legislación de uno o varios Estados miembros. Para evitar este efecto adverso es necesario que los períodos cumplidos bajo diferentes sistemas de Seguridad Social puedan tomarse en consideración para el reconocimiento de la prestación reclamada<sup>18</sup>.

Por lo que respecta la supresión de las cláusulas de residencia<sup>19</sup> (también conocida como principio de exportación de prestaciones) ésta conlleva la prohibición de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de Seguridad Social por el mero hecho de que la persona beneficiaria haya fijado su residencia en un Estado miembro distinto del que radica la institución deudora.

---

<sup>18</sup>Cfr. M. Rojas Castro; *Derecho Comunitario Social. Guía de Trabajadores Migrantes*, Comares, Granada, 1993; p.97.

<sup>19</sup>Artículo 7 del Reglamento 883/2004.

Si confrontamos el artículo 65.2 con el artículo 65.4 del Acuerdo de Asociación con Marruecos se observa que el elenco de prestaciones a las que se le aplicará el principio de totalización es más extenso que a las que se les aplica el principio de exportación de prestaciones, que se restringe a las pensiones (excluyéndose las prestaciones de carácter temporal)<sup>20</sup>.

Expresamente el artículo 65.4 del Acuerdo excluye de la posibilidad de exportación a las prestaciones especiales no contributivas. Para interpretar este último concepto es imprescindible remitirse al artículo 70 del Reglamento 883/2004 que establece que el mismo “se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social”. Al tratarse “de una las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto”<sup>21</sup>. Las prestaciones especiales no contributivas son notificadas por los gobiernos en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Por lo que respecta a las prestaciones familiares, el artículo 65.3 del Acuerdo dispone que los trabajadores marroquíes solo cobrarán dichas prestaciones cuando los miembros de su familia residan en el territorio de la Comunidad (no obstante, la posibilidad de cobrar prestaciones familiares por los hijos residentes en Marruecos

---

<sup>20</sup> Artículo 65.4: 4. Dichos trabajadores se beneficiarán de la libre transferencia hacia Marruecos, según los tipos de cambio aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o de los Estados miembros deudores, de las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo.

<sup>21</sup>Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004.

puede estar prevista por convenios bilaterales de Seguridad Social).

## **CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL A EFECTOS DEL ARTÍCULO 65 DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN**

Seguridad Social es un término dotado de diferente contenido y alcance según se trate del ámbito nacional, de la Unión Europea o del Derecho internacional.

Por lo que al Acuerdo de Asociación con Marruecos se refiere, el segundo párrafo del su artículo 65.1 proclama que “la noción de seguridad social cubre los aspectos de la seguridad social que se refieren a las prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares”.

Comprobamos cómo el ámbito de aplicación material enunciado en este último precepto coincide plenamente con el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71 de coordinación de regímenes de Seguridad Social, que fue sustituido por el vigente Reglamento 883/2004 cuyo ámbito de aplicación material, sin embargo, es más extenso<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup>Artículo 3 Reglamento 883/2004: Campo de aplicación material. 1. El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad; b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo; i) las prestaciones de prejubilación; j) las prestaciones familiares.

Y es que éste último también incluye dentro de su ámbito de aplicación a las prestaciones de paternidad asimiladas y a las prestaciones de jubilación.

## **¿ES APLICABLE EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN CON MARRUECOS A TODAS LAS PRESTACIONES COORDINADAS POR EL REGLAMENTO 883/2004?**

Sobre la cuestión de si el listado de riesgos sociales coordinados por el Acuerdo de Asociación con Marruecos en su artículo 65.1, segundo párrafo, es lista abierta y en el mismo pudieran actualmente incluirse todas las prestaciones a las que el Reglamento 883/2004 es aplicable nos decantamos por una respuesta afirmativa. Y ello porque de la jurisprudencia del TJUE<sup>23</sup> podemos inferir que el Tribunal no se ha ceñido a la letra del artículo del Acuerdo, sino que el criterio hermenéutico ha sido verificar si a esa prestación le era de aplicación en el momento de su solicitud el Reglamento de coordinación, y ello, aunque la inclusión de la prestación en litigio en el campo de aplicación del Reglamento hubiera sido posterior a la adopción del Reglamento 1408/71.

A estos efectos, puede traerse a colación analógicamente la sentencia Babahenini <sup>24</sup> en la que el Tribunal dictaminó que el concepto de Seguridad Social del Acuerdo de Cooperación con Argelia había de interpretarse de la misma forma que el concepto idéntico que aparece en el Reglamento 1408/71. Y, por tanto, dicho precepto se aplicaba la prestación litigiosa porque “después de su modificación por el Reglamento 1247/92 el Reglamento 1408/71 menciona expresamente, en la letra b) del apartado 2 bis de su artículo 4 las prestaciones destinadas a asegurar únicamente la protección

---

<sup>23</sup>STJCE de 20 de abril 1994, ECLI:EU:C:1994:160: “el término Seguridad Social debe entenderse de la misma forma que el concepto idéntico que aparece en el Reglamento 1408/71”.

<sup>24</sup>STJCE de 15 de enero de 1998, ECLI:EU:C:1998:13.

específica de los minusválidos”. La misma conclusión alcanzó el Tribunal en la sentencia Krid<sup>25</sup>.

Es decir, que vigente el Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia mantuvo que el concepto de Seguridad Social a los efectos del Reglamento y de los Acuerdos con los países del Mabreb se había de interpretar del mismo modo.

A mayor abundamiento, en la sentencia Kziber, relativa al Acuerdo de Asociación con Marruecos que versó sobre una prestación transitoria para jóvenes desempleados, el Tribunal resolvió que “el hecho de que el apartado 2 del artículo 41 del Acuerdo, al contrario del citado Reglamento 1408/71, no mencione las prestaciones de desempleo entre los regímenes a los que se aplica la totalización de los períodos de seguro, tiene importancia únicamente para la cuestión de la totalización, pero no puede por sí solo, de no existir una intención de las Partes Contratantes manifestada claramente, hacer que se admita que estas últimas hayan querido excluir del concepto de Seguridad Social, en el sentido del Acuerdo, las prestaciones de desempleo, consideradas tradicionalmente como una rama de la Seguridad Social”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup>STJCE de 5 de abril de 1995, ECLI:EU:C:1995:97.

<sup>26</sup>STJCE de 31 de enero de 1991, ECLI:EU:C:1991:36.

# DESPUÉS DE CUARENTA Y CINCO AÑOS, UNA MIRADA AL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Elisa Rocío Prados Pérez

Doctora en Derecho

Oficial Mayor del Excmo. Ayto. de Huelva

Esta aportación se estructura en tres apartados: una introducción donde, a modo de presentación, se describe el momento histórico y los elementos más relevantes del contexto político y social en el que se fraguó el Preámbulo de la Constitución. Después abordaremos, en la parte central del trabajo, el análisis del Preámbulo y nos detendremos de forma especial en su significación; y por último, en la tercera parte, expondremos unas breves conclusiones. Y añadiremos un anexo de referencias bibliográficas que han sido utilizadas para la realización del estudio.

## INTRODUCCIÓN.-

La Transición española fue una época convulsa, unos años muy agitados desde el punto de vista político, social y económico en España. Esa realidad condicionó la redacción de este documento. Nuestro propósito es contextualizar el texto que sometemos a análisis. Para ello traeremos a colación las palabras de dos politólogos muy relevantes, LINZ y ALVAREZ JUNCO, que nos sitúan de forma muy realista y sencilla en el momento histórico de su formulación y elaboración.

*“Después de la muerte de Francisco Franco, España tuvo que hacer frente a dos problemas principales: el de la transición desde un régimen autoritario a una democracia y el de los desafíos planteados a un Estado centralista unitario por los nacionalismos periféricos y las aspiraciones regionales de autonomía y descentralización. La Constitución de 1978 intenta dar respuesta a estos dos problemas y*

crear un marco tanto para una democracia estable como para una nueva estructura del Estado que satisfaga las aspiraciones de las minorías nacionales y de las regiones con problemas propios. El éxito de la transición a la democracia por medio de lo que se ha llamado la “reforma pactada” (...).

*“Entre las fuerzas que pactaron la Transición se encontraban, por un lado, los propios herederos del fallecido dictador, que tenían en sus manos todos los aparatos del Estado, incluido en primer lugar el represivo, pero que carecían de un proyecto político creíble. El continuismo puro y duro, defendido en aquellos años por Blas Piñar o Girón de Velasco, no tenía posibilidades de futuro, al carecer incluso de un fuerte aspirante a caudillo. El débil reformismo de Arias Navarro no era capaz de seducir ni a sus propios seguidores. Los más jóvenes e inteligentes políticos del régimen optaron entonces por una reforma de mayor calado, procurando siempre controlar su alcance. La fuerzas que se enfrentaban con el franquismo, en cambio, contaban con un programa unitario, que consistía en el restablecimientos de las libertades cívicas y las celebración de elecciones(...) Algunos de los más graves problemas heredados(...) quedaban en pie(...) el prioritario, y más urgente, la construcción de un régimen de libertades públicas y participación democrática.....(...) y la descentralización de la Administración, en respuesta a las exigencias de autogobierno (...) Este fue el contexto en el que se produjo la Transición y en el que se escribió la Constitución de 1978”.*<sup>2</sup>

Así, la Constitución española fue aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978. Y tras los debates parlamentarios fue ratificada por los ciudadanos en las urnas el 6 de diciembre de 1978. El texto final fue presentado al Rey Juan Carlos I para su promulgación y

---

<sup>1</sup> LINZ, J., “De la crisis de un Estado unitario al Estado de las Autonomías”, en J. R. Montero y Thomas J. Miley, eds. *Juan J. Linz Obras escogidas, Vol. 2 Nación, estado y lengua*, 1985, p. 161.

<sup>2</sup>ÁLVAREZ JUNCO, J., “El último gran problema heredado”, en Pendas García, Benigno (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 531.

sanción el 27 de diciembre de 1978, siendo publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978; esa misma fecha entró en vigor.

Las elecciones del 15 de junio de 1977 fueron las primeras tras la dictadura franquista, y, pese a que no fueron convocadas con el objetivo de hacer una Constitución, asumieron esa tarea. Así, las Cortes Generales Constituyentes elegidas nombraron una Comisión de Asuntos Constitucionales. En esta Comisión se creó un equipo de trabajo que elaboró la Ponencia Constitucional que estaba formado por siete personas: Gabriel Cisneros Laborda (UCD), Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (UCD), José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo (UCD), Manuel Fraga Iribarne (AP), Gregorio Peces-Barba Martínez (PSOE), Miquel Roca i Junyent (CiU), y Jordi Solé Turá (PCE). A ellos les debemos el texto constitucional, pero no así el Preámbulo.

Este Preámbulo se debe a una enmienda del Grupo Mixto que se redactó por D. Enrique Tierno Galván y D. Raúl Morodo Leoncio y en la que se recogió, entre otras cosas, los valores, principios y las ideas fundamentales que se desarrollarían posteriormente a lo largo del articulado constitucional.

A hilo de lo anterior, y como cuestión previa, hemos de señalar que el Preámbulo se trata de una fuente documental única, pues tanto puede considerarse como un texto legal (su importancia jurídica no es un tema pacífico como veremos después), como un relevante documento político, principalmente por su contenido.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el Preámbulo es aquello que se dice antes de dar principio a lo que



se trata de narrar. Pero sólo los textos de especial significación política tienen Preámbulo<sup>3</sup>, a modo de introducción donde se trata de justificar políticamente la norma, su contenido y su finalidad.

## ANÁLISIS DEL PREÁMBULO

En este apartado nos detendremos en el análisis del Preámbulo en el que se sintetizan los rasgos más sobresalientes y básicos de la configuración del régimen democrático instaurado en la Constitución de 1978. Asimismo, señalaremos su posible entronque con el constitucionalismo histórico español y con el Derecho Constitucional comparado ya que en todo el texto constitucional puede reconocerse la influencia del derecho constitucional comparado, en especial, de las Constituciones liberales europeas aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial, entre las que cabe destacar la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución francesa de 1958. Igualmente, en nuestras reflexiones sobre el Preámbulo haremos remisiones a su posterior desarrollo en los preceptos del Texto Constitucional.

b.1) En nuestras primeras consideraciones abordaremos cuestiones formales para después entrar a fondo con el contenido material del Preámbulo. Desde *un punto de vista formal*, indicar que lo que se somete a comentario es el texto completo del Preámbulo y no sólo un fragmento. Este documento de extraordinaria importancia política se caracteriza por su brevedad, una característica común al resto de los Preámbulos de las Constituciones españolas que le precedieron. Efectivamente, la Constitución de 1978 se mantuvo en esta línea de brevedad y destaca por una solemne claridad expli-

---

<sup>3</sup> Algunas Constituciones carecen de Preámbulo, a modo de ejemplo, la Constitución de la República de Italia, la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, la Constitución de Suecia, la Constitución de Finlandia, la Constitución del Reino de los Países Bajos, la Constitución de Austria, la Constitución de Bélgica, la Constitución del Reino de Dinamarca, entre otras.

cativa. A través de él, se permite a la ciudadanía captar con palabras sencillas los complejos conceptos que se pormenorizan a lo largo del articulado constitucional.

La importancia didáctica del Preámbulo ha sido puesta de manifiesto en los debates constitucionales y vamos a presentar tres autorizadas opiniones sobre este concreto aspecto, primeramente comenzaremos por el Catedrático de Derecho Político Morodo:

*“El valor del Preámbulo es el de ofrecer al intérprete un material de primera mano a la hora de aclarar el sentido de las normas constitucionales y, al mismo tiempo, trazar unas líneas de referencia a los poderes públicos en su labor de actuación y desarrollo de los contenidos de nuestra Constitución. Todo ello sin perjuicio de la utilidad que puede tener para crear ese ‘sentimiento constitucional’ que se da cuando los ciudadanos asumen como propios los principios constitucionales y los incorporan como elemento irrenunciable de la convivencia nacional. Es decir, sin perjuicio de la funcionalidad que puede tener el Preámbulo constitucional como elemento de socialización política y factor de integración nacional”<sup>4</sup>.*

En el mismo sentido se pronuncia el Catedrático de Derecho Constitucional, Alzaga Villaamil al señalar que:

*“Es de celebrar la existencia de éste lacónico y bien redactado preámbulo, que por su propia naturaleza ha podido abandonar la terminología técnico-jurídica que necesariamente impregna hasta el último rincón el extenso articulado de nuestra Constitución, para emplear un lenguaje directo y capaz de llegar hasta el último de los españoles. Y esto es importante y auténticamente positivo, pues no debe olvidarse que la Constitución no es sólo una ley, sino muy especialmente un instrumento de socialización política”<sup>5</sup>.*

---

<sup>4</sup> MORODO LEONCIO, R., “Comentario al Preámbulo”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (Director), *Comentarios a las Leyes políticas*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1983.

<sup>5</sup> ALZAGA, O., *Constitución española de 1978*, Madrid, El Foro, 1978, pp 67-68.

Por último, el que fuera Presidente de las Cortes constituyentes, Hernández Gil<sup>6</sup>, señala que: “*En un entendimiento democrático del poder, el preámbulo enuncia el mensaje que encarna el espíritu y refleja el propósito justificativo de la creación de un orden jurídico nuevo. El preámbulo puede servir para acercar a todos, de manera sintética e insinuante, el fondo de las determinaciones normativas, su base histórica y sus ideales inspiradores*”.

Visto lo anterior, consideramos que el Preámbulo, a modo de prólogo, forma parte inseparable de la Constitución, sin embargo, este hecho es discutido<sup>7</sup>; autores como Herrero de Miñón<sup>8</sup> sostienen que la Constitución empieza en el artículo primero, pero seguimos la opinión de otros, como Alzaga Villamil<sup>9</sup>, que sostiene que el Preámbulo es parte integrante y significativa de la norma a la que pertenece y encabeza.

b.2) Tras la breve exposición sobre la forma, abordaremos el *análisis del contenido*. En primer lugar, en el Preámbulo aparece el Rey Juan Carlos I anunciando que las Cortes han aprobado y el pueblo español ha ratificado la Constitución. De esta manera se resalta de forma explícita el papel del Rey en la forma política del Estado, ya que estamos en una *monarquía parlamentaria* donde se concilia la Jefatura de Estado monárquica con la configuración democrática del Estado. Resulta a tales efectos fundamental recordar el aforismo “el rey reina pero no gobierna”, y nuestra Constitución regula

---

<sup>6</sup> HERNANDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, Planeta, 1982, p. 310.

<sup>7</sup> También en Francia se discutió el valor jurídico del Preámbulo, así vemos que este tema no es pacífico; autores como Carré de Malberg la negó señalando que era una mera declaración de intenciones filosóficas y morales; otros como Hauriou y Duguit señalaban lo contrario; finalmente en el año 1970, el Consejo Constitucional Francés, le reconoció valor constitucional y carácter normativo.

<sup>8</sup> HERRERO DE MIÑÓN, M., “Comentario al Preámbulo de la CE”, en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2008, p.3.

<sup>9</sup> ALZAGA VILLAAMIL, O “Valores y Nación en los Preámbulos de las Leyes Superiores. El Estatut de 2006 y la STC31/2010” en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* n.º 88, 2011, p. 81.

la Corona en el Título II, título que tiene la especial protección en cuanto a su reforma, prevista en el artículo 168 CE, la misma que la revisión total de la Constitución.

Sobre la forma política del Estado que planea sobre el Preámbulo señalar que la materia fue objeto de un doble tipo de controversia: una de naturaleza política, de aceptación o rechazo de la monarquía; y otra técnico-jurídica, sobre la fórmula utilizada. En lo referente a la discusión política, no hemos de soslayar que grupo socialista defendía la República pero se posicionaron en el sentido de que no cuestionarían el conjunto de la Constitución por este motivo. De igual forma se alineó el partido comunista, porque consideraban que lo decisivo era el establecimiento y consolidación de la democracia. La discusión técnico jurídica giró en torno al uso del vocablo forma de gobierno en lugar de forma política del Estado, y, sobre todo, a los intentos de sustitución de la "monarquía parlamentaria" por "monarquía constitucional" que no fructificaron. El argumento más generalizado fue que en un Estado democrático la monarquía sólo puede ser parlamentaria.

b.3) Otra cuestión capital del Preámbulo la constituyó la definición del Poder constituyente, disponiendo que el sujeto podría ser tanto la nación española como el pueblo español. Se aceptó tácitamente que ambas eran equivalentes con las palabras: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de..." y se cierra el texto así: "En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución".

*La soberanía nacional reside en el pueblo español.* Es una fórmula que viene de nuestro constitucionalismo histórico <sup>10</sup>. El deslinde

---

<sup>10</sup> Sobre los diferentes actores políticos que concurren en cada uno de los Preámbulos de la Constituciones españolas, desde un punto de vista comparativo histórico, merece destacarse el trabajo realizado por BAÑON HERNANDEZ, A en "Los

de un término u otro tiene connotaciones sociológicas y culturales en el término “pueblo” frente a las evidentes connotaciones políticas que tiene el termino nación como origen del poder político. Así en la Constitución de 1812 (se recogía en su art. 3: “La soberanía reside esencialmente en la Nación”) y reiterado en el Preámbulo de la Constitución de 1837 (“Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su Soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz...), y en el art. 32 de la Constitución de 1869 (“La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes”). Por otra parte, la Constitución de 1931, en su artículo primero apartado segundo, no recoge los términos soberanía nacional y atribuye la soberanía al pueblo, sin más: “Los poderes de todos sus órganos (los de la República) emanan del pueblo”<sup>11</sup>.

En Derecho comparado también se recogen fórmulas análogas: “La soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce en la formas y con los límites de la Constitución” (art. 1.1 de la Constitución italiana de 1947); “Todo poder estatal emana del pueblo, el cual lo ejerce en las elecciones y votaciones y mediante los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (art. 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn); “La soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejercerá por medio de sus representantes y del referéndum” (art. 3 de la Constitución francesa de 1958).

La Nación española protagoniza el Preámbulo, como poder constituyente del que emana el texto constitucional y los poderes cons-

---

Preámbulos Constitucionales españoles. Datos para su análisis semiolinguístico” en *Anales de Filología Hispánica*, volumen 5, 1990, p.255-279.

<sup>11</sup> También fue corto el Preámbulo del proyecto de Constitución de 1873 correspondiente a la I República, que decía así: “La Nación Española, reunida en Cortes Constituyentes, deseando asegurar la libertad, cumplir la justicia y realizar el fin humano a que está llamada en la civilización, decreta y sanciona el siguiente Código fundamental”. Por su parte, sucinto fue también el Preámbulo de la Constitución de 1931 que quedó así: “España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución”. Esta vez se usó España en vez de nación española.

tituidos del Estado, incluyendo los autonómicos. Concibe esta declaración solemne la soberanía como unitaria, descartando en los debates la pretensión formulada por los nacionalistas vascos y por Esquerra Republicana de Catalunya, que pretendían incorporar que la soberanía pertenecía a los distintos pueblos de España. La nación española en nuestros textos constitucionales ha sido una y así, a lo largo de nuestra historia constitucional, se ha consagrado esa unidad.

De esta forma queda configurada la soberanía como indivisible, y su titular es la nación española, que el mismo Preámbulo, en su último apartado, identifica con el pueblo español. Se trata de un reforzamiento explícito de lo que después recogerá el artículo 2 de la Constitución. El art. 2 que establece: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas". La palabra "nacionalidades" afloraba por primera vez en la historia de nuestro constitucionalismo. Pero el mencionado artículo y sus concordantes ni enumeraron las nacionalidades ni expusieron los elementos diferenciales de una nacionalidad respecto de una región, de manera que persiste hasta la actualidad esa indefinición.

Como titular de la soberanía, el pueblo español ostenta el poder constituyente (así se señala en el Preámbulo: "la Nación española...", y al final, "Las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado") y de tal forma que las reformas que en el futuro pueda sufrir el texto constitucional se someterán en coherencia con los artículos 167 y 168 que atribuyen la potestad de revisión a las Cortes Generales y al pueblo español mediante referéndum (sólo facultativo en los supuestos de revisión de aspectos menos esenciales).

Todo esto contrasta con el propio Preámbulo donde consagra la voluntad de proteger las culturas y tradiciones, lenguas e instituciones de los pueblos de España y que se pretende colaborar en el

fortalecimiento de una relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. Así, en el texto constitucional se yuxtaponen dos visiones antagónicas que, en aquel clima de consenso, “resolvió aplazar el problema, dejando al Tribunal Constitucional la concreción posterior de sus aspectos más conflictivos”<sup>12</sup>.

Este tema ha devenido hoy de destacada actualidad ya que sobre este principio de soberanía del pueblo español y unidad nacional ha pivotado el episodio de conflicto más grave ocurrido a lo largo de las más de cuatro décadas de existencia del Estado Autonomico<sup>13</sup>, protagonizado por la Generalitat de Catalunya. De esta manera, en enero y marzo de 2013, el Parlamento catalán aprueba dos resoluciones; la primera define al pueblo de Cataluña como “sujeto jurídico y político soberano” y afirma su derecho a decidir acerca de su futuro, y la segunda solicita la apertura de una negociación con el Estado para hacer posible la realización de una consulta en tal sentido. El Gobierno central ante el TC recurre las resoluciones, que en marzo de 2014 las declara inconstitucionales (STC 42/2014) en lo que respecta al carácter soberano del pueblo catalán y establece que el ejercicio del “derecho a decidir” sobre el futuro político de Cataluña debe atenerse a la legalidad constitucional. Supone la puesta en cuestión de la integridad del Estado y de su modelo de organización territorial. A este respecto, Cataluña demanda que lleve a efecto la consulta sobre el derecho de autodeterminación. Y, por su parte, el Estado ha defendido la vigencia de los principios constitucionales de soberanía del pueblo español y unidad nacional. Esto resume en esencia el proceso independentista catalán (conocido coloquialmente como *procés*), que alcanza un momento crítico en 2017 (con su referendun ilegal) y, en buena

---

<sup>12</sup> ÁLVAREZ JUNCO, J, “El último gran problema heredado”, en Pendas García, Benigno (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

<sup>13</sup> Sin embargo, existió un antecedente, el procedimiento seguido por el País Vasco con el conocido como “Plan Ibarretxe”, propuesta de reforma estatutaria que fue rechazada por el Congreso en 2005.

medida, se mantiene abierto hasta el día de hoy. Por primera vez, las instituciones de autogobierno de una Comunidad Autónoma han desafiado abiertamente el modelo de organización territorial del Estado. También por vez primera se ha aplicado el mecanismo excepcional de intervención a cargo del Gobierno central previsto en el artículo 155 de la Constitución. Ello ha evidenciado las tensiones de fondo en torno al modelo territorial y su funcionamiento que ya se entreveían en el Preámbulo.

b.4) El Preámbulo se recogió igualmente la expresión “Estado de Derecho, que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, siguiendo a Santamaría Pastor<sup>14</sup>, que se consagren los principios de legalidad, división de poderes, supremacía y reserva de ley, protección de los ciudadanos mediante tribunales independientes, responsabilidad del Estado por actos ilícitos así como garantía y protección de la libertad personal y política. Todo estos principios se recogerán posteriormente en el Texto Constitucional en los artículos 1, 9, 10, 24, 25, art 53, 103, 106 y 117, entre otros, a saber:

"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art 1 CE).

"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art 9.1 CE).

"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las dispo-

---

<sup>14</sup> SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 192-194.



siciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9.3 CE).

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE).

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24.1 CE).

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento" (art. 25.1 CE).

"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (I) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)" (art. 53.1 CE).

"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1 CE)

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" (art. 106.1 CE).

"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" (art. 106.2 CE).

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" (art. 117.1 CE).

Como reflejo de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la cláusula del Estado de Derecho para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos (ATC 525/1987), para exigir la motivación de las sentencias judiciales (STC 55/1987) o para imponer el carácter obligatorio de su cumplimiento (STC 67/1984).

b.5) El Preámbulo proclama garantizar la "*convivencia democrática*" y establecer una "*sociedad democrática avanzada*" consagrándose así el principio democrático.

En la Constitución del 1978 confluyen varias ideologías, ya que es producto de un consenso, de aunar las diferentes sensibilidades y expresión de lo anterior es el propio Preámbulo de la Constitución. Como cemento aglutinador que los une, una ideología democrática aceptada por todos. El fin fundamental al que se dirige es el establecimiento y consolidación de la democracia. Era lógico que así fuera en un país privado de su libertad durante cuarenta años y que recupera la democracia.

Esto es lo que Loewenstein consideraba la esencia, el sentimiento constitucional, destacando la necesidad de integración entre ciudadano y Constitución, y, lo que Lucas Verdu ha entendido como

un vínculo moral que debe ser objeto de enseñanza en los colegios y contemplarse por ello en los planes educativos de las escuelas<sup>15</sup>.

Manifestación de esta democracia ha supuesto la proyección del principio de igualdad en la participación política y el reconocimiento de los derechos políticos a todos los ciudadanos sin discriminación alguna (art 14 y 23CE). Se trata del gobierno de la mayoría pero con respeto de las minorías, que ha de tener los accesos abiertos que puedan garantizarle en un futuro la posibilidad de llegar a ser mayoría, que no sean acaparados por quienes temporalmente detentan la mayoría, y que los mandatos políticos sean temporales. Nuestra Constitución acoge todos estos principios en los art 14 y 23 en los que señalan que los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. El principio de temporalidad del poder está incluido en el carácter periódico de las elecciones, en el citado art. 23.1 y después en relación a los diversos procesos electorales: arts, 68, 69, 92, 140, 151, 152, 167, 168 CE. Además, el principio democrático se traduce en otras formas de participación política ciudadana, mediante partidos políticos (art. 6 CE) pero también de sindicatos y organizaciones empresariales (art. 7 CE), asociaciones (art. 22 CE), fundaciones (art. 34 CE), Colegios y organizaciones profesionales (arts. 36 y 52 CE), organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE), entre otras, entidades sociales merecedoras de reconocimiento y protección constitucionales. La cláusula democrática se

---

<sup>15</sup> Sobre la importancia de la enseñanza de la Constitución en TAJADURA TEJADA, J, "La función política de los Preámbulos Constitucionales" en Cuestiones Constitucionales, núm. 5, julio-diciembre, 2001, en la que se señala en su página 259 que "Una enseñanza de la Constitución que aspire a acercar ésta al ciudadano medio necesita recurrir al Preámbulo dada la mayor facilidad de comprensión de los conceptos allí recogidos". De esta manera deviene una tarea inexcusable ubicar la enseñanza de la Constitución en las enseñanzas primaria y secundaria. En este sentido, el citado autor hacia alusión a la Constitución de 1812 que también disponía en su artículo 368 esta necesidad al señalar que: "El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas".

impone de manera expresa respecto a la estructura interna y funcionamiento de todos, exigiendo que éstas sean democráticas. Por otra parte, el respeto a las minorías se reconoce de muy diferentes formas. Desde la afirmación del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) hasta la exigencia de mayorías reforzadas para adoptar las medidas más importantes o para aprobar las reglas del juego político (reforma constitucional, leyes orgánicas diversas- que abarcan desde el desarrollo de los derechos fundamentales hasta la aprobación de los Estatutos de Autonomía o la ley electoral- declaración del estado de sitio, reglamentos parlamentarios, etc...).

b.6) En el Preámbulo se recoge la voluntad de garantizar un *“orden económico y social justo”* y a establecer *“la justicia...(...) y promover el bien de cuantos la integran”* y *“promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar una digna calidad de vida”*, que posteriormente tendrá reflejo en la expresión de Estado *“social”* y democrático de Derecho. Nos detendremos en el palabra social. Ello nos lleva a una concepción del Estado proactiva y más intervencionista desde un contenido económico y social, que sea no solo un poder regulador, sino también distribuidor. Este concepto de Estado social se toma de la Ley Fundamental de Bonn (que es la primera Constitución que lo consagra) y lo describe con mayor detalle en el art. 9.2: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Asimismo, se desarrolla en todo el texto constitucional, pero especialmente en los Títulos I (*“De los derechos y deberes fundamentales”*) y VII (*“Economía y Hacienda”*). Entre los más significativos cabe apuntar la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) y la subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE); la promoción del progreso social y económico y una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40 CE); la promoción de la participación en las empresas y del cooperativismo (art. 129 CE); la protección social, económica y jurídica de

la familia (art. 39 CE), de los niños (art. 39.4 CE), de los emigrantes (art. 42 CE) o de los disminuidos (art. 49 CE); la protección y tutela de la salud (art. 43 CE), de la cultura y de la investigación científica y técnica (art. 44 CE), el medio ambiente (art. 45 CE), el patrimonio histórico y artístico (art. 46 CE) o el urbanismo (art. 47 CE). En lo referente a la calidad de la vida se reiterará en el texto constitucional con referencia al medio ambiente (art. 45.2) y a las prestaciones de la Seguridad Social (129.1).

b.7) Igualmente en el Preámbulo se invocan los valores superiores del ordenamiento jurídico como son *la libertad, la justicia, la seguridad y proclama su voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*".

El Tribunal Constitucional en muchas sentencias ha recogido que esos valores suponen el contenido material del Estado de Derecho: toda la actuación de los poderes públicos debe dirigirse a la consecución de valores. Nuestro Alto Tribunal se ha referido a la Constitución como orden de valores en numerosas sentencias, entre otras STC 25/1981, STC 8/1983 y 35/1987. Considera que los valores son parámetros interpretativos que no pueden constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales (STC 20/1987), ni constituyen un canon interpretativo autónomo sino complementario (STC 181/2000), ni implican por si solos derechos susceptibles de amparo constitucional (STC 120/1990). Igualmente, referido específicamente a la libertad, dispone que como valor superior se proyecta en su dimensión política (STC 132/1989, 113/1994), pero también "en su más amplia y comprensiva de libertad personal" (STC 19/1988). Y la justicia "es uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho" (STC 105/1994) en dicho valor superior debe entenderse incluido el reproche de arbitrariedad (STC 65/1990), pero no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una "justicia material" (STC 20/1987) "ni que pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo"

(STC 181/2000). En la interpretación de valores y principios <sup>16</sup> se deberá buscar el máximo efecto integrador y la función legitimadora de la propia Constitución.

En el art 1 de la Constitución se incorpora igualmente la igualdad y el pluralismo político que junto con la libertad y la justicia, se proclaman como valores superiores del ordenamiento jurídico. En su condición de valores son obligatorios, vinculantes y eficaces y su aplicación deviene esencial en los posibles conflictos que puedan surgir, asegurando que la prevalencia de uno no sea a costa de eliminar por completo la aplicación de otro. Sobre este particular, Pérez Luño abordó el estudio de los valores y principios constitucionales. Así, mientras el valor no es en sí mismo una norma susceptible de aplicación directa, los principios desempeñan por sí mismos una función normativa. Esta misma idea la destacó igualmente, García de Enterría, al subrayar su relevancia de éstos porque constituyen la base entera del ordenamiento y han de presidir toda su interpretación y aplicación. De esta manera, siguiendo a Pérez Luño, los valores tienen una misión fundamentadora ya que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; una función orientadora, dirigiendo al ordenamiento hacia metas o fines predeterminados y una función crítica porque sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas.

Visto todo lo anterior, la función del Preámbulo puede resumirse básicamente en tres: justificación de las decisiones políticas fundamentales que se adoptan en el texto, factor de legitimación e integración política y canon de interpretación jurídica del articulado. Así, Garrido Falla <sup>17</sup>define al Preámbulo como “ la exposición de

---

<sup>16</sup> Sobre la distinción entre valores y principios, vid FREIXES SANJUAN, T y REMOTTI CARBONELL, JC, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, número 35, mayo-agosto 1992, p. 97-109.

<sup>17</sup> GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid. 1980.

motivos, cuya función esencial es explicar o justificar la razón de ser de la disposición elaborada”.

Sobre el valor del Preámbulo, desde una órbita jurídica, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en doctrina consolidada en sus sentencias STC 36/1981, STC 12/1982, STC 32/1983, STC 28/1984, STC 150/1990, STC 212/1996, STC 173/1998, entre otras. Posteriormente, sintetizó en su STC 222/2006 toda su jurisprudencia sobre el valor jurídico de los Preámbulos normativos. Tiene fuerza normativa aunque carece de eficacia directa para su invocación ante los Tribunales; pero sobre esto Nuestro Alto Tribunal dispone que la carencia de valor normativo de un Preámbulo no equivale a carencia de valor jurídico<sup>18</sup>.

De esta manera, su valor político se proyecta sobre su valor jurídico. Así, autores como Lucas Verdú hablan de techo ideológico<sup>19</sup> o fórmula política de la Constitución y gracias a todo esto podemos comprender el porqué y la razón de su particular estructura. En palabras del Tribunal Constitucional, podemos conocer la “filosofía de la Constitución”<sup>20</sup>.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

El Preámbulo aborda los antecedentes, el origen, los elementos programáticos, el contenido axiológico y los fines que persigue la

---

<sup>18</sup> Acaparó mucho interés la decisión del Constitucional en su STC 31/2010 sobre el *Estatut* de Cataluña de 2006 donde establece la doctrina que un Preámbulo no puede ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad. Por eso, el Tribunal Constitucional analizó los tres párrafos impugnados del Preámbulo catalán, para preguntarse si esos párrafos pueden originar interpretaciones inconstitucionales. Y llega a una conclusión afirmativa, por lo que, en coherencia con lo anterior, ordena en el fallo de la sentencia que “carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña que considera a “Cataluña como nación”.

<sup>19</sup> La expresión “techo ideológico” fue acuñada por Tierno Galván, E., *Sociología y situación*, Murcia, Editorial Aula, 1955, p. 33.

<sup>20</sup> En la STC de 20 de julio de 1981, FJ. 10.

Constitución. En concreto, señala la ruptura con las prácticas políticas autoritarias del pasado, alude al cambio del régimen político y al sujeto que opera el cambio que es la nación española, titular de la soberanía nacional.

Como hemos visto, en el Preámbulo se recogen, a modo de síntesis, las decisiones políticas más fundamentales del poder constituyente, que dotan de sentido al resto de los preceptos constitucionales. En realidad, constituyen los presupuestos filosóficos e ideológicos del texto, podría decirse que es el *espíritu de la Constitución*. Así, se recogen los valores superiores tales como la libertad y la justicia e igualmente se recogen los principios de los principios: Estado de Derecho, imperio de la ley, soberanía de la nación española, convivencia democrática, orden económico y social justo, etc. Conceptos de carácter estable y permanente y con gran significado e importancia. Y, al mismo tiempo, constituyen ideas básicas del Preámbulo las de Estado de Derecho, convivencia democrática, progreso. Refleja una concepción “dinámica” de la democracia concebida como proceso susceptible de continuos progresos. Así, la noción progreso constituye un elemento nuclear del Preámbulo constitucional. De esta manera, se contienen intenciones como la de establecer una sociedad democrática avanzada con la finalidad de garantizar una convivencia democrática, consolidar un Estado de Derecho y garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos humanos en el respeto a las diferentes culturas. Y, asimismo, señala el propósito de la Constitución de impulsar el bienestar y de establecer la libertad, la seguridad, la justicia.

Hay pues que distinguir, de un lado, los valores, y de otro, los principios. Lo cierto es que cuarenta y cinco años después de aprobarse la Constitución, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional han puesto de relieve que estos principios y valores son los definidores de las estructuras, los supraprincipios jurídicos, conforme a los cuales se debe interpretar todo el ordenamiento jurídico y los posibles conflictos que puedan surgir deben salvarse asegurando la coexistencia simultánea y el equilibrio entre ellos.



De esta manera, en el Preámbulo constitucional se expresan los presupuestos esenciales de la legitimación democrática del nuevo régimen. Es cierto que, con la finalidad de lograr un consenso, algunos de sus más destacados puntos son deliberadamente ambiguos. Pero no es menos cierto que la interpretación de esos valores y principios por el intérprete legislativo como el jurisdiccional permite su adaptación flexible al entorno cambiante en el que vivimos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALZAGA VILLAAMIL, O.:

“Valores y Nación en los Preámbulos de las Leyes Superiores. El Estatut de 2006 y la STC31/2010” en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* n.º 88, 2011.

Constitución española de 1978, Madrid, El Foro, 1978.

BAÑÓN HERNANDEZ, A., “los Preámbulos Constitucionales españoles, Datos para su análisis semiolinguístico en *Anales de Filología Hispánica*, volumen 5, 1990.

FREIXES SANJUAN, T y REMOTTI CARBONELL, JC, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, número 35, mayo-agosto 1992.

GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

HERNANDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, Planeta, 1982.

HERRERO DE MIÑÓN, M., “Comentario al Preámbulo de la CE”, en *Casas Baamonde, M. E y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M, Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2008.

LOEWENSTEIN K., *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

LUCAS VERDÚ, P, *Curso de derecho político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, vol. I

LUCAS VERDÚ, P, *El sentimiento constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1985.

MORODO LEONCIO, R., “Comentario al Preámbulo”, en *Alzaga Villamil, Ó., (Director), Comentarios a las Leyes políticas*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1983,

PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed Tecnos, 2018.

SANTAMARÍA PASTOR, J, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

TAJADURA TEJADA, J., La función política de los Preámbulos Constitucionales en Cuestiones Constitucionales, núm. 5, julio-diciembre, 2001.  
TIERNO GALVÁN, E., Sociología y situación, Murcia, Editorial Aula, 1955.



# **PROBLEMÁTICA DEL RECONOCIMIENTO CONTABLE DE LOS JUGADORES PROFESIONALES DE FÚTBOL GENERADOS INTERNAMENTE**

Francisco Serrano Domínguez  
Profesor Titular de Universidad de la Universidad de Sevilla

## **EVOLUCIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES EN EL MUNDO DE LOS NEGOCIOS.**

Al igual que está ocurriendo en el mundo de la medicina, donde la obtención de la secuencia total de genoma humano abrió el camino hacia una medicina personalizada (Nurk et al., 2022; Mendoza et al., 2023), el mundo de los negocios ha experimentado una transformación inaudita. La alta competitividad de los mercados ha generado la necesidad por parte de las empresas de enfocarse en las necesidades, no de un tipo de cliente genérico, sino de cada tipo de consumidor específico, tratando de adecuar la producción a necesidades individuales. Para lograr ese objetivo, las empresas necesitan obtener información sobre las necesidades de cada cliente y por ello desarrollan aplicaciones, páginas web o se exhiben en redes sociales donde los usuarios para, a través de una acción en un teclado, tocando una pantalla o mediante nuestra voz dejan una huella que es sistemáticamente recogida por las empresas en forma de grandes bases de datos que permiten la configuración de perfiles individualizados a los que dirigir publicidad expresa (Pérez, 2020).

Este cambio ha supuesto una transformación de las empresas, dirigiendo buena parte de sus inversiones en el desarrollo de conexiones que les permita interactuar con los clientes de manera virtual y cuyos resultados, en forma de grandes bases de datos, cada

vez van adquiriendo mayor importancia y es, en muchos casos, uno de los elementos que más valor de la empresa, sino el que más.

En realidad, tanto los recursos tangibles como los intangibles son necesarios para el funcionamiento de la empresa. Los primeros, por cuanto forman el sustrato para desarrollar las operaciones de elaboración y venta del output; los segundos, porque van a asegurar su supervivencia, permitiéndole aprovechar y traducir en resultados las oportunidades que se le presentan. Lo que sucede es que, en términos relativos, la importancia de los bienes intangibles ha aumentado progresivamente respecto de los materiales, dando lugar a la llamada "desmaterialización de la producción", afirmando que la fuente de valor y riqueza económica no es ya la producción de bienes materiales, sino la creación y manipulación de activos intangibles (Cañibano et al., 1999).

Ante esta realidad, entendemos que la contabilidad no ha respondido de manera satisfactoria. En efecto, contablemente, a través de los estados financieros, deberían dar a conocer información útil para los usuarios de los mismos, actuales y potenciales. Cualquier acontecimiento que suponga una alteración de la situación económico-financiera debería reflejarse en las Cuentas Anuales de las compañías (Collis et al., 2021).

Cañibano y Sánchez (1997) consideran que *“El tradicional modelo contable de rendición de cuentas otorga una absoluta preeminencia a los activos tangibles frente a los intangibles, los primeros deben ser escrupulosamente medidos y valorados porque constituyen inversiones que trascienden del período en que fueron incurridos y, por lo tanto, forman parte del patrimonio empresarial encontrándose claramente asociados con beneficios futuros”*[...] *los intangibles, pertenecen, las más de las veces, al reino de la incertidumbre, no está claro que puedan ser objeto de transmisión o venta ni que esté razonablemente asegurada su recuperación con beneficios futuros, por lo tanto constituyen unos costes necesarios para preservar la continuidad del negocio en marcha, con vida efímera desde*

*el punto de vista contable y de la información financiera periódica de tal naturaleza, que sirve para la rendición de cuentas.”*

Esta conclusión no es intuitiva, sino basada en distintos análisis empíricos realizados al efecto. El pionero de ellos es el realizado por Lev y Zarowin (1999) que demuestran la pérdida de relevancia de la información financiera manifestada a través de la ostensible diferencia entre el valor de mercado y el de los recursos propios.

De entre los múltiples estudios empíricos desarrollados en los últimos años que denuncian la cada vez mayor falta de relevancia valorativa de la información contable y de la necesidad de efectuar cambios tendentes a reconocer un mayor número de intangibles destacamos, por estar íntimamente relacionado con nuestro objetivo, el trabajo de Amir y Livne (2001).

Estos autores realizan un estudio sobre 57 clubes de la primera y segunda división del fútbol inglés durante el período 1990-1999 donde examinan la relación entre el total de sus ventas y sus gastos corrientes, total de activos materiales y precios pagados por la adquisición de derechos sobre jugadores, así como los recibidos por la enajenación de tales derechos.

Como resultado encuentran una relación positiva entre inversión realizada en adquisición de derechos y el incremento de ingresos futuros, así como una relación negativa en la venta de dichos derechos con respecto al incremento de ingresos futuros. Dado que existen derechos sobre deportistas profesionales que no se encuentran reflejados en los estados contables, su incorporación añadiría relevancia a la información financiera suministrada por las entidades deportivas profesionales (Amir y Livne, 2001, p. 35).

Como afirman Cañibano y Sánchez (1997, p. 292) *“lo que está ocurriendo es que los estados financieros están dejando de ser explicativos de la realidad sobre la que tratan de informar, porque las*

*premisas en las que se asientan sus criterios de medición y valoración de intangibles han dejado de responder a las características de la economía actual”.*

En los siguientes epígrafes trataremos de justificar, basándonos en primer lugar en las distintas definiciones que sobre activos intangibles se han realizado, así como de un estudio más profundo de la Norma Internacional de Contabilidad nº 38 del I.A.S.B. que, cuando existen restricciones en la movilidad de los recursos humanos de una compañía y, en concreto, de las entidades deportivas profesionales, existen razones objetivas para su capitalización.

## **EL CONCEPTO DE ACTIVO INTANGIBLE EN EL ENTORNO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES**

Dentro de este apartado pretendemos centrarnos en un tipo muy concreto de elementos intangibles, como son los derechos, en forma de licencias federativas, de jugadores profesionales a participar en competiciones oficiales. Para ello analizaremos en primer lugar distintas definiciones que expertos e instituciones han emitido y las interpretaremos en el contexto del objeto de este estudio para, finalmente, y a partir de ellas, extraer una serie de requisitos que permitan el reconocimiento de las licencias federativas de jugadores profesionales internamente generados como activos intangibles en igualdad de condiciones que las licencias adquiridas en el mercado.

## DEFINICIONES DE INTANGIBLES APLICADAS A NUESTRO OBJETO

En este apartado queremos realizar una breve revisión de distintas definiciones del concepto de activo intangible orientándolas al objeto de nuestro estudio, esto es, los deportistas profesionales y, más en concreto, los jugadores profesionales de fútbol.

El objeto de esta parte de nuestro trabajo es observar en qué medida los elementos más característicos de las entidades deportivas profesionales se ajustan a estas definiciones, de modo que justifique su inclusión en los estados contables de las mismas. La discusión no es baladí puesto que en la actualidad una buena parte de los jugadores –los procedentes de la cantera– no figuran en dichos estados, simplemente por acuerdo de la Comisión que aprobó la Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas, esgrimiendo razones de prudencia para ello<sup>1</sup>, aunque esta cuestión será analizada con posterioridad.

Finalmente, hemos de decir que los elementos que se van a analizar no son los jugadores propiamente dichos, sino los derechos federativos que permiten que un jugador pueda participar en una competición profesional (Morrow, 1992)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Esto suscitó un profundo debate previo a la aprobación de la primera Adaptación del Plan Contable a este tipo de sociedades (Orden de 25 de junio de 1995, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades anónimas deportivas, BOE de 30 de junio y 29 de julio) y que han prevalecido en el actualmente vigente (Orden de 29 de junio de 2000, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades anónimas deportivas, BOE de 27 de julio de 2000).

<sup>2</sup> Morrow (1992, p.12) afirma textualmente que “una de las principales razones por las que históricamente la contabilidad no ha integrado a los recursos humanos como activos es la repugnante idea de considerarlos como una propiedad por lo que, desde un punto de vista moral, no pueden recibir el mismo tratamiento que una pieza de una máquina”.



Para el desarrollo de este epígrafe, hemos seguido la línea argumental desarrollada por Cañibano, García-Ayuso y Sánchez (1999).

Baxter (2014) define los activos intangibles como aquellos que carecen de sustancia física, que resultan de derechos legales y contractuales y que posiblemente generen beneficios en el futuro. Este mismo autor distingue dos tipos básicos de activos intangibles: Los identificables, como las patentes –y en los cuales nosotros podríamos encuadrar a los derechos sobre deportistas profesionales– y los no identificables, como el fondo de comercio, bases de datos de clientes o big data.

Naiper y Power (1992) distinguen, dentro de los activos intangibles identificables, dos categorías:

- ❑ *Separabilidad de entrada*, cuando el activo consigue ser identificado en el momento en que es producido o adquirido por la empresa, para lo cual el coste de adquisición o producción pueda ser estimado con precisión e identificarse con el activo.

En el caso de los elementos que nos ocupa, los derechos sobre deportistas profesionales adquiridos en el mercado de traspasos pueden ajustarse sin dificultad a este concepto, aunque los permutados o aquellos contratados cuando han finalizado su contrato con el anterior club no tendrían cabida (Malvárez y Martín, 2019, p. 224). Respecto de los procedentes de la cantera, podrían ajustarse a esta definición siempre y cuando se pueda realizar una valoración del coste de su producción, tesis que sostenemos.

- ❑ *Separabilidad de salida*, que implica que el activo pueda ser vendido separadamente de otros intangibles de la empresa o de la empresa en su conjunto.

Esta acepción entendemos que resulta plenamente aplicable a los derechos sobre deportistas profesionales, con independencia de

la forma de entrada en la entidad. En efecto, un jugador profesional puede ser traspasado durante su contrato en vigor, siempre que exista acuerdo entre los clubes comprador y vendedor, así como el consentimiento del deportista.

El hecho de que el activo intangible carezca de sustancia física es, en opinión de algunos autores, irrelevante de cara a su calificación como tal. En ese sentido, Moreno y Serrano (2005) consideran que el atributo más importante de los intangibles es el alto grado de incertidumbre asociado a los beneficios que se espera obtener de ellos. En efecto, ese atributo de incertidumbre puede darse en el caso de los jugadores profesionales, de los cuales no se puede esperar el máximo de su rendimiento en todo momento durante su vinculación con la entidad<sup>3</sup>.

Existen otras definiciones de activos intangibles centradas más en los derechos legales que comportan para su tenedor. Así, Egginton (1990) define los activos intangibles como aquellos que conllevan derechos en relación con las personas en general<sup>4</sup> (en referencia a aquellos intangibles que con anterioridad denominamos *separables*, entre los cuales se encuentran los derechos sobre deportistas profesionales) o bien conllevan expectativas de beneficios económicos que no suponen ningún derecho legal (como el fondo de comercio).

El Centro de Investigación en Intangibles de la escuela Stern de la Universidad de Nueva York define los activos intangibles como aquellas *“fuentes de beneficios económicos futuros para una empresa, que carecen de sustancia física, que han sido adquiridos en*

---

<sup>3</sup> La generación de beneficios futuros en el caso de los jugadores puede mermarse debido a circunstancias tales como la presión del público, el trato recibido de los compañeros de equipo, su estado de ánimo, confianza en sí mismo, etc., sin olvidar las de índole física como la baja forma, lesiones, etc.

<sup>4</sup> Entendemos que cuando acuña el término *en general* hace alusión también a las personas jurídicas.

*un intercambio o desarrollados internamente con unos costes identificables, que tienen una vida finita, que tienen un mercado de valor aparte de la empresa y son propiedad o están controlados por ella” (citado en Cañibano, García-Ayuso y Sánchez, 1999).*

Una definición fruto de los estudios realizados por el Proyecto Me-titum<sup>5</sup> que, tras el período comprendido entre 1998 y 2001, han hecho público en documento bilingüe *Directrices para la gestión y difusión de información sobre intangibles (informe de Capital Intelectual)*” (Cañibano et al., 2002). En dicho informe se definen los activos intangibles como *“fuentes no monetarias de beneficios económicos futuros, sin sustancia física, controlados, o al menos influidos por la empresa, como resultado de acontecimientos y transacciones pasadas (producidos por la empresa, comprados o adquiridos de cualquier otra manera) y que pueden o no ser vendidos separadamente de otros activos de la empresa”* (Cañibano et al, 2002, p. 17).

Esta definición, mucho más amplia, engloba buena parte de las definiciones antes descritas y analizadas. Si tratamos de aplicar la misma a nuestro objeto de análisis observamos que los derechos sobre deportistas profesionales, con independencia de su procedencia (mercado de fichajes o cantera) cumplen todos y cada uno de los aspectos contenidos en ella<sup>6</sup>.

De todas las definiciones que hemos expuesto, creemos descubrir una serie de elementos comunes que a continuación pasamos a comentar, con una breve referencia a su aplicación a los derechos sobre deportistas profesionales:

- a) La participación de los jugadores en la competición son fuente de generación de beneficios futuros para las entidades deportivas profesionales.

---

<sup>5</sup> Acrónimo de Measuring Intangibles to Understand and Improve Innovation Management.

<sup>6</sup> Sobre este documento profundizaremos en un epígrafe posterior.

- b) Carecen de sustancia física, ya que lo que se está valorando es el derecho a que el jugador pueda participar en competiciones profesionales oficiales.
- c) Han sido adquiridos en un intercambio, como los derechos adquiridos en el mercado de traspasos o permuta de derechos o desarrollados internamente con unos costes identificables (jugadores inscritos como profesionales procedentes de la cantera del club).
- d) Tienen una vida finita, que puede ser la fecha de finalización del vínculo contractual o anterior si perdiese la capacidad de generar los beneficios (muerte, lesión, baja forma manifiesta y recurrente, por ejemplo).
- e) Son controlados por la entidad deportiva en tanto que el jugador tiene un vínculo contractual con aquella y, caso de que decidiese voluntariamente su ruptura, se activaría la cláusula indemnizatoria que compensaría la pérdida de los beneficios futuros esperados.
- f) El mercado de traspasos resulta válido para estos jugadores. De éste no se puede esperar un valor hipotético de mercado, ya que el único valor válido de mercado para estos derechos será el que realice un club a través de la oportuna oferta.

## LOS DERECHOS SOBRE DEPORTISTAS PROFESIONALES INTERNAMENTE GENERADOS DESDE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD: ANÁLISIS DE LA NORMA N° 38 SOBRE ACTIVOS INTANGIBLES.

La N.I.C. 38 define los intangibles como *“activos no monetarios sin sustancia física que son empleados en la producción de bienes y servicios, para adquirirlos a terceros o para propósitos administrativos: (a) que son identificables; (b) que están controlados por la empresa como resultado de acontecimientos pasados; (c) de los cuales la empresa espera obtener beneficios en el futuro”*(IFRS, 2020).

De esta definición, como venimos haciendo desde el epígrafe anterior, buscaremos aquellos rasgos característicos y, tras analizarlos, trataremos de demostrar que los derechos sobre jugadores profesionales, cualquiera que sea su procedencia, encajan dentro de esta definición y, de ser así, justificaría la inclusión dentro de los estados financieros de las entidades deportivas profesionales no sólo de los actualmente reconocibles -procedentes del mercado de traspasos- sino también los internamente generados o de cantera.

Para ayudarnos en el desarrollo de nuestra argumentación, nos valdremos de la figura 4.1, que realiza Flower (2000, p.46) para la identificación y reconocimiento de activos intangibles, basada en la N.I.C. 38:

- a) Posibilidad de generación de beneficios futuros: existe consenso dentro de la disciplina contable acerca de que un activo debería brindar beneficios económicos futuros para la compañía.
- b) Que el elemento sea controlado por la empresa. En este sentido, la N.I.C. 38 interpreta este principio del siguiente modo:

*“Una compañía controla un activo cuando tiene el poder de generar beneficios económicos futuros procedentes del mismo y además restringe el acceso a otros a dichos beneficios”*

Habitualmente este control vendrá dado por la propiedad legal de ese elemento, lo cual le daría derecho a reivindicarlo judicialmente. Sin embargo, no siempre es necesario que se dé esa condición de propiedad, sino el reconocimiento legal de control sobre la capacidad de generación de beneficios de dicho elemento<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En efecto, existen múltiples partidas de este tipo que ya forman parte del balance de situación tales como los bienes en régimen de arrendamiento financiero o las concesiones administrativas.

Como ya comentamos con anterioridad, en el caso de los recursos humanos y, más concretamente, sobre los futbolistas profesionales, la entidad deportiva profesional no ostenta la propiedad del individuo. Sin embargo, sí controla, mediante la vinculación contractual de duración limitada, así como el derecho federativo profesional a poder participar en competiciones de esta naturaleza, la posible generación de beneficios futuros del deportista.

No obstante lo anterior, el deportista, como cualquier otro trabajador, tiene el derecho a poder romper su contrato por propia voluntad y sin causa justificada. Sin embargo, a diferencia del resto de trabajadores, el jugador debe en ese caso resarcir, a través de la cláusula indemnizatoria o de rescisión, el quebranto que produzca su marcha. Esta cláusula puede tener dos fines, dependiendo de cómo se haya determinado su cuantía:

- Si el importe es asequible para el deportista o para el club que desee hacerse con sus servicios, puede determinar la estimación, por parte de la entidad, de los ingresos futuros que pudiera generar el jugador durante la vigencia del contrato (afluencia a los estadios, contratos de televisión, espónsores, merchandising, etc).
- Si el importe es excesivamente cuantioso, indica la intención de retener al jugador e imposibilitarle su salida de facto de la entidad hasta que no finalice su contrato.

En ambos casos se consigue el objetivo de control por parte de la entidad ya que, en el caso de que el deportista decidiera satisfacer la cláusula de rescisión estaría actualizando los potenciales beneficios económicos futuros que se esperaban de él y, si no, estaría bajo el control de la entidad deportiva hasta la finalización del contrato.

- c) No monetario: En el caso que nos ocupa, este requisito se da sin lugar a dudas puesto que no estamos en presencia de dinero líquido.
- d) Sustancia física: claramente, al tratarse de un derecho federativo reconocido a través de una inscripción, se tiene constancia de su existencia. En consecuencia, no hay sustancia física.

El artículo 114.1 del título II (De los futbolistas y sus licencias) del Reglamento General de la Federación Española de Fútbol dice que “se entiende por inscripción de un futbolista su adscripción a un club mediante la formalización de un compromiso o contrato, según los casos, que establezca de mutuo acuerdo tal relación y vinculación”(RFEF, 2018, p. 56); mientras que el artículo 114.2. del citado Reglamento establece que “la licencia de jugador es un documento expedido por la Real Federación Española de Fútbol que le permite la práctica de tal deporte como federado, y su alineación en partidos y competiciones oficiales” (RFEF, 2018, p. 56)

- e) Identificación: este requisito trata de separar el fondo de comercio del resto de activos inmateriales, ya que dicho fondo se define como la diferencia entre el valor de la empresa considerada como un todo y la suma de cada una de sus partes por separado.

En nuestro caso, a pesar de que es el equipo el que genera el espectáculo deportivo, cada uno de sus componentes puede ser identificado de forma individual y separada del resto de los componentes. Cada jugador, por tanto, es una pieza dentro de la maquinaria generadora de la producción del espectáculo deportivo, que deberá ser organizado, preparado y orientado hacia el éxito deportivo por los técnicos, que en definitiva tienen la misión de organizar y optimizar el rendimiento de los factores productivos.

f) Probabilidad de futuros beneficios: cuando un jugador entra a formar parte de un equipo, se espera, en los términos establecidos por la N.I.C. 38, que sea susceptible de generar beneficios con una cierta probabilidad.

La N.I.C. 38 nos indica qué debe entenderse por probabilidad de generación de beneficios futuros (I.A.S.B., 1997. pár. 53): “...el potencial del mismo para contribuir, directa o indirectamente, a los flujos de tesorería y otros equivalentes líquidos de la empresa”.

*Este potencial puede ser de tipo productivo, constituyendo parte de las actividades de explotación de la empresa. Puede también tomar la forma de convertibilidad en tesorería u otras partidas líquidas equivalentes, o bien la capacidad para reducir pagos en el futuro, tal como cuando un proceso alternativo de manufactura reduce los costes de producción”.*

Con relación a nuestro caso hemos de decir que, cuando se adquiere un jugador en el mercado de traspasos o bien se genera internamente, se tiene la convicción de que su aportación a la generación de beneficios para la entidad es razonablemente alta. No obstante, en numerosas ocasiones puede suceder que exista un cierto diferimiento entre el momento de contratación y el de aporte efectivo con su trabajo a la generación de esos rendimientos.

En el caso concreto en que un jugador resulte lesionado y quede imposibilitado para jugar temporal o definitivamente, resultará evidente la pérdida de la capacidad de generación de beneficios futuros, lo cual se deberá consignar convenientemente (mediante el reconocimiento de un deterioro de valor) en el caso de que se encontrase activado contablemente.

En cuanto a la estimación de los rendimientos futuros del jugador con vistas a justificar la inversión realizada en el mismo, hemos de decir que algunos componentes sí pueden identificarse de forma directa con él (ejemplo, número de camisetas que pueden venderse de un deportista en concreto), mas no se pueden estimar de forma global para un jugador, por cuanto que la aportación al



equipo, por muy brillante que esta pueda ser, siempre quedará condicionada por la del resto de sus componentes.

g) Fiabilidad de la medición. En este sentido, la N.I.C. 38 es taxativa: sólo deberían ser reconocidos en el balance como activos aquellos elementos cuyos costes puedan ser determinados con fiabilidad.

Cuando el activo es adquirido, generalmente no genera ningún tipo de problemas su valoración para su posterior incorporación en el balance y se valorará por su precio de adquisición (ej. patentes, concesiones administrativas, derechos sobre deportistas profesionales adquiridos en el mercado de traspasos, entre otras).

Es la fiabilidad en la valoración de los activos internamente generados la clave para el reconocimiento contable en el Balance de Situación de los mismos. Respecto de la fiabilidad, la N.I.C. 38 sostiene que la información contable la posee *“cuando está libre de error y sesgo, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar, o de lo que puede esperarse razonablemente que represente”* (I.F.R.S., p. 31).

Ahondando en la fiabilidad, en su párrafo 38, la N.I.C. 38 mantiene que *“la información en los estados financieros debe ser completa dentro de los límites de la importancia relativa y el coste. Una omisión puede causar que la información sea falsa o equívoca, y por tanto no fiable y deficiente en términos de relevancia”* (I.F.R.S., p. 32).

Entendemos que la actividad productiva relacionada con la formación y promoción de jugadores se puede asimilar a una actividad de desarrollo para este tipo de entidades. Dicha actividad está encaminada a suministrar tanto jugadores al equipo profesional de las entidades deportivas profesionales como a la venta de los derechos federativos a otras entidades.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta evidente que los activos intangibles han cobrado una especial importancia en el mundo de los negocios en la actualidad, puesto que cada vez más se invierte en su obtención y mantenimiento. Sin embargo, la Contabilidad muestra dificultades para un eficaz reconocimiento y valoración de los mismos, por lo que la imagen fiel del patrimonio de las empresas intensivas en este tipo de elementos se ve comprometida, aunque el mercado sí percibe un mayor valor de estas compañías al margen del valor en libros.

Este fenómeno se da con especial énfasis en las Sociedades Anónimas Deportivas por cuanto que la Contabilidad reconoce actualmente como activos intangibles sólo los derechos federativos de jugadores procedentes de traspasos en los que hay que pagar la cláusula de rescisión mantenida con el club con el que el jugador mantenía un contrato y no reconoce los derechos federativos de jugadores que, contribuyendo de igual manera a la generación de beneficios del club que los procedentes de traspasos, se han formado en las divisiones inferiores de club, que ha realizado una labor que puede asemejarse a la de un proyecto de desarrollo de un activo.

En este trabajo hemos demostrado que, según las diferentes normas y estudios, procedería el reconocimiento contable de los jugadores procedentes de la cantera por cuanto que cumple los requisitos de la normativa tanto del Plan General de Contabilidad, como de las normas internacionales a las que se ha adaptado. Dicho reconocimiento deberá depender de una valoración objetiva y razonada que debe ser objeto de investigación, que ya se abrió en su momento (Ordoñez Solana, 2001; Serrano-Domínguez, 2002) y que aún consideramos que tiene recorrido con posibilidades de éxito en forma de reconocimiento por parte del legislador, de esta realidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amir, E., & Livne, G. (2001). Accounting for Human Capital when Labor Mobility is Restricted (Issue 2).  
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.202328>
- Baxter, W. T. (2014). Accounting theory. In *Accounting Theory* (Vol. 3).  
<https://doi.org/10.4324/9781315885490>
- Cañibano, L., Covarsí, M. G. A., & Paloma Sánchez, M. (1999). La relevancia de los intangibles para la valoración y la gestión de empresas: Revisión de la literatura. *Revista Espanola de Financiacion y Contabilidad*, 28(100), 17-88.
- Cañibano, L., García-Ayuso, M., & Sánchez, P. (2002). Directrices para la gestión y difusión de información sobre intangibles. In *Fundación Airtel Móvil*. (Ed.), *Informe de Capital Intelectual*.
- Cañibano, L., & Sánchez, P. (1997). La valoración de los Intangibles. *Estudios de Innovación vs Información Contable-Financiera*. In *AECA* (Ed.), *IX Congreso de AECA* (p. 20).
- Collis, J., Holt, A., & Hussey, R. (2021). Conceptual framework for financial reporting. In *FASB* (Ed.), *Business Accounting* (Issue 8, pp. 112-128). Macmillan Education UK. [https://doi.org/10.1007/978-1-137-00662-2\\_5](https://doi.org/10.1007/978-1-137-00662-2_5)
- Egginton, D. A. (1990). Towards Some Principles for Intangible Asset Accounting. *Accounting and Business Research*, 20(79), 193-205.  
<https://doi.org/10.1080/00014788.1990.9728877>
- Flower, J. (2000). The accountancy profession's approach to intangible assets: an analysis of IAS 38. In *C. de C. et d'industrie de Paris*. (Ed.), *Clasification of intangibles*.
- IFRS. (2020). Norma Internacional de Contabilidad 38: Activos intangibles. In *International Financial Reporting Standards (Red Book)* (Vol. 1, Issue c). [https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta\\_public/con\\_nor\\_co/no\\_oficializ/nor\\_inter-nac/ES\\_GVT\\_IAS38\\_2013.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/no_oficializ/nor_inter-nac/ES_GVT_IAS38_2013.pdf)
- Lev, B., & Zarowin, P. (1999). The Boundaries of Financial Reporting and How to Extend Them. *Journal of Accounting Research*, 37(2), 353-385.  
<https://doi.org/10.4324/9780429504341-2>
- Malvarez Pascual, L. A., & Martín Zamora, M. P. (2019). Régimen fiscal y contable de los derecho federativos en el ámbito del fútbol profesional.
- Mendoza, G., Somodevilla, J., & Pérez de Celis, C. (2023). Medicina personalizada y ciencia de datos . *Elementos*, 130, 65-70. <https://elementos.buap.mx/directus/storage/uploads/00000008409.pdf>

Moreno, J., & Serrano, F. (2005). Modelos de valoración de derechos sobre deportistas profesionales: revisión crítica de la literatura y propuestas de actuación. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 272, 157-196. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1319769>

Morrow, S. H. (1992). Putting people on the balance sheet: HRA applied to professional football clubs. *Royal Bank of Scotland Review*, 174(June), 10-19.

Napier, C., & Power, M. (1992). Professional Research, Lobbying and Intangibles: A Review Essay. *Accounting and Business Research*, 23(89), 85-95. <https://doi.org/10.1080/00014788.1992.9729864>

Nurk, S., Koren, S., Rhie, A., Rautiainen, M., Bzikadze, A. V., Mikheenko, A., Vollger, M. R., Altemose, N., Uralsky, L., Gershman, A., Aganezov, S., Hoyt, S. J., Diekhans, M., Logsdon, G. A., Alonge, M., Antonarakis, S. E., Borchers, M., Bouffard, G. G., Brooks, S. Y., ... Phillippy, A. M. (2022). The complete sequence of a human genome. *Science*, 376(6588), 44-53. <https://doi.org/10.1126/science.abj6987>

Ordoñez Solana, C. (2001). Reconocimiento contable de jugadores en empresas que participan en competición profesional [Universidad de Granada]. In Tesis Doctoral. [https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/58969/Ordóñez Solana Tesis doctoral.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/58969/Ordóñez%20Solana%20Tesis%20doctoral.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

Pérez Pérez, R. M. (2020). El “dataísmo” como fundamento de la publicidad digital personalizada. *Ciencia y Sociedad*, 45(4), 107-118. <https://doi.org/10.22206/cys.2020.v45i4.pp107-118>

Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol, 1 (2018). [http://www.rfef.es/sites/default/files/pdf/circulares/RG\\_1314.pdf](http://www.rfef.es/sites/default/files/pdf/circulares/RG_1314.pdf)

Serrano-Domínguez, F. (2002). Activos Intangibles Internamente Generados. Reconocimiento y Valoración del Capital Humano en Clubes Profesionales de Fútbol. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla.



# LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Gilberto Stürmer

Advogado e Parecerista

Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da PUCRS (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado)

Coordenador do Núcleo de Direito Público e Social da Escola de Direito da PUCRS

## INTRODUÇÃO

O Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho trata das convenções e acordos coletivos de trabalho. Dispõem sobre a matéria os artigos 611 a 625 do diploma consolidado.

A Constituição Federal reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI.

No Título X da Consolidação, estão dispostas as regras sobre o processo judiciário do trabalho e, no capítulo IV do referido título, a lei dispõe sobre os dissídios coletivos. A seção III, que abriga os artigos 868 a 871, trata da extensão das decisões, ou seja, da possibilidade que o Tribunal do Trabalho tem de estender normas coletivas vigentes em uma parte da categoria para outra, ou, ainda, de estender normas coletivas de uma mesma categoria, de uma base territorial para outra, na mesma jurisdição.

Outra fonte formal de direito a tratar dos dissídios coletivos era a Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho de nº 4, de 08 de junho de 1993 que, embora revogada, continua a dar substância ao procedimento. Da mesma forma, a Lei nº 8.984, de 08 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a “competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no

cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.” Não há previsão legal expressa no sentido de extensão de convenções ou acordos coletivos pelos Tribunais do Trabalho.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, alterando a redação do parágrafo 2º, do artigo 114 da Constituição Federal, mitigou mas não extinguiu o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Dispõe a nova redação do referido dispositivo:

#### Art.114

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Ora, se a Justiça do Trabalho decide conflito coletivo de natureza econômica, por certo está exercendo o Poder Normativo, ainda que mitigado pelo ajuizamento de “comum acordo”. Não se discute aqui a expressão. O fato é que os Tribunais do Trabalho estão convictos sobre a obrigatoriedade ou não do ajuizamento conjunto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O Tribunal Superior do Trabalho firmou precedente sobre condição para dissídio coletivo, ao decidir no DC 165049/2005-000-00-00.4, que a expressão “comum acordo” quer dizer petição conjunta e, portanto, seria uma condição *sui generis* da ação.

## CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

Os conflitos de trabalho têm um divisor de águas. É da natureza humana que, aqueles que dão a sua força de trabalho para outrem, busquem sempre melhores condições de trabalho e de salário.

Por outro lado, os que dispõem da atividade econômica visam lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busca melhores condições de trabalho e o empregador, dono do empreendimento busca lucro, há um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato<sup>2</sup>.

Este é o divisor de águas, já que os conflitos posteriores ao contrato têm natureza jurídica, ou seja, em regra discutem-se cláusulas desrespeitadas ou cuja interpretação é divergente.

Inserem-se nesse contexto, os conflitos de natureza econômica, já que, estabelecidos os parâmetros iniciais, a tendência é buscar sempre o melhor. Para o homenageado Sergio Pinto Martins “os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito.

Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> No caso da relação individual, o contrato de trabalho; no caso das relações coletivas, as normas coletivas (acordo, convenção, sentença normativa ou laudo arbitral).

<sup>3</sup> MARTINS, Sergio Pinto. DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: Atlas, 15ª edição, 2002, p. 709.



Amauri Mascaro Nascimento entende que o “conflito não é apenas um fenômeno de dimensões sociológicas. É também um fato jurídico, estruturado em conjunto com instrumentos criados pela cultura jurídica dos povos, incluído nos sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos.”<sup>4</sup>

Assim, sendo o conflito de trabalho e, especialmente, o conflito coletivo de trabalho, um fato social e jurídico, é certo que existe por insatisfação, mas também é certo que existe com o objetivo fundamental de busca da paz social, o que se dá através dos instrumentos de solução previstos no ordenamento jurídico.

## **FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO**

As formas de solução ou de composição dos conflitos coletivos de trabalho são basicamente três, com suas subdivisões. Martins fala em autodefesa, autocomposição e heterocomposição<sup>5</sup>.

Para melhor observância da técnica, inicia-se pela autocomposição, que é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes<sup>6</sup>. As fontes formais de Direito do Trabalho privilegiam a autocomposição<sup>7</sup>. É meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho, a negociação coletiva. O resultado da negociação pode ser a convenção coletiva de trabalho<sup>8</sup> ou o acordo coletivo de trabalho<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. COMPÊNDIO DE DIREITO SINDICAL. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000, p. 253.

<sup>5</sup> Idem, ibidem., p. 710.

<sup>6</sup> Idem, ibidem, p. 710.

<sup>7</sup> É o caso da Constituição Federal, nos artigos 7º, XXVI; 8º, III e VI; 114, § 2º; e da Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 611, 611, § 1º, e 616.

<sup>8</sup> Art. 611, da CLT.

<sup>9</sup> Art. 611, § 1º, da CLT.

A heterocomposição dos conflitos coletivos de trabalho, surge ante o insucesso da negociação e pressupõe a participação de uma fonte suprapartes, com a prerrogativa de imposição da solução do conflito, à qual as partes deverão se submeter.

São formas tradicionais de heterocomposição, a arbitragem<sup>10</sup> e a jurisdição<sup>11</sup>.

Cabe aqui registrar uma posição contrária à grande maioria da doutrina, que entende a mediação como forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho<sup>12</sup>.

É entendimento deste autor, que a mediação seria uma forma híbrida entre autocomposição e heterocomposição dos conflitos. Ocorre que há a participação de um terceiro (em regra a autoridade regional do Ministério do Trabalho), mas não há imposição obrigatória da solução apresentada pelo mediador, como ocorre na arbitragem e na jurisdição.

Por fim, a autodefesa, como forma em que as próprias partes procedem à defesa dos seus interesses<sup>13</sup>. É dividida em greve<sup>14</sup> e lockout<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 114, § 2º, da Constituição Federal e Lei nº 9.307/96.

<sup>11</sup> Art. 114, § 2º, da Constituição Federal, arts. 856 a 875, da CLT, IN/TST 04/1993.

<sup>12</sup> MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p.710.

<sup>13</sup> MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p. 710.

<sup>14</sup> Na forma do art. 2º, da Lei nº 7.783/89, “greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

<sup>15</sup> “Paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados” (art. 17 da Lei nº 7.783/89). O lockout é proibido no Brasil.

## AUTOCOMPOSIÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho são levadas a efeito por meios legais que buscam o chamado fim normativo<sup>16</sup>. Na autocomposição, o meio utilizado é a negociação coletiva. Para Amauri Mascaro Nascimento, a negociação coletiva é característica do *plurinormativismo* do Direito, já que o seu resultado (convenção coletiva de trabalho) tem força de lei entre as partes<sup>17</sup>.

Segundo a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, a Negociação Coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: 1-fixar as condições de trabalho e de emprego; 2-regular as relações entre empregadores e trabalhadores; 3-regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

É, pois, uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam as diferentes posições existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições<sup>18</sup>.

No Brasil, o procedimento da negociação coletiva segue os seguintes passos:

1. os sindicatos trabalhistas comunicam aos sindicatos patronais ou diretamente às empresas as suas reivindicações, iniciando-se um procedimento de negociação direta, sem interferência do Estado.

---

<sup>16</sup> As normas coletivas (acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas e laudos arbitrais são leis entre as partes).

<sup>17</sup> *Idem, ibidem.*, p.267.

<sup>18</sup> MARTINS, Sergio Pinto, *idem, ibidem*, p. 727.

A lei obriga às partes a manter o diálogo (art. 616) e o Poder Judiciário tem admitido a instauração de instância (ajuizamento de dissídio coletivo) somente com prova robusta de que houve negociação e que a mesma se esgotou;

2. havendo recusa à negociação, a Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego poderá convocar mesa redonda, iniciando-se, assim, a mediação do Delegado regional do Trabalho que, como em toda a mediação, não terá poderes decisórios, mas apenas apresentará propostas que as partes aceitarão ou não;

3. havendo iminência de greve, também poderá ser convocada mesa redonda pela Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego;

4. não havendo autocomposição (convenção ou acordo coletivo de trabalho), sem ou com mediação, a lei autoriza a greve, segundo procedimento e nas hipóteses previstas;

5. finalmente, não havendo autocomposição, o conflito buscará a solução através da heterocomposição, transferindo-se para os tribunais do trabalho, caso as partes não tenham preferido a arbitragem (art. 114 e parágrafos da Constituição Federal).

Ajuizado o dissídio coletivo, este será julgado pelos tribunais do trabalho (TRTs e TST) que, através de uma sentença normativa, decidirá o conflito, respeitadas, na decisão, as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

O poder judiciário age como poder legislativo, eis que fixa normas a serem observadas pelas partes conflituadas.

Consoante previsão constitucional, a negociação coletiva é requisito para a arbitragem e para a jurisdição<sup>19</sup>. Ademais, a própria CLT<sup>20</sup>, condiciona a instauração da instância à comprovação cabal e inequívoca da tentativa de negociação prévia. A negociação coletiva distingue-se da convenção e do acordo coletivo de trabalho, já que se trata de procedimento que visa superar divergência entre as partes, sendo o seu resultado, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho<sup>21</sup>.

## CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A Constituição Federal reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho<sup>22</sup>. Determina, ainda, a Constituição da República, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>23</sup>, e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”<sup>24</sup>

Como resultado das negociações coletivas de trabalho (formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho), o ordenamento jurídico abriga as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Segundo o artigo 611, da Consolidação das Leis do Trabalho, “convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias

---

<sup>19</sup> Art. 114, § 2º.

<sup>20</sup> Art. 856 e segs.

<sup>21</sup> Ver MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p. 727.

<sup>22</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

<sup>23</sup> Art. 8º, III.

<sup>24</sup> Art. 8º, VI.

econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.”

Com efeito, pelo menos dois sindicatos – de um lado o dos trabalhadores e de outro, o dos empregadores – colocam um fim no conflito através de um acordo (negociação) que estabelece regras aplicáveis às relações individuais de trabalho da respectiva categoria no âmbito de sua representação, obedecida a regra da unicidade sindical.

O caráter é normativo porque a convenção coletiva é lei entre as partes. Por se tratar de um contrato, há também o caráter obrigacional das cláusulas e condições que estipulam regras entre os sindicatos convenientes. O parágrafo primeiro, do artigo 611 da CLT, dispõe que “é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.”

Assim, em menor escala, o sindicato dos trabalhadores poderá negociar com uma ou mais empresas, para estipular regras aplicáveis às relações de trabalho naquelas empresas.

Apesar de posições em contrário, entende-se que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o artigo 7º, inciso XXVI da Lei Maior reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, quando o artigo 8º, inciso VI, determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, é certo estar se referindo ao sindicato dos trabalhadores (categoria profissional).

O artigo 616, da CLT, determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados,

não podem recusar-se à negociação coletiva, que visa a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

Registre-se, ainda, que nos termos do artigo 620, da CLT, as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. Isto porque, sendo especial, em regra o acordo prevalece sobre a convenção (redação dada pela Lei nº 13.467/2017).

## **LIBERDADE SINDICAL**

O sistema sindical brasileiro nasceu, cresceu e floresceu sob os nefastos mantos do corporativismo e do intervencionismo. Embora signatário da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde a sua criação em 1919, o Brasil não recepcionou a principal Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948 e que dispõe sobre liberdade sindical. Foi somente com a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que alguma luz de liberdade sindical surgiu no horizonte.

O artigo 8º da Carta dispõe que é livre a associação profissional ou sindical e determina que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical<sup>25</sup>. Ocorre que o sindicalismo nacional ainda sofre com o intervencionismo e com a ausência de liberdade plena. Os traços marcantes são os seguintes:

Unicidade sindical: segundo o artigo 8º, II, da Constituição Federal, “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de

---

<sup>25</sup> Art. 8º, caput e inciso I.

um município”. A alternativa, através de emenda constitucional, seria o pluralismo ou até a unidade sindical, onde os sindicatos se unem sem imposição estatal.

Enquadramento sindical por categoria: segundo o artigo 570 e seguintes da CLT, o enquadramento sindical no Brasil se dá por categoria idêntica, similar ou conexas<sup>26</sup>, o que quer dizer que um trabalhador ou um empregador que exercem determinada atividade (por exemplo, ramo metalúrgico), não podem ser representado por outro sindicato que, por ventura, lhes seja mais representativo<sup>27</sup>. Alteração legislativa, em conjunto com as modificações constitucionais acima citadas, resolveria a questão.

Contribuição sindical compulsória: prevista nos artigos 578 e seguintes da CLT, existe desde 1940 e ferida de morte o princípio da liberdade sindical e também a regra constitucional que diz que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato<sup>28</sup>. Referida contribuição passou a ser facultativa após a edição da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista). O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade da alteração referente à contribuição sindical, considerou-a constitucional (ADI 5.794/2018). Tal circunstância, além de ser contrária à liberdade, fazia com que se mantenassem sindicatos que não são representativos, quando não verdadeiros fantasmas. A modificação depende de alteração na lei,

---

<sup>26</sup> Nos termos do parágrafo único, do artigo 570, da CLT, “quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do quadro de atividades ou profissões.”

<sup>27</sup> Por tal circunstância entende-se que, salvo exceções, o Capítulo II, do Título V, da CLT, que trata do enquadramento sindical e abrange os artigos 570 a 577, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

<sup>28</sup> Art. 8º, V, da Constituição Federal.



mas, mais do que isso, depende da superação do lobismo, do conservadorismo, do corporativismo e do intervencionismo que emperam o sindicalismo no Brasil.

Efetivo exercício do direito de greve: a Constituição Federal prevê o direito nos artigos 9º (trabalhadores privados) e 37, VII (servidores públicos). Os servidores públicos ainda não têm legislação que regulamente o direito. Os trabalhadores privados têm o seu direito de greve regulado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, mas a liberdade ao exercício do direito ainda é muito reprimida. O que não se pode olvidar é que, mais do que um fato jurídico, a greve é um fato social.

Entende-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu uma oportunidade jurídica impar para o advento da liberdade sindical no Brasil. O novo parágrafo 3º, do artigo 5º, dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>29</sup>.

É indiscutível que a Convenção 87 da OIT, que trata de liberdade sindical é, de fato, um tratado sobre direitos humanos. Havendo vontade política para superar a questão formal, o *status* de emenda constitucional abriria as portas para o pluralismo sindical, o fim do enquadramento, da contribuição compulsória e do poder normativo.

---

<sup>29</sup> Ver STÜRMER, Gilberto. A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

Para finalizar, este autor propõe um conceito de liberdade sindical, onde efetivamente não há lugar para a unicidade sindical, o enquadramento sindical, a contribuição compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho<sup>30</sup>:

direito de trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (executivo, legislativo ou judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.

Não há dúvida, portanto, que a constante busca pela efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente nos seus artigos 7º e 8º, passa no Brasil, necessária e obrigatoriamente pela implantação da liberdade sindical.

## **CONCLUSÃO**

Os conflitos coletivos de trabalho têm origem sociológica antes de jurídica.

O sistema legal brasileiro privilegia a negociação coletiva de trabalho como meio de solução dos conflitos e as convenções e acordos coletivos de trabalho como resultado da autocomposição.

---

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, p. 60-61.

Tal privilégio está expresso na Constituição Federal, artigos 7º, XXVI, 8º, III, 8º VI, e 114, § 2º, e na Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 611, 611, § 1º, 616 e parágrafos.

As formas heterocompositivas (arbitragem e jurisdição) e autodefensivas (greve e lockout) de solução dos conflitos de trabalho são utilizadas somente ante o insucesso da negociação. Entende-se, ainda, que a mediação é uma forma híbrida de solução dos conflitos de trabalho, já que a fonte suprapartes não impõe a sua decisão, mas apenas busca solucionar o conflito.

Para melhor aproveitamento da negociação coletiva no sistema brasileiro, deve ser implantada a liberdade sindical plena, recepcionando a Convenção 87 da OIT, e estabelecendo o pluralismo sindical, o enquadramento sindical livre, o fim da contribuição sindical compulsória, a abertura ao direito constitucional de greve e a efetiva extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A adoção da Convenção 87 da OIT, que é um tratado internacional de direitos humanos, deveria se dar através do instrumento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda nº 45/2004. Nesse contexto, certamente seria aberto um caminho de implantação efetiva dos direitos sociais preconizados pela Carta.

## REFERÊNCIAS

- AVILÉS, Antonio Ojeda. Compendio de Derecho Sindical. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Marina Labate. Sindicatos - Sindicalismo. São Paulo: LTr, 1994.
- CHIARELLI, Carlos Alberto. O Trabalho e o Sindicato - Evolução e Desafios. São Paulo: LTr, 2005.
- GUERRERO, Euquerio. Manual de Derecho Del Trabajo. México: Porrúa, 13ª edição, 1983.
- LAIMER, Adriano Guedes. O Novo Papel dos Sindicatos. São Paulo: LTr, 2003.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. *Direito Coletivo do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho - Volume III*. São Paulo: LTr, 1984.

MANGLANO, Carlos Molero. *Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Contribuição Confederativa*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Contribuições Sindicais*. São Paulo: Atlas 4ª edição, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2004.

\_\_\_\_\_. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 8ª edição, 2000.

\_\_\_\_\_. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 5ª edición, 1994.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *A Universalidade do Princípio da Liberdade Sindical*. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 139-156, 1998.

\_\_\_\_\_. e STÜRMER, Gilberto. *As Concepções do Direito de Ronald Dworkin e a Liberdade Sindical no Brasil*. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 11/04, p. 1338-1342, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - Temas em Aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VIANNA. Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3ª edição, 1978.



# BENEFICIOS DE LA SALUD DIGITAL

Guadalupe Medina Casado  
Profesora MS  
Economista y Abogada  
Doctoranda en Derecho en la Universidad de Sevilla  
Directora General de la Escuela de Práctica Jurídica de Sevilla  
CEFOEC

*“La información es un bien público y, en tanto bien público, necesita apoyo público”*

*Joseph E. Stiglitz*

## **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. PORCENTAJE DE PERSONAS QUE UTILIZAN LAS APPS DE SALUD DIGITAL EN NUESTRO PAÍS**

Una encuesta realizada en octubre de 2020 por la consultora multinacional *Accenture*<sup>1</sup> demostró el excepcional interés por la sanidad digital en España.

En efecto, casi la mitad de los españoles encuestados utilizaban ya alguna *app* para gestionar algún aspecto relacionado con su salud. Dietas para pérdida de peso, número de pasos al día, citas médicas, constantes vitales, entre muchas.

Interés que ha ido en aumento con las distintas olas de la pandemia y, según datos extraídos del citado informe, para el 63% de los españoles encuestados sus “médicos de confianza” son los profesionales más indicados y en los que confían como proveedores de la

---

<sup>1</sup> [https://www.accenture.com/\\_acnmedia/PDF-136/Accenture-1680-Consumer-Survey.pdf#zoom=40](https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-136/Accenture-1680-Consumer-Survey.pdf#zoom=40)

salud digital (*e-health*, en inglés). El 85% de los ejecutivos de la sanidad admiten que la tecnología es una parte difícil de desligar de la experiencia humana.

En consecuencia, estamos ante una explosión de la sanidad virtual favorecida por el uso de aplicaciones para móviles y *tablets* que alcanza máximos históricos y en los que los sanitarios, haciendo uso de las consultas virtuales, contribuyen de manera fundamental a que cada vez más pacientes utilicen la sanidad digital, así como el resto de herramientas digitales (Altés, 2013).

El objeto de este trabajo es plantear algunos de los beneficios y tendencias tecnológicas en salud digital a raíz del Informe *Digital Health Technology Vision de Accenture 2021*<sup>2</sup> y reflexionar sobre la necesidad de ofrecer una sanidad digital accesible y digna para todos los usuarios, eficaz y con garantías de seguridad. En una realidad en la que el volumen de datos e informaciones es muy elevado y que se mueven a gran velocidad.

Señala Sánchez Bravo (2021) “el mensaje correcto, en el momento correcto, a través del mensajero correcto, y a través del medio correcto puede salvar vidas; y, por consiguiente, la desinformación por los mensajes incorrectos puede costar vidas”, como ya ocurrió con la *Desinfodemia*<sup>3</sup> (UNESCO, 2020) que acompañó a la pandemia.

Veamos a continuación cuáles son estas tendencias y como afirma Lafferriere (2018) se trata de una temática sin un tratamiento concreto y en la que confluyen el Código Sanitario<sup>4</sup>, los derechos bá-

---

<sup>2</sup> [https://www.accenture.com/\\_acnmedia/PDF-159/Accenture-Digital-Health-Tech-vision-2021-ESP.pdf#zoom=40](https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-159/Accenture-Digital-Health-Tech-vision-2021-ESP.pdf#zoom=40)

<sup>3</sup> <https://unesdoc.unesco.org/search/07f10d97-582b-4109-918a-2397f4b6d313>

<sup>4</sup> <https://www.boe.es/biblioteca.juridica/codigos/codigo.php?id=84&modo=2&nota=0>

sicos de los pacientes y derechos tan fundamentales como la Protección de Datos (desarrollado a partir del artículo 18.4 de la Constitución<sup>5</sup>), el Derecho a la vida y a la integridad física y personal.

## **BENEFICIOS Y TENDENCIAS EN LA SALUD DIGITAL**

La primera de estas tendencias fue provocada a raíz de la pandemia Covid-19 gracias a la cual, médicos y pacientes están cada vez más habituados a relacionarse a distancia. Llamadas telefónicas, videos u otros sistemas y *apps*, entre otras.

La encuesta a la que hacíamos referencia al inicio del artículo, extrae el siguiente dato: el 70% de los consumidores de sanidad se muestra preocupado por los siguientes temas: “la privacidad de sus datos, el seguimiento comercial asociado a sus actividades *on line*,

---

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 15 de abril de 2002 (RJ 2002/4689), en su Fundamento de Derecho Cinco señala: “A partir del artículo 18.4 de la Constitución Española queda incorporado a nuestro Ordenamiento un nuevo derecho fundamental (de «libertad informática»), lo denomina el Tribunal Constitucional en sus sentencias 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254), 94/1998, de 4 de mayo (RTC 1998/94), 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999/202), y 292/2000, de 30 de noviembre), en el que el bien jurídico garantizado es el de la libertad o autodeterminación informativa, que consiste en el control que corresponde a la persona sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, dignidad y libertad»; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección 2ª, de 29 de abril de 2004 (RJCA 2004/749), que señala en su Fundamento de Derecho Cuarto: “la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplio como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987/170, F.4), como el derecho al honor, citado expresamente en el artículo 18.4, e igualmente, en expresión bien amplia del propio artículo 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona (Berrocal, 2011).



sus hábitos, su ubicación y sus intereses”. Comentario que nos plantea el dilema que desarrollamos a continuación.

Como afirman los doctores en medicina Cabezón y Morilla (2021) el retorno social en beneficios para la salud, materializado en mejoras en el diagnóstico, prevención y tratamiento a los pacientes – para los casos en los que ese retorno sea económico–garantizaría el derecho a la salud de personas a nivel global que, al carecer de medios económicos, la alternativa sería no hacer uso de ellos; así como el acceso a tratamientos muy costosos.

En efecto, destacamos los estudios “Retorno Social de la Inversión de un abordaje ideal de la psoriasis”, en colaboración con la asociación de pacientes Acción Psoriasis y desarrollado por el Instituto Max Weber que cuenta con el aval de la Grupo Español de Psoriasis de la Academia Española de Dermatología y Venereología (AEDV), que, para planificar la inversión óptima de los recursos humanos y materiales empleados, mide su impacto en términos de resultados clínicos, asistenciales, económicos y sociales.

Mencionamos además el estudio “Valor social de un abordaje ideal de la insuficiencia cardíaca”, junto al Instituto Max Weber y en colaboración con la asociación de pacientes Cardioalianza. Trabajo de análisis en el que se investigan propuestas de mejora en el manejo de la insuficiencia cardíaca (IC) en el Sistema Nacional de Salud, disponible en Novartis<sup>6</sup> y del que se extraen las siguientes conclusiones: "a través de este modelo óptimo de gestión se obtendría un retorno social de 3,52 euros por cada euro invertido en el primer año de su implantación"..."se trata de proyectos multidisciplinares llevados a cabo con la colaboración de expertos en psoriasis e insuficiencia cardíaca, respectivamente, que han servido para evaluar el impacto tanto en la calidad de vida de los pacientes como

---

<sup>6</sup> [https://www.novartis.com/es-es/?utm\\_source=diariofarma&utm\\_medium=web&utm\\_campaign=smartlink](https://www.novartis.com/es-es/?utm_source=diariofarma&utm_medium=web&utm_campaign=smartlink)

en los procesos asistenciales y en la gestión de los recursos sanitarios, permitiendo detectar necesidades no cubiertas y plantear un modelo ideal de abordaje de los pacientes".

En ambos estudios ha quedado demostrado, de forma analítica, que el coste invertido en una investigación o tratamiento revierte como beneficios directos e indirectos y en beneficios intangibles sobre la persona porque esta mejora en su bienestar y en su calidad de vida. En consecuencia, la mejora asistencial en los pacientes se traslada directamente a su estado de salud y doblemente a una mejora de su bienestar social.

En términos cuantitativos para conocer con exactitud el impacto de las nuevas intervenciones quedó demostrado que por cada euro invertido en esta patología podría tener un retorno de 5,04 euros teniendo en cuenta el análisis del diagnóstico, su tratamiento y posterior seguimiento de la enfermedad en el paciente.

Para el caso de la insuficiencia cardíaca, se analizaron más de 140 ideas, de entre las que se seleccionaron 28 propuestas con efectos beneficiosos para los pacientes y sus cuidadores, los sanitarios y el Sistema Nacional de Salud.

En efecto, ha quedado demostrado que, como afirma Parra (2016), junto a todos estos beneficios sociales y sanitarios, el aporte de los datos de la salud de los pacientes a la investigación tiene un beneficio directo.

En este sentido, la declaración de la UNESCO en su Informe del Comité Internacional de Bioética sobre Big Data y la salud<sup>7</sup> del año 2017, apoya y alienta a los Organismos Internacionales a elaborar

---

<sup>7</sup> <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724/PDF/248724eng.pdf.multi>

marcos éticos para la privacidad y protección de los datos. Facilitando de esta forma el libre acceso y el libre uso de los grandes datos para el bien común.

La Unesco en su informe de 2015 emitió la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de la que destacamos los siguientes principios:

- Beneficios y efectos nocivos (artículo 4)

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.

- Autonomía y responsabilidad individual (artículo 5)

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

- Consentimiento (artículo 6)

1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

- Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento (artículo 7)

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación;

b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo y una coerción mínimos y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

- Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal (artículo 8)

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

- Privacidad y confidencialidad (artículo 9)

La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

- Solidaridad y cooperación (artículo 13)

Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto.

- Aprovechamiento compartido de los beneficios (artículo 15)

Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo”.

La sociedad debe ser consciente y colaborar en un cambio de hábitos, de costumbres, de actividades y de vida en general. Estamos ante la Cuarta Revolución Industrial, que pasa por la instauración de organismos de ordenación y regulación globales imprescindibles que garanticen un abastecimiento mínimo en procesos productivos sanitarios básicos, ahora deslocalizados por la expansión de la globalización.

La salud, como bien escaso que es, como ha quedado demostrado tras la reciente pandemia, es un bien que hay que proteger; mediante la eficacia económica, organizando de manera óptima los recursos, e inteligencia artificial, utilizando todos los medios disponibles públicos y privados.

Como afirmaba Joseph Schumpeter “el sistema capitalista necesita choques tecnológicos para provocar cambios”. De la mano de los emprendedores, que son el motor de las economías, que actúan intuitivamente, en situación de incertidumbre y que ponen en práctica nuevas posibilidades.

Señalaba Keynes, que los individuos dedican su renta a dos finalidades al consumo y al ahorro: si disminuyen el consumo aumenta el ahorro y viceversa. En cambio, solo el empresario, además, invierte.

Cuando los Estados reciben un golpe de este tipo, como el que hemos padecido, se pone a prueba su capacidad humana y su respuesta social. Pero también es importante la capacidad económica, la carga que recae en estos momentos sobre las arcas públicas y la capacidad de endeudamiento marcará la recuperación y su duración.

Representamos a continuación, un informe del seguimiento mundial de la salud emitido por el Banco Mundial, que pone de relieve la inversión mundial en salud.

En la misma línea y parafraseando al Premio Nobel de Economía Joseph E. Stiglitz (UNESCO, 2021<sup>8</sup>) “el vínculo entre información y bien público es una de las ideas más importantes de la economía moderna y, en tanto bien público, necesita apoyo público. Stiglitz sostiene que la buena información es necesaria para el funcionamiento de un Estado democrático fuerte y que en las democracias sabemos lo que hay que hacer y tenemos la capacidad de hacerlo: necesitamos fortalecer los medios de comunicación libres y diversos con apoyo público”.

Asimismo, “El acceso a la información es un pilar indispensable que permite el libre flujo de información y promueve la promoción y protección de los Derechos Humanos. En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el acceso a la información producida por organismos públicos ha sido reconocido como un mecanismo necesario para facilitar la participación pública en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el que la UNESCO tiene la tarea de supervisar e informar respecto de la aplicación de las políticas de acceso a la información a nivel mundial bajo el Objetivo 16” (UNESCO, 2021).

Llegados a este punto, en este marco ético y jurídico, podemos plantear cuestiones como la privacidad y la confidencialidad de los

---

<sup>8</sup> [https://en.unesco.org/sites/default/files/wpfd\\_2021\\_concept\\_note\\_es.pdf](https://en.unesco.org/sites/default/files/wpfd_2021_concept_note_es.pdf)

datos con los que informamos, así como el consentimiento de estos datos, que confluyen en la seudonimización y que exponemos en las siguientes líneas.

La seudonimización está recogida en el Reglamento Europeo de Protección de Datos en su considerando 26 como información que, sin incluir los datos denominativos de un sujeto afectado, permiten a través de la asociación con información adicional determinar quién es el individuo que está detrás de los datos seudonimizados.

Por tanto, al individuo se le asigna un seudónimo y de esta forma se separa el contenido de los datos de la identidad del individuo para de esta forma garantizar y proteger su privacidad y que no se pueda llegar a él a través de sus datos o incluso predecir enfermedades o dolencias futuras del individuo si se llega a conocer su *adn*.

Señala Laferrie (2018) que los datos se pueden transferir a terceros para fines de investigación si se han eliminado los datos que permitan identificar al paciente, esto es previa “anonimización”, pero estos datos anonimizados no están bajo el ámbito de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (Considerando 26<sup>9</sup>).

En consecuencia, como afirma Montalbo (2019), hemos de avanzar un paso más y llegar a la seudonimización “lo relevante no es que el individuo haya otorgado su consentimiento previo para el nuevo fin al que pretenden destinarse los datos o que el dato esté estrictamente anonimizado, como que el origen de los datos sea legítimo, que su uso secundario revista un interés muy relevante para la salud de la colectividad y se implementen garantías suficientes que impidan que terceros no legitimados puedan acceder a través del dato a la identidad del individuo”.

---

<sup>9</sup> <https://gdpr-text.com/es/read/recital-26/#art>



El segundo de nuestros planteamientos es la colaboración entre los pacientes y la Inteligencia Artificial (IA). Que conforma un agente transformador y necesario como ha quedado demostrado estos últimos años.

En efecto, la incidencia que ha tenido una pandemia de las características del COVID-19, con los datos que se conocen, podría haber sido mucho menor de haber tomado antes medidas valientes y comprometidas, medidas acordes a un enemigo invisible que provoca una implacable enfermedad a quien se contagia. De hecho, el informe oficial del Ministerio de Sanidad de 4 de abril de 2020, ya afirmaba que se conocía la existencia de este virus desde diciembre de 2019. Según admitió Ursula von der Leyen “los dirigentes políticos subestimaron la magnitud del peligro que representa la epidemia del coronavirus”<sup>10</sup>.

Merece, sin lugar a dudas, una primera y fundamental reflexión hacia el futuro el hecho de no tomar a la ligera una cuestión sanitaria de esta índole y aprovechar la oportunidad que nos brinda la tecnología, la inteligencia artificial y la investigación mediante las plataformas colaborativas. Utilizan gran cantidad de datos sobre las personas -megadatos, mínimo anonimizados como acabamos de demostrar- para obtener algoritmos y modelos predictivos cada vez más exactos y poder adivinar las crisis sanitarias futuras.

Afirma Elsevier (2018<sup>11</sup>) que el paciente es la “palanca principal hacia la transformación digital en salud, muy implicado en la gestión de su salud, que ha dejado de ser un sujeto pasivo en lo que a prevención y manejo de enfermedades se refiere y que, por tanto, es cada vez más exigente respecto a la atención que recibe tanto de su médico como de los servicios y entidades sanitarias”.

---

<sup>10</sup> <https://theobjective.com/la-comision-europea-admite-que-se-subestimo-la-cri-sis-del-coronavirus/>

<sup>11</sup> <https://www.elsevier.com/es-es/connect/ehealth/paciente-empoderado-transformacion-digital-en-salud>

En el informe publicado conjuntamente por la Sociedad Española de Informática de la Salud (SEIS), la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Comunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y la Federación de Empresas de Tecnologías Sanitarias (FENIN) bajo el título “Hacia la transformación digital del sector de la salud en España<sup>12</sup>”, concluye que:

“Los sistemas de salud en el mundo se enfrentan a una considerable presión para incrementar el valor añadido en la prestación de servicios de salud y mejorar la atención que reciben los ciudadanos. Si tenemos en cuenta el incremento de la cronicidad, el envejecimiento de la población, el cambio de rol de los pacientes en la gestión de su salud, el acceso a las redes sociales y la tecnología móvil, estos factores obligan más que nunca a un renovado impulso en la transformación del Sistema Nacional de Salud, acometiendo decididamente su transformación digital, definiendo las metas que como sistema de salud se plantea y aportando en esa transformación el necesario liderazgo y respaldo político e institucional.

A diferencia de otros Sistemas de Salud europeos, nuestro país adolece de un documento estratégico con peso específico, bien definido, en el que se conste la decidida voluntad política de acometer el reto de extender el uso de las TIC's en el sistema de salud y los cambios organizativos, de procesos y humanos necesarios que esto conlleva. Es por tanto necesario un renovado impulso y liderazgo en la transformación digital de las organizaciones de salud para lograr mejores y más eficientes servicios”

y propone un decálogo de medidas entre las que destacan:

---

<sup>12</sup> <https://seis.es/wp-content/uploads/2018/02/la-transformacion-digital-del-sector-salud-en-espa%C3%91a.pdf>

Medida 1. Definición de una estrategia de salud digital liderada por el ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad.

Medida 2. Creación del sistema de gobernanza necesario para la transformación hacia la salud digital.

Medida 3. Orientar el sistema de salud hacia la cronicidad e impulsar el modelo de continuidad asistencial.

Medida 4. Hacer efectivo el derecho del paciente al acceso a los servicios de salud y a su información por medios digitales.

Medida 5. Adoptar las medidas necesarias que promuevan la explotación de la información del sistema de salud con fines de mejora de la calidad, eficiencia, planificación, salud pública, investigación, desarrollo e innovación.

Medida 6. Dotar fondos específicos para el desarrollo de la estrategia de salud digital con un horizonte temporal definido.

Medida 7. Incorporar las nuevas tecnologías a los procesos asistenciales.

Medida 8. Asegurar que los procedimientos de contratación pública contemplen las nuevas arquitecturas e infraestructuras tic y los nuevos servicios asistenciales basados en la salud digital.

Medida 9. Formación de gestores y profesionales clínicos.

Medida 10. Dotar de mayor transparencia al sistema de salud y medir el impacto y evolución de la salud digital.

En consecuencia, en la actualidad la tecnología supone un conjunto de posibilidades en continua transformación y evolución que afecta a nuestra forma de vida y a nuestra calidad de vida.

Pero en todo este universo de tendencias tecnológicas no podemos perder de vista lo más importante: las personas y el protagonismo que se nos ofrece en el futuro.

Para ilustrarlo mostraremos a modo de ejemplo un texto extraído de la revista *Accenture Digital Health Technology Vision 2022*<sup>13</sup>, que ofrece una visión del futuro en sanidad y que es siguiente:

“Mientras estudia a sus pacientes en el hospital un médico se da cuenta de que una mujer está tardando mucho en recuperarse de una sencilla operación por laparoscopia. Preocupado, el médico acude al metaverso para retroceder en el tiempo y ver cómo fue la cirugía abdominal anterior de la paciente. Se baja el video de la operación para mostrárselo a la paciente y juntos ven que en la zona con problemas hay tejido cicatrizado de esa cirugía previa. Una semana después de la descarga, la paciente envía su historia médica a un fisioterapeuta que le muestra los ejercicios que tiene que hacer en un entorno inmersivo que simula una playa tropical. Al terminar la sesión, el fisioterapeuta da un salto en el tiempo para mostrar a la paciente cómo se moverá dentro de esas seis semanas”

La situación actual en nuestro país la encontramos en la Agenda 2030 cuyo objetivo fundamental es conseguir el progreso y apoyado en tres soportes: económico, social y ambiental.

En España según los datos publicados por el INE sobre la proyección de la población 2022-2072:

“España ganaría más de cuatro millones de habitantes en los 15 próximos años y más de cinco millones hasta 2072 si se

---

<sup>13</sup> [https://www.accenture.com/es-es/insights/technology/technology-trends-2022?c=acn\\_glb\\_technologyvisiogoogole\\_12881399&n=psgs\\_0322&gclid=EA1aIQob-ChMItoW44lW9-gIVqpBoCR1H9AuIEAAAYASAAEgJGWPD\\_BwE](https://www.accenture.com/es-es/insights/technology/technology-trends-2022?c=acn_glb_technologyvisiogoogole_12881399&n=psgs_0322&gclid=EA1aIQob-ChMItoW44lW9-gIVqpBoCR1H9AuIEAAAYASAAEgJGWPD_BwE)

mantuvieran las tendencias demográficas actuales. La población de 65 y más años supondría el 26,0% del total en el año 2037”

De los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) establecidos por la ONU, el tercero de ellos hace referencia a la salud y bienestar (ODS 3): “Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades”.

Para alcanzarlo, en España<sup>14</sup> tiene a su disposición un conjunto de medidas que son el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, propuesto por la Comisión Europea en mayo de 2020.

El Plan se estructura en 4 ejes que se concretan en 10 políticas palanca en las que se engloban un total de 30 Componentes.

De esos 30 componentes, el número 18 hace referencia a la “renovación y ampliación de las capacidades del Sistema Nacional de Salud”, que se traduce en los siguientes retos: reformas e inversiones.

Reformas:

- R1. Fortalecimiento de la Atención Primaria y Comunitaria.
- R2. Reforma del sistema de salud pública.
- R3. Consolidación de la cohesión, la equidad y la universalidad.
- R4. Refuerzo de las capacidades profesionales y reducción de la temporalidad.
- R5. Reforma de la regulación de medicamentos y productos sanitarios

---

<sup>14</sup> <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-18-renovacion-y-ampliacion-de-las-capacidades-del-sistema>

Inversiones:

- 11. Plan de inversión en equipos de alta tecnología en el Sistema Nacional de Salud.
- 12. Acciones para reforzar la prevención y promoción de la Salud.
- 13. Aumento de capacidades de respuesta ante crisis sanitarias.
- 14. Formación de profesionales sanitarios y recursos para compartir conocimiento.
- 15. El Plan para la Racionalización del consumo de productos farmacéuticos y fomento de la sostenibilidad
- 16. Data Lake sanitario.

Fondos europeos en fase de ejecución, que se apoyan en los ámbitos social, ambiental y tecnológico ya en práctica por parte de las administraciones mediante ayudas no reembolsables y préstamos con condiciones ventajosas hasta el año 2026.

Son los famosos fondos *Next Generation* mediante los que se impulsa de manera relevante el crecimiento de la aplicación de la digitalización y en ese contexto, también el metaverso.

Es la vacuna de los Fondos Europeos y supone (Rodríguez, 2021) una “oportunidad de oro para crear una sanidad integrada”. Dato muy esperanzador para el año 2023 con una inversión en sanidad sin precedentes.

Gasto público altamente productivo en la medida en que contribuye al crecimiento económico (Rivera y Currais, 2005) y al bienestar social apoyado en la tecnología como señalábamos al inicio de la exposición.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS, J. “Papel de las tecnologías de la información y la comunicación en la medicina actual”. Seminarios de la Fundación Española de Reumatología, 14(2). Año 2013. 31-35.
- BERROCAL LANZAROT, AI. La protección de datos relativos a la salud y la historia clínica en la normativa española y europea. Revista de la Escuela de Medicina Legal. Año 2011.  
[http://dx.doi.org/10.5209/rev\\_REML.2011.v18.38172](http://dx.doi.org/10.5209/rev_REML.2011.v18.38172).
- CABEZÓN RUIZ S, MORILLA ROMERO DE LA OSA R. Big Data en salud: Un nuevo paradigma para regular, un desafío para la justicia social. Revista Española Salud Pública. Año 2021; 95: 7 de octubre e202110150.
- DE MONTALVO JJäskeläinen, F. Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales sobre el uso secundario de los datos de salud en el marco del Big Data. Revista De Derecho Político, 1(106), 43-75. Año 2019. <https://doi.org/10.5944/rdp.106.2019.26147>
- LAFERRIERE, J. N. Big Data y salud: algunas cuestiones ético-jurídicas emergentes. Thomson Reuters. Año 2018.
- PARRA CALDERÓN, C L. Big data en sanidad en España: la oportunidad de una estrategia nacional. Gaceta Sanitaria. Vol. 30. Núm. 1, 63-65 (enero - febrero 2016). <https://www.gacetasanitaria.org/es-big-data-sanidad-espana-oportunidad-articulo-SO213911115002095>
- RIVERA, B y CURRAIS, L. Presupuesto y Gasto Público 39/2005. 103-120. Secretaría General de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales. Año 2004.
- RODRÍGUEZ VADILLO, L. Pricewaterhouse Coopers Asesores de Negocios, S.L. Año 2021.
- SÁNCHEZ BRAVO, A. Sensibilidad, Sociología y Derecho. Alma Mater. Año 2021.
- UNESCO. Desinfodemia: descifrando la desinformación sobre el COVID-19. Documento de programa. Año 2020.  
<https://unesdoc.unesco.org/search/07f10d97-582b-4109-918a-2397f4b6d313>.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- Ley 41/2002 (Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica). Esta normativa es desarrollada por cada comunidad autónoma.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Webgrafía

[https://www.accenture.com/\\_acnmedia/PDF-136/Accenture-1680-Consumer-Survey.pdf#zoom=40](https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-136/Accenture-1680-Consumer-Survey.pdf#zoom=40)

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724/PDF/248724eng.pdf.multi>

[https://en.unesco.org/sites/default/files/wpfd\\_2021\\_concept\\_note\\_es.pdf](https://en.unesco.org/sites/default/files/wpfd_2021_concept_note_es.pdf)

<https://theobjective.com/la-comision-europea-admite-que-se-subestimo-la-crisis-del-coronavirus/>

[https://www.accenture.com/es-es/insights/technology/technology-trends-2022?c=acn\\_glb\\_technologyvisiogo-](https://www.accenture.com/es-es/insights/technology/technology-trends-2022?c=acn_glb_technologyvisiogo-)

[ogle\\_12881399&n=psgs\\_0322&gclid=EAlaIQobChMItoW44lW9-gIVqp-BoCR1H9AulEAAAYASAAEgJGWPD\\_BwE](https://www.accenture.com/es-es/insights/technology/technology-trends-2022?c=acn_glb_technologyvisiogo-ogle_12881399&n=psgs_0322&gclid=EAlaIQobChMItoW44lW9-gIVqp-BoCR1H9AulEAAAYASAAEgJGWPD_BwE)

<https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-18-renovacion-y-ampliacion-de-las-capacidades-del-sistema>

<https://unesdoc.unesco.org/search/07f10d97-582b-4109-918a-2397f4b6d313>

<https://seis.es/wp-content/uploads/2018/02/la-transformacion-digital-del-sector-salud-en-espa%c3%91a.pdf>

<https://www.elsevier.com/es-es/connect/ehealth/paciente-em-poderado-transformacion-digital-en-salud>

<https://theobjective.com/la-comision-europea-admite-que-se-subestimo-la-crisis-del-coronavirus/>

<https://www.pwc.es/es/fondos-europeos-next-generation/analisis-pwc-fondos-europeos/opportunidad-oro-sanidad-integrada.html>





# NFTS E SUA APLICAÇÃO AO MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO

Izadora Gabriele dos Santos Oliveira

Advogada e Pesquisadora. Mestranda em Desenvolvimento Sustentável e Gênero: justiça, ecologia e saúde na Paris 1 Panthéon-Sorbonne. MBA em Direito da Mineração, Ambiental e ESG pelo Instituto Minere (em andamento). Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados. Pós-graduada em Direito Ambiental. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

## INTRODUÇÃO

Observa-se, inquestionavelmente, um incremento notável na propensão mundial das emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) desde o alvorecer do século XXI, em contraste com o lapso temporal das três décadas progressas. Tal fenômeno se deve, em grande parte, à intensificação das emissões de dióxido de carbono oriundas das economias emergentes.

Neste contexto, verifica-se um acréscimo substancial nas concentrações atmosféricas dos gases mencionados, o que provoca a exacerbação do efeito estufa natural, com iniciativas negativas para a existência humana e demais seres vivos no planeta Terra.

A despeito dos múltiplos acordos internacionais voltados à mitigação das alterações climáticas, as emissões de dióxido de carbono, principal causador do aquecimento global, prosseguem em trajetória ascendente no panorama mundial.

No alvorecer do século XXI, vivenciamos uma crescente e intensa conscientização global quanto à emergência climática e seus efeitos calamitosos sobre o meio ambiente, a economia e a sociedade

em geral. O aumento das temperaturas médias globais, a amplificação de eventos extremos, tais como inundações e secas, e a perda da biodiversidade compõem um quadro alarmante que clama por medidas urgentes de mitigação das emissões de gases de efeito estufa (GEE) e de promoção de estratégias de combate às mudanças climáticas.

Nessa senda, a procura por soluções eficazes e inovadoras fomenta o desenvolvimento de mudança de mercado voltada para redução das emissões de GEEs, destacando-se, nesse cenário, o mercado de créditos de carbono. Tais créditos consistem em certificados expedidos por entidades reguladoras que atestam a diminuição, remoção ou sequestro de uma tonelada equivalente de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) da atmosfera. Esses certificados podem ser negociados entre empresas e governos, permitindo que os emissores de GEEs compensem suas emissões e tomem metas de redução estipuladas em acordos internacionais, como o Acordo de Paris, bem como em políticas nacionais.

Entretanto, o mercado de emissões tem sido objeto de controvérsias e indagações, sobretudo no que tange à sua transparência, rastreabilidade e integridade. A ausência de padronização nos sistemas de registro e verificação de créditos, bem como a possibilidade de dupla contagem e ocorrência de fraudes, constituem obstáculos a serem transpostos para assegurar a integridade e segurança deste instrumento.

Concomitantemente, a irrupção dos Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua aplicação no domínio do Direito Ambiental oferece uma oportunidade para aperfeiçoar e inovar o mercado de créditos de carbono. Os NFTs são tokens digitais singulares, indivisíveis e não intercambiáveis que podem ser corporativos para representar ativos digitais e físicos de maneira segura e transparente, valendo-se da tecnologia *blockchain*. A utilização desta tecnologia no mercado

de créditos de carbono possui o potencial de aumentar a transparência, a rastreabilidade e a eficiência das transações, ao passo que diminui os riscos de duplicidade na contagem.

Não obstante, a intersecção entre créditos de carbono e NFTs também suscita uma série de desafios e indagações jurídicas e regulatórias que exigem análise, como propriedade intelectual, a regulamentação e recompensa dos NFTs e responsabilidade civil. O presente trabalho visa, pois, entender como estas novas tecnologias podem ser utilizadas para garantir um maior controle no mercado de carbono.

O método utilizado foi o teórico documental do tipo dedutivo com análise bibliográfica, técnica e legal.

## **CRÉDITOS DE CARBONO E SUA REGULAÇÃO**

### **O MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO**

O mercado de créditos de carbono é um mecanismo utilizado por empresas e países para tratativa econômica da redução de suas emissões de GEEs, através da venda e compra de créditos que representam uma tonelada de dióxido de carbono equivalente (tCO<sub>2e</sub>) não emitida, sequestrada ou reduzida. Esses créditos podem ser gerados através de projetos que visam à redução ou à remoção de emissões de gases de efeito estufa, como projetos de eficiência energética, de energia renovável, de reflorestamento, entre outros<sup>1</sup>.

O mercado de créditos de carbono surgiu como uma forma de implementar o mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL), previsto no Protocolo de Quioto, que permitia que países desenvolvi-

---

<sup>1</sup> PROLO, Caroline Dihl (coord). Q&A Básico: mercados voluntários de carbono no Brasil. Laboratório de Inovação Financeira, Rio de Janeiro, 2022.

dos comprassem créditos de carbono gerados por projetos em países em desenvolvimento, como forma de compensar suas próprias emissões de GEEs<sup>2</sup>.

Atualmente, o mercado de emissões é regulamentado por diversos acordos internacionais, incluindo o Protocolo de Quioto, o Acordo de Paris e o Mecanismo de Desenvolvimento Sustentável (MDS), estabelecido no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC).

O mercado de créditos de carbono é dividido em dois segmentos: o mercado voluntário e o mercado regulado.

O mercado regulado é um mecanismo que os governos podem implementar a fim de promover a redução das emissões em seus países<sup>3</sup>. Para entender melhor o mercado regulado, resumidamente, faremos uma análise histórica. No âmbito do Protocolo de Quioto, países desenvolvidos (Países do Anexo 1) e países em desenvolvimento (Países Não-Anexo 1) foram divididos em dois grupos. Os países do Anexo 1 assumiram, inicialmente, o compromisso de redução de suas emissões, tendo em vista que eram os que mais emitiam.

Assim, os países desenvolvidos assumiram metas quantificadas de limitação de emissões, que se traduzia da seguinte forma:

- Estabelecia um patamar de emissões do país em um determinado ano e o percentual de redução sobre esse patamar. O resultado disso era um percentual resultante da

---

<sup>2</sup> Protocolo de Quioto.

<sup>3</sup> UNTERSTELL, Natalie; WATANABE JR., Shiguo. Por um mercado de carbono – mas qual? Talanoa Políticas Climáticas, Rio de Janeiro, jun. 2023.

emissão de carbono equivalente que esse país pode emitir anualmente<sup>4</sup>.

De acordo com o Protocolo de Quioto, cada país desenvolvido recebia direitos de emissão equivalentes a seu orçamento<sup>5</sup>: *allowances*. Para cumprimento dos orçamentos de carbono, os países poderiam se utilizar de alguns mecanismos de flexibilização previstos no Protocolo: (i) Comércio de Emissões; (ii) Implementação Conjunta e (iii) Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

Tais estratégias não poderiam ser usadas como regras ou substituição às estratégias internas.

O (i) comércio de emissões previa que os países desenvolvidos que já tinham a obrigatoriedade de reduzir suas emissões poderiam trocar entre si os seus direitos de emissão (*allowances*), conforme fossem mais ou menos eficientes em suas medidas domésticas. Em outros termos, país desenvolvido trocava com país desenvolvido. Na (ii) implementação conjunta, os países desenvolvidos poderiam gerar unidades de redução de emissões através de projetos de redução, cujos créditos poderiam ser usados por outros países desenvolvidos para que pudessem cumprir seu orçamento de carbono. Dessa forma, os países poderiam usar os créditos de carbono de projetos como equivalentes aos direitos de emissão válidos ao cumprimento dos compromissos, conhecidos como *offsets* (créditos utilizados para compensação)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> PROLO, Caroline Dirl *et al.* Vídeo: Mercados de carbono no Acordo de Paris. 1:20h. Laclima, São Paulo, 2022.

<sup>5</sup> Orçamento é o nome dado à quantidade de emissão permitida para um determinado emissor em um determinado período, quantidade medida em tonelada de carbono equivalente.

<sup>6</sup> O país que gerasse os créditos através de projetos e vendesse esses ERU para outros países desenvolvidos já não poderiam contabilizar os créditos gerados para justificar suas emissões internamente, descontando isso do seu orçamento. Há um ajuste de contas para evitar dupla contagem.

Os créditos (iii) MDL também são considerados offsets e poderiam ser usados por países desenvolvidos para cumprimento de seus orçamentos no Protocolo de Quioto. Os projetos MDL eram realizados por países em desenvolvimento, que os elaboravam e, posteriormente, vendiam os créditos para países do Anexo 1. Tendo em vista que dentro do sistema do Protocolo de Quioto os países em desenvolvimento não têm orçamento, não teriam que descontar no orçamento do país hospedeiro do projeto. Assim, os projetos poderiam ser desenvolvidos e os créditos transferidos por iniciativa do setor privado, que detinha a autonomia para vendê-los diretamente aos compradores internacionais dos países desenvolvidos<sup>7</sup>.

Após uma série de acontecimentos, como o desaquecimento da demanda de créditos por razões geopolíticas, firmou-se um novo acordo, o Acordo de Paris em 2015.

Essa nova tratativa estabeleceu como meta de temperatura global o equivalente a menos de 2°C em relação aos níveis pré-industriais com esforços para limitar o aquecimento a 1,5°C. Além disso, convocou o mercado a compatibilizar os fluxos financeiros com esses objetivos, através das NDCs (Contribuições Nacionalmente Determinadas).

Todos os países, desenvolvidos e em desenvolvimento, devem estabelecer e cumprir suas NDCs e adotar medidas de mitigação domésticas. O Acordo de Paris também trouxe mecanismos de flexibilização/cooperação que permitem que os países possam cumprir suas NDCs e ir além para evitar o aquecimento da temperatura em níveis perigosos. O mais difundido deles é o Mecanismo Global de Créditos de Carbono, que permite ao setor privado desenvolver projetos que possam gerar créditos a serem usados para cumprir as NDCs, se assemelhando ao MDL. A diferença é que nos projetos

---

<sup>7</sup> O envolvimento do governo do país em desenvolvimento se estabelecia mais no sentido de validar o projeto, o que dentro do contexto nacional era um processo simples.

do MDL o país hospedeiro (países em desenvolvimento) não descontava os créditos do seu orçamento, até porque não tinha orçamento previsto pelo Protocolo, não tinha obrigação de reduzir suas emissões. Como no novo sistema todos os países são obrigados a apresentar as NDCs, deve haver o desconto para evitar dupla contagem.

O mercado voluntário, por outro lado, funciona como uma espécie de mercado paralelo de compra e venda dos créditos de carbono. Os créditos são emitidos por projetos que visam reduzir as emissões de GEEs, mas não são obrigados por lei a reduzi-las; escolhem fazê-lo de forma voluntária (até mesmo por uma questão reputacional), sendo negociados em bolsas de valores ou entre as empresas, permitindo que os custos de redução de emissões sejam compartilhados de forma mais eficiente<sup>8</sup>.

O mercado de créditos de carbono apresenta benefícios importantes, como a possibilidade de incentivar investimentos em projetos de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a redução dos custos de implementação de políticas ambientais, a geração de receita para países em desenvolvimento e a promoção da transferência de tecnologia limpa. No entanto, o mercado de créditos de carbono também enfrenta desafios importantes, como a falta de confiança entre os participantes, a dificuldade em verificar a autenticidade dos créditos e a possibilidade de dupla contagem de emissões.

## **O ACORDO DE PARIS E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS NACIONAIS**

O Acordo de Paris, celebrado em 2015, é um acordo internacional que, como visto alhures, estabelece metas globais para limitar o aumento da temperatura média global em no máximo 2°C acima

---

<sup>8</sup> BERTUCCI, Afonso Celso. O Protocolo de Quioto e o mercado de créditos de carbono. São Paulo, 2006.



dos níveis pré-industriais, e se possível, limitar o aumento em 1,5°C. O acordo também estabelece a necessidade de redução das emissões de gases de efeito estufa, de forma a alcançar um equilíbrio entre as emissões e as remoções de gases de efeito estufa na segunda metade do século XXI<sup>9</sup>.

Para implementar as metas do Acordo de Paris, os países devem elaborar e implementar suas próprias NDCs – planos que estabelecem as metas de redução de emissões e as medidas que serão implementadas para atingi-las, devendo ser atualizadas a cada cinco anos e contar com a característica da ambição, o objetivo é estabelecer metas cada vez mais ambiciosas do que as anteriores<sup>10</sup>.

A implementação das NDCs requer ações em várias áreas, como a adoção de tecnologias limpas, a melhoria da eficiência energética, a mudança nos padrões de consumo, a promoção de energias renováveis e o incentivo ao uso de transporte limpo. Além disso, é preciso implementar políticas e programas que incentivem a redução das emissões de GEEs, como a precificação do carbono, o estabelecimento de padrões de eficiência energética e o incentivo à agricultura de baixo carbono<sup>11</sup>.

Os países em desenvolvimento enfrentam desafios adicionais na implementação das NDCs, como a falta de capacidade técnica e financeira, a vulnerabilidade às mudanças climáticas e a necessidade de equilibrar as metas de desenvolvimento econômico com a mitigação das emissões de GEEs. Por isso, vê-se nas discussões globais sobre o clima a necessidade de que países desenvolvidos apoiem financeira e tecnologicamente os países em desenvolvimento, de forma a auxiliá-los na implementação de suas NDCs de forma eficaz.

---

<sup>9</sup> Acordo de Paris.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

## DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE CARBONO

O mercado de emissões apresenta oportunidades importantes, dentre as quais a possibilidade de gerar receita para países em desenvolvimento. Isso ocorre porque muitos projetos de mitigação de emissões de GEEs estão localizados em países em desenvolvimento, onde o potencial de redução de emissões é grande. A venda de créditos de carbono gerados por esses projetos pode gerar receita para esses países e incentivar o desenvolvimento de projetos adicionais.

O mercado de emissões, a despeito de ser um sistema que traz benefícios para a sociedade e para o planeta, enfrenta desafios importantes em relação à regulação e integridade das operações. Um dos principais desafios é garantir a transparência e a rastreabilidade das transações, para evitar fraudes e a dupla contagem de créditos. Isso requer a implementação de mecanismos que garantam a autenticidade e a origem dos créditos de carbono, como a implementação de sistemas de registro e verificação de créditos de carbono<sup>12</sup>.

Além disso, é preciso garantir que o mercado de créditos de carbono seja justo e sustentável, de forma a evitar o chamado “*carbonwashing*”<sup>13</sup>, ou seja, a venda de créditos de carbono que não resultam em redução real de emissões. Isso requer a implementação de critérios claros e objetivos para a certificação de projetos

---

<sup>12</sup> GUIMARÃES, Guido Couto Penido *et al.* Explicando o Mercado de Carbono na Era do Acordo de Paris. Rio de Janeiro: Instituto Clima e Sociedade, nov. 2021.

<sup>13</sup> SILVA, José Carlos Loureiro da; GERENT, Juliana. Greenwashing: a sustentabilidade ambiental travestida de tática mercantil. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, ambiente, sociedade e consumo sustentável. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015.

de mitigação de emissões, de forma a garantir que apenas os projetos que realmente reduzem as emissões de GEEs recebam créditos de carbono.

Outro desafio importante está relacionado à garantia de segurança jurídica, técnica e de governança das transações, devido à ausência de padrões claros para a certificação de projetos ou à falta de confiança nos reguladores do mercado. Para superar esse desafio, é importante implementar mecanismos de governança que garantam a transparência e a credibilidade na regulamentação do mercado<sup>14</sup>. Como alternativa a tais desafios, vem sendo estudada a possibilidade de utilização da tecnologia *blockchain* no mercado de emissões, com o objetivo primordial de garantia de rastreabilidade e transparência das transações.

## **CARACTERÍSTICAS E BENEFÍCIOS DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN***

A tecnologia *blockchain* é um sistema de registro distribuído e descentralizado que permite a criação de um registro imutável e transparente de transações. A *blockchain* é composto por um conjunto de blocos, cada um contendo um registro de transações, que são interligados e criptografados para garantir a segurança e a autenticidade das informações<sup>15</sup>.

Uma das principais características da tecnologia *blockchain* é a sua descentralização. Diferente de sistemas tradicionais de registro, onde a informação é armazenada em um servidor centralizado, a *blockchain* permite que a informação seja armazenada de forma distribuída em múltiplos “nós” da rede. Isso significa que não há

---

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> NARAYANAN; Arvind; CLARK, Jeremy. Bitcoin's Academic Pedigree. ACM Queue, s. l., v. 15, nº 4, ago. 2017.

uma autoridade central que controle o sistema, aumentando a segurança e a transparência das transações<sup>16</sup>.

Outra característica importante da tecnologia *blockchain* é a sua imutabilidade. Uma vez que uma transação é registrada na *blockchain*, ela não pode ser alterada ou excluída. Isso garante a integridade do registro e aumenta a confiabilidade do sistema.

A tecnologia *blockchain* apresenta vários benefícios em relação a outros sistemas de registro. Um dos principais benefícios é a segurança. Como os registros são criptografados e armazenados de forma distribuída, a *blockchain* é muito resistente a ataques cibernéticos e a falhas de sistema<sup>17</sup>.

Quanto à eficiência, destaca-se que, como as informações são armazenadas de forma distribuída e descentralizada, a *blockchain* permite que todas as partes envolvidas tenham acesso ao mesmo conjunto de informações, o que aumenta a transparência e a confiabilidade das transações. Além disso, como não há a necessidade de intermediários para verificar as transações<sup>18</sup>, o processo é mais eficiente e menos sujeito a erros<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> RICHARDSON, Andreas; XU, Jiahua. Carbon Trading with Blockchain. In P. Pardalos, I. Kotsireas, Y. Guo, & W. Knottenbelt (Eds.). *Mathematical Research for Blockchain Economy*, s. I., 2020. p. 105-124.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Existem dois sistemas de validação de criptomoedas: prova de trabalho (PoW) e prova de participação (PoS). No PoW, os mineradores competem para resolver problemas matemáticos e adicionar blocos à cadeia de blocos, enquanto no PoS, os validadores são escolhidos com base na quantidade de criptomoedas que possuem. O PoW é intensivo em recursos e energia, enquanto o PoS é mais eficiente e vem sendo mais utilizado ultimamente, especialmente após a sua adoção pela rede Ethereum.

<sup>19</sup> QIN, Meng et al. Blockchain market and green finance: The enablers of carbon neutrality in China. V. *Energy Economics*, s. I., 118, 2023.

Ao utilizar a *blockchain* para registrar as transações de créditos de carbono, aparentemente<sup>20</sup>, é possível garantir a transparência e a autenticidade das transações, evitando fraudes e a dupla contagem de créditos.

### 3.1 Desafios e oportunidades na aplicação de NFTs ao mercado de créditos de carbono

Os Non-Fungible Tokens (NFTs) são uma nova aplicação da tecnologia *blockchain*, que permite a criação de ativos digitais únicos e indivisíveis. Os NFTs têm sido utilizados em diversas áreas, como arte digital, música e jogos, e apresentam oportunidades interessantes na área ambiental, especialmente em relação ao mercado de créditos de carbono<sup>21</sup>.

Uma das principais oportunidades da utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono é a possibilidade de tornar a certificação e a verificação de créditos de carbono mais eficientes e seguras. Ao utilizar os NFTs para registrar os créditos de carbono, há uma tendência ao aumento de acessibilidade e liquidez do mercado. Como os NFTs são ativos digitais que podem ser facilmente transferidos e negociados através da internet, a utilização dos NFTs pode permitir que mais participantes acessem o mercado de créditos de carbono e aumentem a liquidez do mercado.

Apesar das oportunidades, a utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono também apresenta desafios importantes, dentre os quais está a integridade, tendo em vista que é necessário que a venda de créditos de carbono resulte em redução real de emissões. Outro desafio importante é a falta de regulamentação e

---

<sup>20</sup> Aparentemente porque ainda se estuda formas de garantia total de transparência e contagem legítima, especialmente após o método ter sido contestado em algumas transações.

<sup>21</sup> SILVA, Solange da. Um estudo sobre Non-Fungible Token (NFT). Monografia (Graduação em Ciências Exatas e da Terra). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

padronização do mercado de NFTs. Como os NFTs são uma tecnologia relativamente nova, ainda não há uma regulamentação clara em relação à sua utilização em diversos mercados, incluindo o mercado de emissões.

### 3.2 Transparência e rastreabilidade das transações

A transparência e a rastreabilidade das transações são fundamentais para garantir a integridade e a confiabilidade do mercado de créditos de carbono. A transparência é importante para garantir que todas as partes envolvidas no mercado tenham acesso às mesmas informações e possam tomar decisões informadas. Isso é especialmente importante para os investidores que desejam investir em projetos de mitigação de emissões e para os compradores de créditos de carbono que desejam garantir a qualidade e a autenticidade dos créditos adquiridos<sup>22</sup>.

A rastreabilidade, por sua vez, é fundamental para garantir a origem e a autenticidade dos créditos de carbono. Isso é importante para evitar fraudes e a dupla contagem de créditos, que podem prejudicar a integridade do mercado.

## **A EMERGÊNCIA DOS NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTS) E SUA INTERAÇÃO COM CRÉDITOS DE CARBONO**

No entanto, a aplicação de NFTs ao mercado de créditos de carbono também enfrenta desafios. Um dos principais é garantir que os créditos de carbono representados pelos NFTs sejam válidos e tenham sido emitidos de acordo com as regras estabelecidas pelos acordos internacionais. Além disso, é preciso garantir a interoperabilidade entre os diversos sistemas e plataformas utilizados no

---

<sup>22</sup> *Idem.*

mercado de créditos de carbono, de forma a evitar problemas como a duplicação de créditos.

Outro desafio é a regulamentação e tributação dos NFTs. Como são ativos digitais, é preciso definir como eles serão tratados do ponto de vista jurídico e tributário. Além disso, é preciso garantir que a aplicação de NFTs ao mercado de créditos de carbono esteja em conformidade com as regras estabelecidas pelos acordos internacionais, de forma a evitar problemas como a dupla contagem de emissões ou a emissão de créditos sem lastro.

## **PROPRIEDADE INTELECTUAL E NFTS**

A utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono levanta questões importantes relacionadas à propriedade intelectual. Como os NFTs são ativos digitais únicos e indivisíveis, é importante garantir a propriedade e a autoria dos projetos de mitigação de emissões que geram os créditos de carbono.

A propriedade intelectual é um conjunto de direitos que protegem as criações intelectuais, como patentes, marcas registradas e direitos autorais. A utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono pode permitir que os proprietários dos projetos de mitigação de emissões registrem a autoria e a propriedade dos projetos, evitando a cópia não autorizada e a comercialização de créditos de carbono gerados a partir de projetos não autorizados<sup>23</sup>.

No entanto, a questão da propriedade intelectual no mercado de créditos de carbono também apresenta desafios importantes. Um

---

<sup>23</sup> MANN, Paulo *et al.* Provedo Segurança em Cidades Inteligentes: Aplicações, Desafios e Tendências em Mobilidade Elétrica e Tarifação Inteligente com NFTs. XXII Simpósio Brasileiro de Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais, 2022.

dos principais desafios é garantir a proteção dos projetos de mitigação de emissões em países onde a propriedade intelectual não é reconhecida ou protegida de forma adequada.

Ademais, outro ponto importante relaciona-se à garantia da autenticidade e da qualidade dos créditos de carbono. É importante garantir que apenas os projetos de mitigação de emissões que realmente reduzem as emissões de gases de efeito estufa recebam créditos de carbono, evitando a comercialização de créditos gerados a partir de projetos que não sejam efetivos na mitigação das emissões. Além disso, há que se considerar eventual possibilidade de múltiplos proprietários dos projetos de mitigação de emissões. Em muitos casos, os projetos de mitigação de emissões são desenvolvidos em parceria entre empresas, organizações governamentais e comunidades locais. Nesses casos, é importante garantir a propriedade intelectual do projeto e a distribuição justa dos créditos de carbono gerados a partir dele.

Ao registrar a autoria e a propriedade do projeto de forma descentralizada e distribuída, é possível garantir que todos os proprietários do projeto recebam a quantidade justa de créditos de carbono gerados a partir do projeto, possibilitando a criação de modelos de negócios mais justos e inclusivos no mercado de emissões.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL E NFTS**

A utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono também apresenta desafios importantes em relação à responsabilidade civil. Como os NFTs representam ativos digitais únicos e indivisíveis, é importante garantir a responsabilidade civil dos proprietários e das plataformas de negociação de NFTs no mercado de créditos de carbono.



A responsabilidade civil é um conjunto de obrigações que impõem a reparação dos danos causados a terceiros<sup>24</sup>. No contexto do mercado de créditos de carbono, a responsabilidade civil se refere à reparação dos danos causados por projetos de mitigação de emissões que não sejam efetivos na redução das emissões de GEEs ou que causem danos ao meio ambiente ou às comunidades locais.

A utilização de NFTs no mercado de créditos de carbono pode contribuir para a garantia da responsabilidade civil dos proprietários e das plataformas de negociação de NFTs. Isso porque os NFTs permitem a rastreabilidade e transparência das transações, tornando mais fácil identificar os proprietários dos projetos de mitigação de emissões e responsabilizá-los por eventuais danos causados.

No entanto, é importante ressaltar que a questão da responsabilidade civil no mercado de créditos de carbono é complexa e requer a colaboração de diversas partes interessadas. É necessário que haja uma regulamentação clara e objetiva em relação à responsabilidade civil no mercado de créditos de carbono, estabelecendo critérios objetivos para a reparação dos danos causados.

## **CONTROVÉRSIAS DA TOKENIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DE CARBONO**

A tokenização dos créditos de carbono apresenta desafios importantes que precisam ser abordados para garantir sua eficácia e autenticidade<sup>25</sup>. Um evento preocupante surgiu no mercado, chamando a atenção para a necessidade de cuidado ao utilizar a tokenização. Em novembro de 2021, a organização líder em padrões de

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

<sup>25</sup> TEIXEIRA JR., Sérgio; VIRI, Natália. O dilema cripto dos créditos de CO<sub>2</sub>. Reset, São Paulo, 19 jul. 2022.

créditos de carbono voluntários, a Verra, proibiu uma prática controversa que consistia em gerar tokens associados a créditos de carbono cancelados ou parcialmente consumidos. Isso poderia levar à emissão dupla dos créditos certificados, comprometendo sua integridade<sup>26</sup>.

Posteriormente, a Verra propôs um processo chamado “imobilização” para trazer transparência e rastreabilidade à tokenização de créditos de carbono. Esse processo envolve bloquear o crédito correspondente em uma conta registrada até que os tokens sejam consumidos e, em seguida, queimar tanto os tokens quanto o crédito, aposentando-os. Houve uma consulta pública para obter opiniões sobre essa abordagem, e várias sugestões foram feitas, incluindo a incorporação de metadados nos tokens, a participação direta da Verra na emissão dos tokens e a implementação de verificações de conhecimento do cliente<sup>27</sup>.

A consulta revelou que a maioria dos entrevistados apoiou o processo de imobilização, mas houve divergências sobre a reativação dos créditos imobilizados. As verificações foram consideradas necessárias para entidades que recebem tokens recém-emitidos e solicitam a reativação dos créditos. Houve também sugestões de alterações nos termos de uso do Registro Verra para evitar fraudes associadas à tokenização<sup>28</sup>.

É importante lembrar que a Verra desempenha um papel fundamental na certificação de reduções de emissões e suas decisões sobre a tokenização podem ter um impacto significativo no mercado de créditos de carbono voluntários. Embora a tokenização

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Luciana Vianna; LOBATO, Juliana. Carbon Tokens – entre a praticidade e a integridade. *Direito Ambiental.com*, São Paulo, jun. 2023.

<sup>27</sup> VERRA. Consultation on Verra’s Approach to Third-Party Crypto Instruments and Tokens: Webinar and Extension. *Verified Carbon Standard*, Washington, 26 set. 2022.

<sup>28</sup> VERRA. Summary of public comments: Verra’s Approach to third-party crypto instruments and tokens. *Verified Carbon Standard*, Washington, 17 jan. 2023.

possa trazer benefícios, é crucial implementá-la com cuidado, garantindo a existência real dos créditos e sua correta aposentadoria. Estruturas confiáveis devem ser estabelecidas em coordenação com os registradores de crédito, como a Verra, para garantir a segurança e a transparência da tokenização dos créditos de carbono.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A interação entre créditos de carbono e NFTs apresenta desafios importantes em relação à regulação, tributação e responsabilidade civil. No entanto, também oferece oportunidades para a criação de modelos de negócios mais justos e inclusivos no mercado de créditos de carbono, bem como para a garantia da transparência e rastreabilidade das transações.

A utilização de NFTs pode contribuir para a garantia da autoria e propriedade dos projetos de mitigação de emissões no mercado de créditos de carbono, além de permitir a criação de modelos de negócios mais justos e inclusivos, garantindo que as comunidades locais e os povos tradicionais recebam uma parte justa dos créditos de carbono gerados a partir dos projetos.

No entanto, é necessário estabelecer uma regulamentação clara e objetiva em relação à emissão e comercialização de NFTs no mercado de créditos de carbono, bem como critérios claros e objetivos para a tributação e responsabilidade civil desses ativos digitais. É necessário que haja uma colaboração efetiva entre as partes interessadas, incluindo governos, empresas, organizações não governamentais e comunidades locais, para garantir a implementação de políticas e regulamentações justas e efetivas.

Além disso, é importante que o Direito Ambiental esteja preparado para lidar com as novas tecnologias e tendências do mercado de créditos de carbono, como a utilização de NFTs, garantindo uma adaptação das leis e regulamentações existentes para assegurar a

proteção do meio ambiente e das comunidades locais, bem como a efetividade dos projetos de mitigação de emissões.

Assim, conclui-se que a interação entre créditos de carbono e NFTs apresenta desafios e oportunidades importantes no âmbito do Direito Ambiental e das mudanças climáticas. É necessário estabelecer uma regulamentação clara e objetiva em relação à emissão, comercialização, tributação e responsabilidade civil dos NFTs no mercado de créditos de carbono, bem como adaptar as leis e regulamentações existentes para garantir a efetividade dos projetos de mitigação de emissões.

## REFERÊNCIAS

- BERTUCCI, Afonso Celso. O Protocolo de Quioto e o mercado de créditos de carbono. São Paulo, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- GUIMARÃES, Guido Couto Penido et al. Explicando o Mercado de Carbono na Era do Acordo de Paris. Rio de Janeiro: Instituto Clima e Sociedade, nov. 2021.
- MANN, Paulo et al. Provendo Segurança em Cidades Inteligentes: Aplicações, Desafios e Tendências em Mobilidade Elétrica e Tarifação Inteligente com NFTs. XXII Simpósio Brasileiro de Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais, 2022.
- NARAYANAN; Arvind; CLARK, Jeremy. Bitcoin's Academic Pedigree. ACM Queue, s. l., v. 15, nº 4, ago. 2017.
- PEREIRA, Luciana Vianna; LOBATO, Juliana. Carbon Tokens - entre a praticidade e a integridade. Direito Ambiental.com, São Paulo, jun. 2023. Disponível em: <https://direitoambiental.com/carbon-tokens/>. Acesso em: 28 jun. 2023.
- PROLO, Caroline Dihl (coord). Q&A Básico: mercados voluntários de carbono no Brasil. Laboratório de Inovação Financeira, Rio de Janeiro, 2022.
- PROLO, Caroline Dihl et al. Vídeo: Mercados de carbono no Acordo de Paris. 1:20h. Laclima, São Paulo, 2022.
- QIN, Meng et al. Blockchain market and green finance: The enablers of carbon neutrality in China. V. Energy Economics, s. l., 118, 2023.

RICHARDSON, Andreas; XU, Jiahua. Carbon Trading with Blockchain. In P. Pardalos, I. Kotsireas, Y. GUO, & W. Knottenbelt (Eds.). *Mathematical Research for Blockchain Economy*, s. l., 2020. p. 105-124.

SILVA, José Carlos Loureiro da; GERENT, Juliana. Greenwashing: a sustentabilidade ambiental travestida de tática mercantil. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, ambiente, sociedade e consumo sustentável*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015.

SILVA, Solange da. Um estudo sobre Non-Fungible Token (NFT). Monografia (Graduação em Ciências Exatas e da Terra). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

TEIXEIRA JR., Sérgio; VIRI, Natália. O dilema cripto dos créditos de CO<sub>2</sub>. *Reset*, São Paulo, 19 jul. 2022.

UNTERSTELL, Natalie; WATANABE JR., Shiguo. Por um mercado de carbono - mas qual? *Talanoa Políticas Climáticas*, Rio de Janeiro, jun. 2023.

VERRA. Consultation on Verra's Approach to Third-Party Crypto Instruments and Tokens: Webinar and Extension. Verra, Washington, 26 set. 2022. Disponível em: <https://verra.org/consultation-on-verras-approach-to-third-party-crypto-instruments-and-tokens-webinar-and-extension/>. Acesso em: 29 maio 2023.

VERRA. Summary of public comments: Verra's Approach to third-party crypto instruments and tokens. *Verified Carbon Standard*, Washington, 17 jan. 2023. Disponível em: <https://verra.org/wp-content/uploads/2023/01/Verras-Approach-To-Third-Party-Crypto-Instruments-And-Tokens-Public-Consultation-Summary-of-Comments-1-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

# LA INDEPENDENCIA, PRINCIPIO BÁSICO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO<sup>1</sup>

Jaime Román Lemos

Doctorando en Derecho. Universidad de Sevilla

## LAS FUENTES DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO Y EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Al acudir a las fuentes que regulan los principios deontológicos que regulan la actividad profesional del abogado<sup>2</sup>, nos encontramos ya con una primera nota característica de esta profesión (no privativa de la misma, pero sí muy característica de ella): la multiplicidad de fuentes. Han señalado los autores cómo, en principio, cuando una persona se acerca a la cuestión deontológica está pensando en normas surgidas del seno de la profesión, es decir, en nuestro caso, emanadas de las corporaciones profesionales (los colegios de abogados); pero afirman a continuación que, con ser en su mayoría tales las normas que regulan la profesión de abogado, no pueden ob-

---

<sup>1</sup> Versión revisada de nuestro artículo “Principio de independencia del abogado”, La Toga Digital, 27 de octubre de 2022.

<sup>2</sup> En la actualidad, algunos autores, en lugar de “principios deontológicos”, prefieren otras expresiones, como “deberes generales deontológicos”, “reglas deontológicas” o “directivas profesionales”: *vid.* APARISI MIRALLES, Á., *Deontología Profesional del Abogado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 81. Aquí seguiremos la denominación tradicional. También existen “diferencias de opinión sobre si [la independencia] debe ser considerada como una regla o principio deontológico o si por el contrario debe ser entendida con un carácter definitorio del profesional liberal y por la tanto susceptible de afectar a su régimen jurídico”: *vid.* GARRIDO SUÁREZ, H.M., *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, Edisofer, Madrid, 2011, pág. 38.

viarse fuentes distintas, particularmente la legislación estatal correspondiente<sup>3</sup>. De ahí que hablen los autores de normas parlamentarias o exógenas (emanadas del poder estatal) y normas corporativas o endógenas (emanadas de las propias asociaciones profesionales)<sup>4</sup>.

Las fuentes corporativas suelen traducirse, aunque no únicamente, en códigos deontológicos, entendidos estos como “una guía de principios y normas precisas para el profesional, que persigue[n] facilitar, y orientar, en el buen cumplimiento de la ética inherente a una determinada profesión”<sup>5</sup>. Aunque en principio las fuentes corporativas solo afectan a quienes ejercen la profesión, su importancia radica, como señala la doctrina, en que “pueden ser invocadas por cualquiera para exigir del abogado un quehacer ajustado a lo mandado por la deontología profesional”<sup>6</sup>.

A efectos prácticos nosotros vamos a distinguir entre fuentes nacionales (es decir, surgidas bien de los poderes estatales españoles –exógenas-, bien de nuestros colegios profesionales –endógenas-) y fuentes internacionales (en este caso, como veremos, solo se

---

<sup>3</sup> Cfr. BAREA GALLARDO, A., y MINGORANCE MARTÍN, C., “Principios esenciales de la profesión de abogado”, en DÍAZ PITA, P. (Dira-Coordª), *Acceso a la Abogacía*, Tomo I, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, pág. 59.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de Deontología para Abogados*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 30-31; BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., págs. 60-61; APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 54.

<sup>5</sup> “Se trata de un esfuerzo premeditado de la razón para fortalecer, y garantizar, la ética profesional, proponiendo, además, un modelo de relaciones interprofesionales. En él se plasman los deberes de los colegiados para con los clientes, con los mismos miembros de la profesión, con los Tribunales, y con el resto de la sociedad” (APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 57).

<sup>6</sup> BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., págs. 62. Afirma una autora que “Los códigos deontológicos por su estructura, son normas jurídicas, y en consecuencia obligatorias por coerción”: VILA RAMOS, B., “Deontología profesional y marco jurídico normativo”, en VILA RAMOS, B. (Coordª), *Deontología Profesional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 14.

trata de fuentes endógenas). Aun así, cabría además hacer una subclasificación dentro las fuentes internacionales, según procedan de la Unión Internacional de Abogados o del Consejo de la Abogacía Europea<sup>7</sup>. Triple clasificación pues que adoptamos a efectos meramente didácticos, en orden a comprobar cómo el principio de independencia se encuentra recogido en cada ámbito (internacional mundial, internacional europeo y nacional).

Siguiendo la mencionada clasificación podemos identificar ya las siguientes fuentes:

1) Fuentes internacionales procedentes de la Unión Internacional de Abogados: Carta de Principios Esenciales de la Profesión de Abogado (2018), y Carta de Turín sobre el Ejercicio de la Abogacía en el siglo XXI (2002)

2) Fuentes internacionales de ámbito europeo: Carta de Principios esenciales de la Abogacía Europea (2006) y Código de Deontología de los Abogados Europeos (1988)

3) Fuentes nacionales (exógenas o endógenas): Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Penal<sup>8</sup>, Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (2002; aunque, como veremos, su valor es más político que jurídico); Estatuto General de la Abogacía

---

<sup>7</sup> Más conocido por sus siglas en francés CCBE: *Conseil Consultatif des Barreaux Européens*.

<sup>8</sup> Junto a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Penal mencionan también los autores la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que indudablemente contienen menciones que afectan a la deontología profesional del abogado (vid. BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., págs.. 60-61). Vid. también, citando otras fuentes diversas, APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 56. Nosotros omitimos aquí esas otras fuentes por cuanto no ocupan tan específicamente como las que recogemos en el texto en el principio de independencia.



## Española (2021) y Código Deontológico de la Abogacía Española (2019)

Nos encontramos pues con una pluralidad de fuentes en que hemos de adentrarnos para estudiar los principios que rigen la profesión (en nuestro caso el de independencia). Y ya surge aquí un primer punto de desacuerdo, pues la doctrina no es unánime a la hora de enumerar tales principios, es decir, no existe un consenso sobre un listado único de principios deontológicos de la profesión de abogado<sup>9</sup>. De todas formas, y ya que el objetivo de este trabajo es el análisis de uno solo de esos principios, el de independencia, podemos sin mayores problemas adoptar el listado que nos ofrece la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea, que los cifra en diez: la independencia y la libertad de garantizar la defensa y el asesoramiento de su cliente; el respeto del secreto profesional y de la confidencialidad de los asuntos que le ocupan; la prevención de los conflictos de interés, bien sea entre varios clientes o entre el cliente y el abogado; la dignidad, el honor y la integridad; la lealtad respecto a su cliente; la probidad en materia de honorarios; la competencia profesional; el respeto de la confraternidad; el respeto del estado de Derecho y la contribución a la buena administración de la justicia; la autorregulación de su profesión

Como vemos, el de independencia ocupa el primer lugar, lo que resulta lógico dado que, como señala la doctrina, independencia y libertad son tan consustanciales a la profesión que constituyen la *quintaesencia* de la abogacía<sup>10</sup>. Pero es que, además y en todo caso, el principio de independencia se encuentra recogido en todas las fuentes endógenas, lo que -indican los autores- no puede ser de otra forma, ya que “resulta evidente que sin tal independencia resultaría imposible que los abogados desarrollen adecuadamente su

---

<sup>9</sup> Cfr. BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., pág. 63.

<sup>10</sup> Cfr. APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 83.

papel de actores en la función pública de la Administración de Justicia”<sup>11</sup>.

Por lo demás, y como se ha afirmado en relación no solo con la de abogado, sino en general con respecto a todas las profesiones jurídicas, “la exigencia de independencia [...] remite a la ausencia de cualquier forma de injerencia, interferencia, vínculo o presión, del tipo que sea, proveniente del exterior, que pretenda influenciar o desviar la acción y decisión del profesional”<sup>12</sup> (aunque cabría pensar también, y así lo veremos, en presiones internas motivadas por un conflicto de intereses).

Por otra parte, conviene también en este apartado introductorio diferenciar el principio de independencia del de libertad profesional, aunque sea frecuente mencionarlos conjuntamente. El principio de libertad, según la doctrina, hace hincapié en la “autodeterminación del profesional en la toma de decisiones que afectan a su actividad”; de esta forma, la independencia tendrá fundamentalmente una dimensión negativa –ausencia de presiones–, mientras que la del principio de libertad, en tanto que hace a la “plena autonomía del jurista”, es esencialmente positiva<sup>13</sup>. De todas formas, “conviene tener en cuenta que, en ocasiones, la delimitación formal de ambos principios será realmente difícil”<sup>14</sup>; tan es así que algunos autores prefieren distinguir dentro del propio principio de independencia una doble faceta, positiva y negativa, de suerte que “el concepto de independencia se suele definir, negativamente, como

---

<sup>11</sup> BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., pág. 63.

<sup>12</sup> APARISI MIRALLES, *Ética y deontología para juristas*, cit., pág. 269, y *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 84, siguiendo a LEGA, C., *Deontología de la Profesión de Abogado*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 77. En los mismos términos GARRIDO SUÁREZ, *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, cit., pág. 77.

<sup>13</sup> APARISI MIRALLES, *ibidem*. También, sobre la diferencia entre ambos principios, GARRIDO SUÁREZ, *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, cit., págs. 165-166.

<sup>14</sup> APARISI MIRALLES, *ibidem*.

la ausencia de presiones e injerencias en la actuación profesional”, mientras que positivamente se define “como la autonomía y libertad de esta misma actividad”<sup>15</sup>.

Vistas ya tanto una definición genérica de la independencia, como las distintas fuentes que regulan la deontología profesional del abogado, nuestra tarea se centrará ahora en comprobar cómo esas diversas fuentes se ocupan del principio de independencia, pudiendo avanzar que, en líneas generales, se sigue una pauta común, aunque sea con matizaciones o particularidades.

## **EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN LAS FUENTES INTERNACIONALES**

### **FUENTES INTERNACIONALES UNIVERSALES**

#### **CARTA DE PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

La Carta de Principios Esenciales de la Profesión de Abogado, adoptada por la Unión Internacional de Abogados, denomina su Principio 1 “Independencia del abogado y del Colegio”, una independencia, profesional e intelectual, que debe ser defendida frente a: los jueces, los poderes públicos, los intereses económicos, los compañeros y los propios intereses del abogado

Señala a continuación este mismo Principio 1 que “el cliente tiene derecho de libre elección de abogado, y este es libre de aceptar o

---

<sup>15</sup> Cfr. VÁZQUEZ GUERRERO, F.D., *Ética, Deontología y Abogados*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996, pág. 53, y GRANDE YÁÑEZ, M., ALMOGUERA, J., y JIMÉNEZ, J., *Ética de las profesiones jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006, págs. 159-160.

no una causa”. Quizás pueda sorprender que, en una norma referida al abogado, se aluda a la libertad del cliente, pero el Memorando Explicativo que acompaña a la Carta<sup>16</sup> nos da justificación de ello: “El principio de libre elección de abogado está relacionado con el de independencia ya que, si el cliente tiene en principio la libre elección del abogado, éste no se encuentra nunca obligado, como regla, a aceptar un asunto”<sup>17</sup>. Como se ve, se conectan ambas libertades, y precisamente para garantizar la independencia del abogado: solo en un sistema en que el ciudadano puede elegir abogado, podrá el profesional de la abogacía negarse a asumir la representación o defensa de un caso determinado<sup>18</sup>.

Digamos por último que el principio de independencia lo conecta la propia Carta con la prohibición de conflictos de intereses (Principio 3), establecida justamente con el fin de respetar entre otros aquel principio. En este sentido, nos dirá el Memorando en su explicación del Principio 3 que “El abogado no puede intervenir para un cliente si, en razón de sus relaciones con otro cliente [...] pudiera

---

<sup>16</sup> La Carta de Principios Esenciales fue adoptada por la Asamblea General de la UIA. Pero se estimó conveniente la elaboración de un Memorando Explicativo, “obra del subcomité encargado de la redacción de los principios esenciales de la profesión, con el objeto de explicar e ilustrar estos principios redactados de forma sucinta y de ayudar a abogados y Colegios en la aplicación de los mismos”.

<sup>17</sup> Por supuesto, la libre aceptación se establece según el Principio 1 “a salvo las excepciones previstas por la ley para asegurar la defensa de personas carentes de medios económicos o para asegurar la regularidad de los procedimientos”. Más ampliamente, nos dirá el Memorando que existen excepciones de dos tipos, de manera que “los diferentes sistemas de ayuda legal pueden imponer a un abogado un cliente necesitado y la mayor parte de los sistemas jurídicos prevén las designaciones de oficio por el juez o la autoridad colegial. En estos casos, salvo eventualmente por objeción de conciencia, el abogado debe intervenir quedando no obstante libre para elegir la manera en que asegure esta defensa”.

<sup>18</sup> Entre nosotros, el sugerente título del artículo que citamos a continuación muestra la íntima relación entre principio de independencia y renuncia –en este caso posterior- a la defensa: *vid.* CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente como garantía de su libertad e independencia (a propósito del caso Diana Quer)”, *Diario la Ley* núm. 9145 (22 febrero 2018), en especial apartado I.

pensar razonablemente que la existencia de estas relaciones afecta a su independencia de criterio”.

## **CARTA DE TURÍN SOBRE EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN EL SIGLO XXI**

Más lacónica que la Carta de Principios Esenciales, la Carta de Turín recoge el principio de independencia con un doble valor, como derecho y como obligación. En cuanto a lo primero, nos dirá que el abogado tendrá derecho a ejercer su labor “sin la sujeción a presiones o discriminaciones de cualquier naturaleza”, expresión lo bastante amplia para abarcar a todos los sujetos frente a los que debía predicarse la independencia según el Principio 1 de la Carta de Principios Esenciales (jueces, poderes públicos, intereses económicos, compañeros).

Pero, junto a ese derecho, se establece el deber de “preservar tal independencia”, de manera que el abogado habrá de evitar “las situaciones en las que su actividad pudiera verse afectada por intereses divergentes de los de su mandante”. Fácilmente puede conectarse este deber con la prohibición del Principio 3 de la Carta de Principios, pues es claro que los conflictos de intereses serán un riesgo claro de afectación a la “independencia de criterio” de que hablaba el Memorando Explicativo.

También, como en la Carta de Principios, se establece el derecho del abogado de “aceptar o rechazar un encargo”, libertad que se transforma en deber “de rechazo” si considera que el encargo no puede llevarlo a cabo con independencia.

## FUENTES INTERNACIONALES EUROPEAS<sup>19</sup>

### CARTA DE PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ABOGACÍA EUROPEA

La Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea es muy breve en su exposición, apenas una página en que se enumeran los diez principios esenciales de la profesión que mencionamos antes. En lo que nos afecta, se limita a recoger en su primer apartado el siguiente principio: “La independencia y la libertad de garantizar la defensa y el asesoramiento de su cliente”; precisamente por esa concisión, nos resulta sumamente útil el “Comentario a la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea”, adoptado igualmente por el Pleno del Consejo de la Abogacía Europea<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Dado que estamos refiriéndonos al ámbito europeo, conviene aunque solo sea en nota hacer referencia a la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. A nuestros efectos resulta muy interesante su artículo 6.1, en cuanto estableció que el abogado de un Estado miembro que ejerciera funciones en otro estaría sujeto a las normas deontológicas que rigieran en este segundo: “Independientemente de la normativa sobre la profesión y las normas deontológicas a las que estén sujetos en su Estado miembro de origen, los abogados que ejerzan con su título profesional de origen quedan sujetos a las mismas reglas profesionales y deontológicas que rijan para los abogados que ejerzan con el título profesional pertinente del Estado miembro de acogida, con respecto a todas las actividades que ejerzan en el territorio de dicho Estado”. La Directiva fue traspuesta a nuestro país mediante Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto.

<sup>20</sup> La Carta de Principios Esenciales fue aprobada por el CCBE el 24 de noviembre de 2006. El Comentario es un documento más extenso (cuatro páginas a interlineado sencillo) que fue aprobado también por el Pleno del Consejo de la Abogacía Europea seis meses después (11 de mayo de 2007). *Mutatis mutandi* sucede algo semejante a lo que indicamos antes en relación con la Carta de Principios Esenciales de la Profesión de Abogado (aprobada por la Asamblea General de la Unión Internacional de Abogados) y el Memorando Explicativo de la Carta (aprobado por un subcomité), con la salvedad de que ahora es el mismo órgano el que aprueba el texto de la Carta y su Comentario Explicativo.

En lo que hace al principio de independencia y libertad para ejercer en sus casos, el Comentario nos indica en primer lugar que el abogado debe ser libre política, económica e intelectualmente en el ejercicio de su tarea asesora y de representación. De ahí deduce el Comentario que:

1) Debe ser independiente del Estado y de los grupos de presión (no debe en consecuencia admitir presiones de intereses económicos o de sus propios socios)

2) Debe ser independiente de su cliente (ya que también debe, como abogado, merecer la confianza de tribunales y terceros, confianza que no sería factible si el profesional no gozara de independencia frente a su propio cliente)

Como herramienta básica para conseguir esa independencia se destaca la labor de los colegios de abogados, “que deben velar... por la independencia de sus miembros”. Y a su vez, como herramienta en manos de los colegios destaca la autorregulación de la profesión, “que se ve, entonces, como un apoyo vital para mantener la condición de independencia”. Esta declaración fácilmente podemos conectarla con las apreciaciones que hicimos al principio sobre fuentes exógenas y endógenas de la deontología profesional, siendo clara la preferencia de los colegios por las segundas. De hecho, recordará el lector que la Carta europea reconocía como décimo principio “la autorregulación de la profesión”, algo que el Comentario a la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea eleva a “seña de identidad” de las sociedades libres y garantía del principio de independencia<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Nos dirá así lo siguiente el Comentario al explicar el décimo Principio: “Esta es una de las señas de identidad de una sociedad libre; en las que no lo son, es el Estado quien ejerce el control de la profesión y las actividades de los abogados. La mayoría de las Abogacías europeas muestran una combinación de normativa estatal y regulación propia. En muchos casos, el Estado, aun reconociendo la importancia de principios esenciales de la profesión, usa la legislación nacional para

## CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA DE LOS ABOGADOS EUROPEOS

La independencia es nuevamente situada en el frontispicio de los principios generales de la profesión de abogado, siendo el primero que desarrolla el artículo 2 del Código, que señala de forma tajante que al abogado se le impone como obligación (obsérvese que no se contempla como derecho, sino como obligación) “una independencia absoluta”, que requiere estar exento de cualquier tipo de presión, tanto exterior como derivada de sus propios intereses<sup>22</sup>. A modo de aclaración, y teniendo en cuenta los distintos niveles o ámbitos en que actúa el profesional de la abogacía, nos dirá el artículo 2.1.2 del Código que la independencia es necesaria tanto en la actividad judicial como en las actuaciones extrajudiciales.

Por lo demás, el Código recoge como quinto principio el de “Incompatibilidades”, que conecta precisamente con el de independencia en tanto las incompatibilidades se establecen justamente para garantizar aquella: “Con el fin de que el Abogado pueda desarrollar sus funciones con la independencia requerida y conforme a su deber de colaboración con la Administración de Justicia, puede prohibírsele el ejercicio de ciertas funciones o profesiones” (artículo 2.5.1).

---

darles apoyo, por ejemplo estableciendo un soporte estatutario a la confidencialidad o dando a los Colegios de Abogados poder para hacer una normativa profesional. El CCBE está convencido de que sólo una fuerte autorregulación puede garantizar la independencia de los abogados respecto del Estado, ya que sin esta garantía de independencia es imposible que los abogados cumplan sus funciones y desarrollen su papel en la sociedad”.

<sup>22</sup> En este último sentido, el artículo 4.3 (Conducta ante los Tribunales) nos dirá que “El Abogado defenderá concienzuda y diligentemente los intereses de su cliente sin tener en cuenta los suyos propios o cualquier consecuencia que se le derive para sí mismo o para otra persona...”.



# EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN LAS FUENTES NACIONALES

Entre las fuentes nacionales encontramos tanto exógenas (emanadas de los poderes públicos) como endógenas (provenientes de la propia abogacía). En orden a las primeras procede destacar a nuestros efectos la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Penal y la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (2002); entre las segundas el Estatuto de la Abogacía y el Código Deontológico de los Abogados Españoles.

## FUENTES EXÓGENAS

### CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Norma Fundamental no deja de ser citada por los autores entre las fuentes exógenas nacionales, “aunque en puridad no recoge normas deontológicas”; lo que sucede es que, como es propio de una norma de este nivel, alude a “valores y principios que informan el ejercicio de la profesión”<sup>23</sup>. Menciones constitucionales que podemos relacionar directa o indirectamente con el principio de independencia son las tres siguientes:

- El derecho a la defensa y asistencia letrada (artículo 24.2 CE)<sup>24</sup>. En tanto no cabría hablar de un cabal derecho del ciudadano si el

---

<sup>23</sup> BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., pág. 60, quienes continúan: “Así ocurre, por ejemplo, con los derechos de toda persona a la intimidad y a no declarar contra sí misma, que en el ámbito de la abogacía se concretan [...] en el derecho y deber de los abogados de guardar secreto de todo aquello que le sea revelado por el cliente o por un compañero con carácter confidencial. También con el derecho a la defensa y asistencia de letrado, que [...] engloba el derecho a una defensa libremente expresada”.

<sup>24</sup> Cfr. THOMÁS DE CARRANZA Y MÉNDEZ DE VIGO, S., “Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado”, en VILA RAMOS, B. (Coord), *Deontología Profesional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 35.

abogado que le asistiese no fuera independiente a la hora de prestar su asistencia. En este sentido, el artículo 6.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, señala que “La intervención libre e independiente del profesional de la Abogacía es garantía de efectividad del derecho fundamental de defensa”, y la doctrina indica que los principios de independencia y libertad “son dos de los múltiples mecanismos que ha diseñado el Estado de Derecho para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos de tutela judicial efectiva y de derecho a una defensa letrada”<sup>25</sup>.

- La declaración de España como Estado de derecho (artículo 1). En este sentido señalan las normas endógenas que “la independencia de quienes ejercen la abogacía [...] una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa” (artículo 2.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española), en clara alusión a los artículos 1 y 24 de la Constitución).

- El reconocimiento de los colegios para profesiones tituladas (artículo 36). Aunque sea implícitamente, la mención de los colegios presupone que estos podrán autorregular el ejercicio de la profesión (de hecho será una de sus funciones básicas), autorregulación que como ya dijimos era de especial importancia para las corporaciones de abogados a la hora de garantizar su independencia, convirtiéndose en “seña de identidad de las sociedades libres”.

## **LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, aunque referida principalmente a jueces y tribunales, contiene una mención expresa a los abogados, al regular su actuación en el foro. A los profesionales de la abogacía dedica la norma los tres apartados

---

<sup>25</sup> GARRIDO SUÁREZ, *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, cit., pág. 166.

del artículo 542, siendo el que más nos afecta, en cuanto reconocimiento expreso del principio de independencia, el apartado segundo, que señala que “En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”.

## CÓDIGO PENAL

Ya vimos cómo la Carta de Principios Esenciales de la Unión Internacional de Abogados conectaba el principio de independencia con la prohibición del conflicto de intereses (Principio 3), indicándonos el Memorando explicativo de la Carta que “El abogado no puede intervenir para un cliente si, en razón de sus relaciones con otro cliente [...] pudiera pensar razonablemente que la existencia de estas relaciones afecta a su independencia de criterio”. Esta prohibición la eleva el ordenamiento jurídico español al Código Penal, sancionando con pena de multa e inhabilitación al abogado “que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios” (artículo 467.1)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Mencionamos solo el artículo 467.1 por ser el que más directamente se relaciona con la independencia, pero también indican los autores otros “comportamientos que entroncan con principios que rigen el ejercicio de la abogacía”, “como, por ejemplo, divulgar los secretos de otra persona con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva (art. 199.2); manipular las pruebas en que se pretendan fundar alegaciones o emplear otro fraude procesal análogo en un procedimiento judicial de cualquier clase, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero (art. 250.1.7); presentar en juicio o hacer uso de un documento falso para perjudicar a otro, a sabiendas de su falsedad (arts. 393 y 396); presentar adrede testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces (art 461.2)” (BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., pág. 61).

## CARTA DE DERECHOS DE LOS CIUDADANOS ANTE LA JUSTICIA

Se trata esta de una Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados en 2002. Como tal, se trata de un “instrumento esencialmente político”<sup>27</sup> más que jurídico, pero no deja de tener su importancia, siquiera como orientador para la interpretación de las fuentes deontológicas: de hecho desde la misma Presidencia del Consejo General de la Abogacía se calificaba el texto de “documento más político que jurídico, pero de primera magnitud”<sup>28</sup>.

La Carta establece derechos de la ciudadanía pero, como resulta lógico, a estos corresponderán en su caso deberes de los profesionales jurídicos. Su parte II se dirige a la “Relación de confianza con abogados y procuradores”, con el sugerente subtítulo de “Una conducta deontológica correcta”. No se habla expresamente de independencia, pero queda implícita en la Carta en tanto todos los códigos deontológicos, como estamos viendo, recogen este derecho-deber del abogado. Puede así colegirse del derecho del ciudadano

---

<sup>27</sup> BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, cit., pág. 62. Al tratar la eficacia de la Carta, la misma señala que “los ciudadanos tienen derecho a exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos en esta Carta”, y que “estarán vinculados a ella Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, médicos forenses, funcionarios públicos, Abogados, Procuradores y demás personas e Instituciones que cooperan con la Administración de Justicia”. Pero en realidad la Carta no deja de ser una proposición no de ley; de ahí que a continuación de lo transcrito se indique que “El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y los Colegios profesionales competentes adoptarán las disposiciones oportunas y proveerán los medios necesarios para garantizar la efectividad y el pleno respeto de los derechos reconocidos en esta Carta”. En definitiva, pues, la Carta remite a las normas que regulen y desarrollen los derechos en ella declarados.

<sup>28</sup> CARNICIER DIEZ, C., “Normas deontológicas”, en GAY MONTALVO, E., et al., *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 191.

a obtener un servicio profesional de calidad (apartado 33) o su derecho a denunciar ante los colegios de abogados “conductas contrarias a la deontología profesional” (apartado 34). A nuestro juicio, solo un servicio independiente puede calificarse de servicio de calidad y ajustado a la deontología profesional.

## **FUENTES ENDÓGENAS**

### **ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

El Estatuto de la Abogacía, recogiendo todo el bagaje de las fuentes internacionales y nacionales citadas, sigue haciendo referencia en primer lugar a la independencia del profesional. Señala así el artículo 1.3 que “Son principios rectores y valores superiores del ejercicio de la Abogacía los de independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional”. Más adelante, el artículo 47.1 vuelve a señalar que la independencia y la libertad son principios rectores de la profesión, cualquiera que sea la forma en que esta se ejerza, aclarando que “el profesional [...] realizará, con plena libertad e independencia y bajo su responsabilidad, las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto que le haya sido encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas” (artículo 47.4). Todo lo anterior se completa con la previsión de incompatibilidades (artículo 18.1), el mantenimiento de la independencia aun cuando se preste el servicio como trabajador por cuenta ajena (artículo 39.1) o la obligación de abstención en supuestos de conflictos de intereses (artículo 51).

### **CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

Dijimos antes que para el Código Deontológico, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 6 de marzo de 2019, “La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del

justiciable y de la ciudadanía”; por ello la eleva a la doble consideración de derecho-deber (artículo 2.1.). El abogado debe pues preservar su independencia “frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos” (artículo 2.2), debiendo defenderla frente a una amplia gama de sujetos (artículo 2.3): poderes públicos, poderes económicos, poderes fácticos, tribunales, el propio cliente, colaboradores e integrantes del despacho<sup>29</sup>.

## RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1) La independencia, entendida como la ausencia de presiones externas (y aun internas, en casos de conflictos de intereses) resulta esencial para el ejercicio de la profesión de abogado. El principio de independencia es citado, y además en primer lugar, en todas las fuentes deontológicas, tanto internacionales (UIA, CCBE), como nacionales (Consejo General de la Abogacía); solo este dato bastaría para sostener dicha importancia.

2) Destacan las fuentes endógenas cómo la autorregulación de la profesión es una herramienta de gran importancia para garantizar esa independencia. Efectivamente, el que las normas profesionales las dicte la propia profesión pone coto a injerencias excesivas de los poderes estatales. Sin embargo, también son necesarias a nuestro juicio –y de hecho existen en nuestro país– normas exógenas que se ocupen de la deontología. En este sentido, ni la abogacía ni ninguna otra profesión puede quedar al margen de una razonable intervención estatal. La cuestión por tanto no es la de coexistencia o no de distintos tipos de fuentes, que necesariamente debe darse, sino dónde poner los límites razonables de ambos, de modo que ni los colegios se conviertan en poderes al margen del Estado, ni el

---

<sup>29</sup> Además de las previsiones del artículo 2, el Código “presta atención al principio de independencia en otros preceptos”, que regulan aspectos más concretos relacionados con la independencia: artículos 6.2, 10.2.f), 11.4, 12.A.5, 12B.2.d), 12.C: *vid.* BAREA GALLARDO y MINGORANCE MARTÍN, “Principios esenciales de la profesión de abogado”, *cit.*, págs. 66-67.

Estado anule el principio de independencia con una regulación excesiva

3) Los distintos textos no siempre coinciden al enumerar los sujetos frente a quienes debe defenderse esa independencia. En una labor de recopilación general, podemos mencionar con una autora<sup>30</sup> las siguientes instancias ante las que el abogado debe hacer valer ese principio: frente a los poderes públicos (aquí se incluye, además del Ejecutivo y el Legislativo, a la propia Administración de Justicia<sup>31</sup>); frente a sus mismos compañeros o representantes de la profesión (colegios de abogados); frente a las presiones del cliente o la parte contraria; ante los poderes económicos, fácticos, organizaciones terroristas o medios de comunicación; frente a sus propios intereses<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., págs. 87-88, y *Ética y deontología para juristas*, cit., págs. 275-276.

<sup>31</sup> Aunque “se puede afirmar que el ataque a la independencia del Abogado por parte de los órganos judiciales es muy improbable. El supuesto, muy leve, y quizás más frecuente, es la posibilidad de que el Juez o Magistrado le «aconseje» actuar en un determinado sentido: que se ciña más al objeto del proceso, que evite determinados aspectos en su informe que se consideran innecesarios, que resuma su exposición [...] Cuando estas intervenciones se producen, suelen estar dirigidas más a la forma, que al fondo de la actuación del Letrado. Además, no suelen tener un carácter absolutamente imperativo. No obstante, en el caso de que se llegue a un extremo que, a juicio del Abogado suponga un límite a su independencia y libertad de defensa, éste, actuando con respeto y prudencia, deberá llevar a cabo las protestas que, en cada supuesto admite la normativa procesal” (APARISI MIRALLES, *Deontología Profesional del Abogado*, cit., pág. 87).

<sup>32</sup> Al respecto se nos dirá que las situaciones de conflicto de intereses pueden reconducirse a tres tipos básicos: conflicto entre las obligaciones del abogado para con el cliente y sus deberes para con la sociedad; conflicto entre sus obligaciones como abogado y su posición personal; conflicto cuando actúa para dos o más clientes. Vid. SÁNCHEZ STEWART, *Manual de Deontología para Abogados*, cit., págs. 62-67; en extracto, del mismo autor, “La independencia frente al cliente y frente a sí mismo. El conflicto de intereses”, *Diario la Ley* núm. 8431 (28 noviembre 2014). Siguiendo al anterior, THOMÁS DE CARRANZA Y MÉNDEZ DE VIGO, S., “Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado”, cit., págs. 40-42.

4) Solo si un abogado puede ejercer su labor de asistencia sin estar sometido a presiones o injerencias externas puede hablarse de un correcto ejercicio de la profesión. Por supuesto, también debe actuar de forma libre consigo mismo, evitando el conflicto de intereses. Esto, además, entendemos que debe ser válido para cualquiera de las formas en que se ejerza la abogacía (despacho independiente, abogado de empresa, sociedad de abogados, abogado contratado en despacho, etc.). Obviamente, las distintas situaciones exigirán las matizaciones correspondientes, pero sea cual sea la relación que se mantenga (laboral, societaria, etc.), deberá garantizarse un mínimo que haga reconocible una actuación profesional sujeta a los códigos deontológicos y, en consecuencia, ejercida bajo el principio de independencia<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, dispone en su artículo 6.2 que “Los titulares de los despachos deberán ejercer el poder de dirección que se les reconoce respetando, en todo caso, los principios y valores que son inherentes al ejercicio profesional de la abogacía y preservando en todo momento el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que imponen a los abogados las normas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado. En particular, los titulares de los despachos deberán respetar la libertad y la independencia profesional de los abogados en el ejercicio de la profesión”. Vid. sobre la problemática de algunos de estos supuestos en relación con la independencia profesional, GARRIDO SUÁREZ, *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, cit., págs. 81-87, GRANDE YÁÑEZ, ALMOGUERA y JIMÉNEZ,, *Ética de las profesiones jurídicas*, cit., págs. 164-165, o VÁZQUEZ GUERRERO, *Ética, Deontología y Abogados*, cit., págs. 55-67. TAPIA HERMIDA, A., “El requisito de la independencia del abogado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 357 (2012), hace un estudio bastante completo de la evolución de la dependencia en el trabajo por cuenta ajena, ofreciendo unas interesantes reflexiones sobre un nuevo marco laboral del abogado en el tercer milenio.





# LA GUERRA EN UCRANIA Y EL POSTULADO DE LA CIUDADANÍA COSMOPOLITA

Jesús Ignacio Delgado Rojas  
Universidad de Sevilla  
Dpto. Filosofía del Derecho

Quisiera reflexionar acerca de un dramático asunto que actualmente consterna profundamente al conjunto de la ciudadanía europea y también mundial: la guerra en Ucrania. *El problema de la guerra y las vías de la paz* -tema que en la historia del pensamiento filosófico-político es «recurrente», por decirlo con Bobbio y usando un título de una obra del maestro turinés- ocupa hoy mientras escribo estas líneas (en junio de 2023), ante la persistencia de la ya longeva duración del conflicto bélico, la centralidad de la agenda política internacional y, también, atrae la atención y preocupación de prestigiosos universitarios e intelectuales de nuestra sociedad. Deseo aquí retomar algunas breves notas sobre esta cuestión -no deberían pasar más que por eso: sencillos comentarios que no aspiran a ser algún estudio exhaustivo- con la sola pretensión de poner de manifiesto algunos riesgos y retrocesos que esta grave situación supone para los Estado de Derecho en términos de ciudadanía y democracia.

Precisamente ambas nociones -«ciudadanía» y «democracia»- aparecen en la actualidad entre las ideas más pujantes y aclamadas tanto en el ámbito académico universitario como en la práctica de la política profesional a nivel nacional e internacional. En cambio, pareciera que no soplan vientos favorables para ninguno de esos conceptos.

Por lo que se refiere al ideal de «ciudadanía», me temo que su realización efectiva dista mucho de ser hoy un canon universal. En

cambio, son las situaciones de pobreza, exclusión y discriminaciones de toda índole las que parecen marcar el ritmo de los tiempos. Derechos que teníamos por incuestionables y asentados vuelven hoy a ponerse en tela de juicio. La sociedad del riesgo –como la llamara Ulrich Beck– nos desafía diariamente y nos somete a los oscuros designios de la inseguridad, del miedo y la incertidumbre. Creo que el actual homo videns –en la acertada expresión de Sartori– poco tiene que ver con aquel valeroso individuo que salía triunfante de las revoluciones liberales dieciochescas ni con el ciudadano comprometido con las proclamas sociales, laborales y económicas decimonónicas. Andando el siglo XXI, tampoco creo que la barbarie totalitaria del XX nos haya alejado demasiado de aquel hobbesiano estado de naturaleza –en el que la vida es «solitaria, pobre, asquerosa, bruta, y corta» (Leviatán, Capítulos XIII-XIV)– al que parecemos irremediablemente abocados.

De la «democracia», como segundo término del binomio señalado, sobreviven elementos fundamentales de esta forma de gobierno que posibilitan y potencian la realización de una vida libre y autónoma. Piénsese en el valor de la tolerancia, en el pluralismo, en el reconocimiento y garantías al ejercicio de ciertos derechos humanos o en las instituciones del Estado de Derecho. Cuestiones todas ellas que emparentan a la democracia con el liberalismo, siendo el modelo de la democracia liberal una de las formas más acabadas, y de las mayores conquistas políticas (y éticas), para el gobierno de las cosas humanas. Aunque no siempre haya sido así y puedan existir, y existen, y no solo sobre el papel, liberales no demócratas y democracias de fachada que no respetan los principios liberales.

Sin embargo, esas mismas características constitutivas, esenciales, para reconocer a un régimen como democrático conviven hoy por doquier con elementos que la atacan y perturban. Son acciones y comportamientos que, en la terminología de Steven Levitsky y Da-

niel Ziblatt, suelen dar positivo en una prueba de tornasol para detectar el autoritarismo y vaticinar la muerte de una democracia<sup>1</sup>. También puede causar cierta perplejidad la comprobación de que, en nuestra historia europea más reciente, parecen pesar más las derrotas democráticas que sus avances y realizaciones efectivas. Han quedado promesas incumplidas por el camino y el anhelo por un horizonte más libre e igualitario se encuentra hoy más alejado que nunca. El caso de la guerra de Rusia contra Ucrania así lo atestigua de forma implacable con toda su dureza y crueldad.

Pero si nos alejamos de fatalismos quizá quede aún lugar para reflexionar críticamente sobre las posibilidades de un mejor futuro tanto para una «democracia» que, aunque herida, no lo está de muerte como para una «ciudadanía» que, aunque cansada, tampoco desfallece. Probablemente sigamos estando de acuerdo con Bobbio cuando señalaba, en su Introducción a la primera edición de 1984 de *El futuro de la democracia*, que «en el mundo la democracia no goza de óptima salud, y por lo demás tampoco en el pasado pudo disfrutar de ella, sin embargo, no está al borde de la muerte»<sup>2</sup>.

Aunque las injusticias, catástrofes y guerras se imponen despiadadamente como formas de barbarie y hacen peligrar la buena salud de la democracia, el conformismo no es buen compañero de viaje y el mejor o peor futuro que le espere a la democracia depende, en gran medida, del papel que los demócratas cumplamos en ella. Esos demócratas -ciudadanos comprometidos con la democracia- tienen que desatender la falta de confianza que en ellos tenía Rousseau, cuando entendía que «si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Mas un gobierno tan perfecto no

---

<sup>1</sup> S. LEVITSKY y D. ZIBLATT, *Cómo mueren las democracias*, trad. Gemma Deza Guil, Ariel, Barcelona, 2018, p. 32.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 7.

es propio para los hombres»<sup>3</sup>. Los seres humanos quizás no se ajusten al ideal de perfección de los dioses en los que el ginebrino estaba pensando, pero tampoco –y la historia nos asiste– son tan incompetentes como para no saber regirse democráticamente.

Más bien la alerta rousseauiana creo que debe entenderse como una alusión atenta a los riesgos de la democracia y a las dificultades que ese sistema entraña. Desde luego que no es un régimen político exento de problemas y conflictos. No cabe la menor duda de que la democracia es un régimen fácil de instaurar, pero difícil de mantener. La democracia no se crea de una vez y para siempre. Sus cimientos se agitan ante continuas deslegitimaciones y corrupciones. Frente a los logros definitivos, la democracia en cambio se basa en el incesante debate y en la revisión siempre crítica y responsable. No hay verdad inamovible por lo ya alcanzado, sino que su defensa requiere diariamente de nuevos consensos.

En este orden de ideas, es por ello que el modelo de ciudadanía actual demanda más elementos para su plenitud que los datos con que se caracterizaba en tiempos pasados. Véase a modo de ejemplo el conocido modelo de ciudadanía propuesto por T.H. Marshall en el capítulo –precisamente denominado– «El desarrollo de la ciudadanía hasta finales del siglo XIX» de su obra *Ciudadanía y clase social*<sup>4</sup>. Aquella división en tres partes de la ciudadanía –civil, política y social– que, a su vez, se correlacionaba con las distintas clases de derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos, arrojaría hoy en cambio resultados de exclusión para no pocos individuos, que no verían reconocida su ciudadanía plena ateniéndose al mero reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales. De hecho, uno de los desafíos más imperiosos que tiene ante sí la teoría contemporánea de los derechos humanos es la de hacer frente a las injusticias que generan las situaciones de exclusión y negación

---

<sup>3</sup> J.J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, Libro III, capítulo IV, trad. Fernando de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid, 1969, p. 83.

<sup>4</sup> T.H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, pról. y una segunda parte por T. Bottomore, trad. Pepa Linares, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 23-37.

del status de ciudadano para muchos de los miembros de una comunidad política. Con razón ha afirmado Danilo Zolo que la respuesta, en forma de expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, por parte de las «ciudadanías amenazadas» por la presión migratoria, «está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales»<sup>5</sup>.

Cabría preguntarse entonces si, frente a la exclusión en el ejercicio de determinados derechos ligados a la idea de ciudadanía, resulta en cambio más promisoría la universalización de la pertenencia a una comunidad política con vocación cosmopolita. No deseo ahora recorrer la vía y la propuesta de una ciudadanía cosmopolita *strictu sensu*, sino más bien cuestionar si la realización de aquella universalización del postulado de la ciudadanía ha de pasar por la construcción de un Estado mundial, si quedan disipados los riesgos de que algún tipo de gobierno de semejante tamaño no pudiera actuar despóticamente o si, por el contrario, hay otras alternativas que no pongan el acento universalizador en el Estado sino en el ciudadano. La pregunta sería algo así: una unión de ¿Estados o de individuos?

Tenemos la suerte de contar con un magnífico autor que explicitó tempranamente estas cuestiones. Las enseñanzas de Kant en *Hacia la paz perpetua* siguen siendo pistas muy válidas para pensar hoy estos problemas. Kant proclamó, en dicha obra, un Segundo artículo definitivo para la paz perpetua que preceptúa que «el derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres». Para el filósofo de Königsberg, la paz pasa irremediablemente por un pacto entre los pueblos:

«Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conducen a la guerra, que el de consentir leyes

---

<sup>5</sup> D. ZOLO, "La strategia della cittadinanza", en Id. (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 42.

publicas coactivas de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes) y formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra»<sup>6</sup>.

No olvidemos que para Kant la constitución a la que alude en el Primer artículo definitivo que debe poseer todo Estado debe ser republicana. Esa forma republicana sería algo semejante a lo que hoy se entiende por Estado de Derecho. Por tanto, la federación a instaurar es una unión de Estados republicanos o Estados de Derecho. En todo caso, la federación, como mantiene independencias y separaciones entre los Estados que la conforman, es mejor que la unión o fusión de todos ellos en un único gobierno o potencia mundial «que se convirtiera en una monarquía universal, porque las leyes pierden su eficacia al aumentar los territorios o gobiernos y porque un despotismo sin alma cae al final en anarquía, después de haber aniquilado los gérmenes del bien»<sup>7</sup>.

De forma contemporánea, dos eminentes filósofos de la política como Michael Walzer y John Rawls han alertado, en clave kantiana, de los riesgos de un gobierno mundial desde razones de distinta índole. El primero ha objetado la inviabilidad o imposibilidad de semejante sistema, mientras que Rawls ha remarcado su carácter indeseable e innecesario. Para Walzer, los Estados en su sentido westfaliano siguen siendo el último reducto para la protección de los derechos. Pero no es menos relevante que también sean los principales vulneradores de esa misma protección, y «eso es igualmente cierto con respecto a todos los demás agentes imaginables, incluido un hipotético gobierno mundial»<sup>8</sup>. Rawls, en su rechazo del Estado mundial, se basa en dos argumentos: primero, retomando

---

<sup>6</sup> I. KANT, *La paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán y presentac. Antonio Truyol, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24-26.

<sup>7</sup> I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., p. 40.

<sup>8</sup> M. WALZER, *Pensar políticamente*, selec., ed. e introd. de D. Miller, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2010, p. 362.

la tesis kantiana de que tal Estado sería o bien un imperio despótico, o bien un poder inestable incapaz de contener las demandas de independencia de los pueblos; y, segundo, en la afirmación de que la pluralidad de Estados puede ser suficiente para la paz bajo la asunción de que las democracias no han entrado en guerras abiertas entre sí<sup>9</sup>.

El contexto adecuado para pensar la universalidad de los derechos del ciudadano cosmopolita es una sociedad de Estados de Derecho igualmente cosmopolita. Así también lo ha visto, desde una lectura kantiana, el filósofo alemán Jürgen Habermas:

«El modelo normativo para una comunidad que no tiene la posibilidad de exclusión es el universo de personas morales, el “reino de los fines” de Kant. No es casual por lo tanto que en una sociedad cosmopolita sean sólo los “Derechos Humanos” los que conformen el marco normativo de la misma, es decir, las normas jurídicas con un exclusivo contenido moral.

(...) Mientras que la solidaridad de los ciudadanos de un Estado está arraigada en una particular identidad colectiva, la

---

<sup>9</sup> J. RALWS, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, trad. Hernando Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 49 y ss. Sobre los riesgos de que un gobierno mundial se convierta en tiránico han alertado, entre otros, J. HABERMAS, “La idea kantiana de la paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, en *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 147-155; J. MUGUERZA, “Los peligros del cosmopolitismo”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant*, R. Rodríguez Aramayo, J. Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 347 y ss.; y C. LEFORT, “La idea de humanidad y el proyecto de paz universal”, en *El arte de escribir y lo político*, ed. y trad. Esteban Molina, Herder, Barcelona, 2007, pp. 325 y ss.



solidaridad colectiva, la solidaridad cosmopolita debe apoyarse exclusivamente en el universalismo moral expresado en los Derechos Humanos»<sup>10</sup>.

Es decir, es la idea de universalidad de los derechos humanos la que gobierna la conformación de la sociedad cosmopolita. Ello implica que la garantía universal de los mismos derechos para todos por igual debe ser efectiva en esa comunidad cosmopolita de Estados. Ahora bien, en un mundo cada vez más globalizado en lo económico y más desigual en lo humano, difícil se hace pensar en esa universalidad de trato que requiere la constitución de una ciudadanía cosmopolita. Demasiadas evidencias desmienten hoy que la aspiración universalista de la condición de ciudadano llegue a ser una realidad cercana. En los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados del mundo hallamos normas que discriminan, de forma más o menos tajante, entre ciudadanos y extranjeros. Estas regulaciones claramente apuntan a una dirección contraria del camino que esperaríamos que recorriera un programa político en clave cosmopolita. Como bien ha denunciado el profesor Ermanno Vitale:

«Estas leyes son contradictorias no sólo desde la perspectiva del universalismo cosmopolita, que aspira a la abolición de la diferencia entre derechos fundamentales de la persona y del ciudadano, sino que también privan a los migrantes, de forma absolutamente incoherente, del ejercicio de los derechos del individuo previstos por las mismas constituciones de los Estados. De este modo, se tiende de nuevo

---

<sup>10</sup> J. HABERMAS, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, trad. Luís Pérez Díaz, Paidós, Barcelona, 2000, p. 140. Ver, también, el posterior trabajo de J. HABERMAS, “¿Una Constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, incluido en su libro *Entre naturalismo y religión*, trad. Francisco Javier Gil Martín, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 315 y ss.

a transformar los derechos universales del individuo en privilegios de la ciudadanía»<sup>11</sup>.

Si las ideas están, falta en cambio la voluntad política de llevarlas a cabo. Aun así, se han producido movimientos que ponen de manifiesto que la federación de Estados organizados por reglas cosmopolitas no es un ideal tan utópico. Algunos autores han sugerido algunos primeros pasos para repensar la democracia de base cosmopolita. David Held, entre otros, ha estudiado ampliamente en qué consistiría ese modelo cosmopolita de democracia, y sostiene que sería aquél que «promovería la creación de un poder legislativo y un poder ejecutivo transnacionales, efectivos en el plano regional y en el global, cuyas actividades estarían limitadas y contenidas por el derecho democrático básico»<sup>12</sup>.

No es preciso entrar aquí a debatir cuestiones eminentemente operativas acerca de la viabilidad y gestión de un sistema internacional de democracia cosmopolita. Pero creo que, al menos como ideal ilustrado y regulativo, una noción de ciudadanía universal que garantice los derechos básicos de todos los hombres y mujeres a vivir en paz y seguridad, a las libertades civiles y políticas y a una igualdad basada en una justa distribución de recursos, necesita, igualmente, un modelo de gobierno democrático cosmopolita. Este tipo de gobierno, para ser estable y no opresivo, descartada su versión despótica mundial, no estaría alejado de una suprafederación que dejara importantes márgenes de competencias a los distintos centros de decisión política, ya se sitúen estos en el nivel estatal, infraestatal o supraestatal<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> E. VITALE, *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, trad. Piero Dal Bon e Isabel Fernández Giua, Melusina, Tenerife, 2006, p. 54.

<sup>12</sup> D. HELD, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. Sebastián Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p. 321.

<sup>13</sup> No haciendo justicia al amplio tratamiento que ofrecen los siguientes autores, debo sin embargo simplificar sus argumentos en exceso para dejar anotadas posturas similares a la aquí mantenida: Habermas apuesta por un cosmopolitismo más débil que el de Held, y más cercano al planteamiento kantiano que, a través de la

Nada de todo ello exige la extinción, a la vista está, de los Estados nacionales como entidades políticas básicas<sup>14</sup>. Lo que sí exige el planteamiento cosmopolita es prescindir, en algún grado, de la noción de soberanía como característica depositada exclusiva y excluyentemente en el Estado. No se trata solo de que los Estados dejen de detentar su poder soberano en la forma clásica en que lo han venido ejerciendo, sino en avanzar hacia fórmulas que rompan con la forma tradicional de entender el Estado soberano moderno: no se trataría tanto de reubicar hacia arriba la soberanía estatal, ahora, en instancias supranacionales, sino de dispersarla en horizontal entre distintos ámbitos superpuestos de decisión y, por tanto, entre diferentes autoridades interconectadas en distintas escalas. Y ello asumiendo que los individuos mantenemos vínculos,

---

sociedad civil y la opinión pública y de estructuras aceptadas por los Estados en un largo proceso de democratización internacional, desembocaría en una organización internacional aunque sin forma estatal. J. HABERMAS, *El Occidente escindido*, trad. J.L. López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2009, pp. 132-134. Höffe aboga por una república mundial con parlamento bicameral, poder ejecutivo y poder judicial, compatible con los Estados, pero que “no es tan mínima como parece en un primer momento”. O. HÖFFE, “Pros y contras de una república mundial”, en *Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 14 y 25-28. Jesús González Amuchastegui también defendió la creación de instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales con competencias universales pero compatibles con los Estados nacionales. J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 295. Ferrajoli, por su parte, en una postura intermedia entre las dos anteriores, propone desarrollar sobre todo las instituciones globales de garantía, especialmente las judiciales, y no tanto las instituciones puramente gubernamentales. L. FERRAJOLI, “Costituzione e globalizzazione”, en M. Bovero (cur.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 118-133. Isabel Turégano, tras afirmar categóricamente que “todo Estado mundial sería, ipso facto, tiránico”, propone un pluralismo constitucional sin prioridad del legislativo, a lo que llama democracia postrepresentativa para el orden mundial. I. TURÉGANO, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Palestra, Lima, 2010, p. 99.

<sup>14</sup> Me parece que se produce, a diferencia de tesis más laxas mantenidas en trabajos suyos anteriores, una fuerte reafirmación de Martha Nussbaum, en su último libro, en defensa del “papel moral fundamental de la nación”, pues la nación “constituye la mayor unidad que sirve de vehículo efectivo a la autonomía humana y que es responsable ante las voces de las personas”. M. NUSSBAUM, *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2020, p. 25.

unos más fuertes y otros más débiles, simultáneamente con las diferentes comunidades políticas a las que pertenecemos a distintos niveles (local, nacional, supranacional...). Esos diferentes estratos de lealtades encontrarán mejor acomodo en una pluralidad interconectada de centros decisorios, más que pretender cobijarlos todos ellos bajo un único centro de poder<sup>15</sup>. La idea ya ha sido avanzada por Juan Carlos Bayón con la noción de gobierno democrático postsoberano:

«Una organización política postsoberana sería un sistema policéntrico basado en una distribución horizontal de competencias entre distintas unidades políticas de diversa magnitud geográfica, sin ninguna autoridad suprema en ningún nivel»<sup>16</sup>.

Existen, desde luego, otras alternativas que apuntan, más drásticamente, hacia la desaparición del concepto mismo de ciudadanía. Hace algunos años Luigi Ferrajoli ya escribió:

«La exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales es alcanzar –sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instalado a través de convenciones internacionales menciona-

---

<sup>15</sup> El planteamiento sigue la cadencia de Thomas Pogge: “Los individuos deben ser ciudadanos de una pluralidad de unidades políticas de varios tamaños y gobernarse a sí mismos a través de ellas, sin que ninguna unidad política sea dominante y desempeñe de ese modo el papel tradicional del Estado”. T. POGGE, “Cosmopolitanism and Sovereignty”, en *Ethics*, núm. 103, 1992, p. 58.

<sup>16</sup> Y ello sin optimismos desmedidos pues, al fin y al cabo, “la democracia parece exigir que alguna unidad política tenga autoridad última y sea por tanto soberana” y todavía hoy “tal vez la mejor forma de mantener los valores democráticos razonablemente a salvo en una época de crecientes interacciones transnacionales sea reforzar y mejorar el proceso democrático dentro de los estados-nación”. J.C. BAYÓN, “¿Democracia más allá del Estado?”, en *Isonomía*, núm. 28, 2008, pp. 43, 45 y 46.

das, pero de momento carente de garantías- un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal; y por tanto, en ambos casos, superando la dicotomía ‘derechos del hombre/derechos del ciudadano’ y reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, exclusivamente en cuanto personas, idénticos derechos fundamentales»<sup>17</sup>.

Se debe reconocer el atractivo de la propuesta ferrajoliana acerca de la necesidad de superar un concepto anquilosado de ciudadanía, pero quizás la idea de la extinción de dicha categoría no sea por el momento lo más propicio. En ausencia de un Estado mundial (que tampoco es deseable su llegada, ya vimos, por despótico), la ciudadanía me temo que seguirá atada al marco de los Estados-nación: ahora bien, son Estados, repito, que se confederan y avanzan en un proyecto cosmopolita de Estados de Derecho. Es decir, la propuesta más razonable me parece que pasa, no por el constitucionalismo mundial, sino por la confederación de Estados constitucionales. Una vez admitida esa premisa, el mantenimiento del Estado-nación se hace necesario. Cuando ese Estado-nación se confedera en la sociedad cosmopolita, la figura del ciudadano también debe superar su ligazón del estricto ámbito nacional y ampliarse hacia la inclusión e integración cosmopolita.

---

<sup>17</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trads. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, introd. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2010, p. 119. En sentido similar, Michelangelo Bovero afirma: “los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho a participar en la formación de ese mismo ordenamiento”. M. BOVERO, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, 2002, p. 24.

En cuanto al contenido que debe recoger esa ciudadanía inclusiva, nuevamente podemos hallar en *Hacia la paz perpetua* algunas pistas acerca de sus alcances y límites. Kant, en su Tercer artículo definitivo para alcanzar la paz, consagra que «el derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal»:

«Se trata en este artículo, como en los anteriores, de derecho y no de filantropía, y hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro (...). No hay ningún derecho de huésped en el que pueda basarse esta exigencia (para esto sería preciso un contrato especialmente generoso, por el que se le hiciera huésped por cierto tiempo) sino un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra»<sup>18</sup>.

En torno a estas ideas se ha pronunciado el profesor italiano Ermanno Vitale. Su propuesta cosmopolita se halla más cercana a Hobbes que a Kant. Vitale, en un intento de superar el corto espectro que alcanzaría el cosmopolitismo kantiano, limitado prácticamente a ese *derecho de visita*, ha planteado una ciudadanía entendida como universalista sobre la base de los individuos, y no tanto de los Estados, que la conforman. Es decir, la federación no sería de Estados propiamente, sino de individuos libremente constituidos que erigen un «Leviatán Internacional» capaz de salvaguardar la paz y garantizar los derechos fundamentales de todos los individuos del planeta. El contrato supranacional en el que piensa Vitale subraya la prioridad del individuo sobre los Estados, y son aquellos, y no estos, quienes concentran la capacidad para salir del

---

<sup>18</sup> I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, op. cit., pp. 63 y 64. Ver, al respecto, el cap. 1, “Sobre la hospitalidad: una relectura del derecho cosmopolita de Kant”, del libro de S. BENHABIB, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. Gabriel Zadunaisky, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 29 y ss.

*status naturae* hobbesiano en el que parece que se halla hoy la sociedad internacional, en el que los riesgos de muerte violenta son sumamente altos porque se carece de un sistema de normas que garantice eficazmente la seguridad de todos.

La idea hobbesiana de una comunidad internacional quizás sea menos ambiciosa que el programa kantiano, pero tiene el atractivo de una realización más modesta y plausible. Hobbes, como buen realista político, no parece creer que a escala global vayan a desaparecer todas las causas de muerte prematura; tampoco supone que, de repente, vayan a solucionarse por completo los conflictos locales y regionales de naturaleza económica, étnica, religiosa o racial. El modelo hobbesiano parte tan solo de la suposición de que el contrato tutela mejor la vida que el estado de naturaleza, pero no ofrece un programa político para la sociedad internacional, sino que se limita a plantear un punto de partida para la reflexión en términos generales y abstractos.

El contrato supranacional –que no cosmopolita– por el que apuesta Vitale es una versión del contrato social hobbesiano y, en cuanto tal, al que se le pueden dirigir las mismas objeciones que a este: al igual que es una hipótesis, no un evento histórico posible, que los individuos se reunieran para engendrar artificialmente un Estado, también es una ficción el acuerdo que origina el contrato supranacional. Si a Hobbes le bastó con imaginar que el Estado estaba conformado por elementos unitarios (los individuos) que lo componían para lograr entender su funcionamiento y proponer su articulación ideal, de la misma manera procede Vitale. El catedrático de la Università della Valle d’Aosta parte de la premisa de que no debemos desarticular el orden internacional existente sino solamente imaginarlo desmontado en los elementos indivisibles que lo componen –de nuevo, los individuos– y, a partir de ahí, sugiere proponer una reconstrucción racional que sirva como modelo teórico para observar la acción política internacional en un proceso en tres etapas:

«Podríamos imaginar un proceso en tres etapas que, mediante la difusión de la democracia interna en la mayoría de las naciones y a través de la supuestamente creciente capacidad de la diplomacia internacional para generar acuerdos en materia de desarme, distribución de recursos y equilibrio ambiental (primera etapa), permita la democratización y la definitiva pacificación de las relaciones entre las naciones (segunda etapa)»<sup>19</sup>.

En la tercera etapa se tendría que abordar el recurrente problema del *terzo assente* –en expresión de Bobbio– y ello implica que los Estados republicanos (democráticos) confederados tengan que realizar concesiones y cesiones de su soberanía a instancias supranacionales. Al final, la paz y seguridad de todos los pueblos ha de garantizarse aunque sea, en último recurso, mediante el expediente de la fuerza detentada por un poder legítimo:

«Sigue siendo posible imaginar una tercera etapa: la instauración de una autoridad soberana que legitime su poder mediante el consenso de los ciudadanos de todo el mundo. Dicha institución, en lugar de ser la expresión de las negociaciones entre las naciones (de relaciones entre Estados dispuestos a aceptar sus decisiones), sería el espacio de mediación y compromiso entre intereses y aspiraciones de los individuos titulares de derechos y sujetos de la política. Individuos que son los últimos destinatarios de las ventajas o de los sufrimientos que derivan de las decisiones de alcance planetario»<sup>20</sup>.

Incluso, en un esfuerzo de concreción de su propuesta, Vitale puntualiza que «el contrato supranacional podría tomar forma con la creación de una especie de “Corte Constitucional” que reciba y juzgue la admisibilidad de iniciativas referendarias supranacionales

---

<sup>19</sup> E. VITALE, *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, trad. Pedro Salazar, Fontamara, México, 2004, p. 45.

<sup>20</sup> E. VITALE, *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, op. cit., p. 45.



sobre asuntos de interés para la vida de todos los seres del planeta»<sup>21</sup>. Esta idea permitiría que los individuos se expresaran en condiciones formales de igualdad, sin menoscabar las identidades nacionales y las soberanías estatales. Aun así, Vitale no desconoce las dificultades prácticas que enfrentan estas ideas: ¿Cómo formar dicha comisión?, ¿Cuáles serían los requisitos cualitativos y cuantitativos para realizar un referéndum?, ¿Qué pasaría si algunos gobiernos deciden no adherirse y no aceptar, bajo el juramento de la razón de Estado, el uso de dicho instrumento?

Estos interrogantes, desde luego, no tienen fácil respuesta. Pero su formulación pone sobre la mesa pistas e indicios muy útiles para seguir estudiando y analizando el asunto. Que la posible realización del ideal cosmopolita se perciba hoy en una distancia lejana casi inalcanzable no significa que debamos rechazarlo como un horizonte regulativo deseable al que aspirar.

---

<sup>21</sup> E. VITALE, *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, op. cit., p. 47.

# **BREVES DIGREÇÕES À OBRA TEORIA DEL DERECHO - UNA CONCEPCION DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA**

José Alcebiades de Oliveira Junior  
Doutor em Direito.  
UFRGS y URI.

## **PREÂMBULO**

Uma vez mais, para o meu regozijo e alegria, fui convidado pelo prof. Dr. Ávaro Sanchez Bravo, Doutor em Direito e Maestro da Universidade de Sevilha, Espanha, a quem devo muita atenção e homenagens por ele ter realizado sem o meu conhecimento e merecimento, um maravilhoso livro de homenagens a minha modesta pessoa, e mesmo porque ele já levou adiante vários e significativos e-books para homenagear a distintos professores doutores de muitas e prestigiosas universidades do mundo inteiro. E é nesse sentido que realizaremos alguns comentários sobre aspectos da magnífica obra do prof. Antônio Henrique Perez Luño, acima referida, pedindo desculpas, desde já, por alguma má interpretação de mais essa contribuição desse grande professor espanhol aqui trazida à baila.

## **CAP. I - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO DIREITO (P.19-26 OBRA REFERIDA)**

Sobre pressupostos da Experiência Jurídica, o renomado professor Antônio Enrique Perez Luño, dentro de uma perspectiva de delimitação conceitual do Direito, aborda vários dos aspectos dessa experiência, dos quais salientaremos alguns dos seus valiosos comentários sobre os seguintes aspectos que nos parecem continuar como essenciais para qualquer busca de delimitação

desse fenômeno em várias partes do mundo ocidental: “La experiência jurídica como experiência de vida social (pg.20), e, também, sobre a ambivalência da experiência jurídica, ou seja, se o direito funciona mais como um instrumento de domínio e/ou de liberdade”. E as respostas parecem evidentes aos olhares de muitos que sobrevivem em permanente estado de carências e de dignidade, quer sejam elas jurídicas, sociais, morais ou educacionais.

Assim, não há como negar que em qualquer caso, o Direito é uma experiência de vida e de tentativa de sociabilidade. E sua condição social advém do fato dele ser um produto da atividade humana, e também como o resultado desse atuar normativo afim do estabelecimento de regras que tornem possível a convivência entre os seres humanos.

Diante do exposto, o que tem preocupado os intelectuais da área, dentre os quais eu me incluo, é o fato, dentre outros, que diz respeito, justamente, a uma questão inegável que é a de que o direito que prevalece é sempre o daquele que possui maiores e melhores condições sociais e econômicas.

E essa afirmação, infelizmente, se aplica a todas as partes do mundo em que vivemos! Portanto, tomando em conta o texto brilhante do professor Perez Luño e sua análise pontual dos pressupostos da experiência jurídica (pgs, 23 a 26), não há como vislumbrar a participação popular no Direito, e, muito menos ainda, no que diz respeito ao Direito ser um instrumento mais de liberdade do que de domínio...E eu complementaria de maneira singela mas sincera, que infelizmente o nosso direito ocidental, não tem dado respostas satisfatórias a essa dicotomia apontada corretamente pelo prof. Perez Luño, sendo que mesmo sem ser marxista ou mesmo não o sendo, não há como deixarmos de ver que ele, o Direito, tem funcionado muito mais como um instrumento de domínio dos setores mais fortes do que da libertação dos setores mais oprimidos.

## **CAPÍTULO IX - TEORIA DEL DERECHO - PEREZ LUÑO**

Pois bem. Dito isso até agora, procurando demonstrar a complexidade não só do Direito e das Instituições Jurídicas em face de uma realidade social muito complexa e bastante desigual, embora repetindo o que já dissemos em outros momentos, nos chamou muito a atenção no livro do professor Pérez Luño o capítulo IX, intitulado “Relaciones entre Derecho, Moral y Política - Teoría y Práctica”. Por isso realizaremos agora algumas abordagens sobre esse capítulo IX afim de esclarecer bem do que estamos falando e tratando. De maneira bastante didática o professor em estudo apresenta quatro modelos dessas possíveis articulações:

### O primeiro modelo seria o da separação radical

Esse modelo pode-se afirmar que é bem conhecido na academia e diz muito com respeito as posições do grande jurista Hans Kelsen, pai da Teoria Pura do Direito. E como diz Perez Luño, a ideia de pureza é um dos aspectos mais salientes que diferenciam Kelsen de outros pensadores, e ele está baseado na divisão kantiana entre ser e dever ser.

### O segundo modelo: o da separação relativa

Esse modelo tem em Herbert Hart o seu defensor, que entendia pela necessidade de distinção entre regras de um bandido e do Estado.

### O terceiro modelo: o da integração absoluta

Neste modelo, que tem muitos defensores, cabe ressaltar apenas o papel desempenhado por Radbruch, que propunha um jusnaturalismo integrador das ideias éticas com o Direito Positivo

## E o quarto e último: o da integração relativa

Esta postura tinha em mente algo interessante que, dentre outras coisas, propunha um rechaço do relativismo e do escepticismo axiológicos.

Enfim, como diz o nosso mestre Perez Luño, ainda existem as teorias mais atuais como as de Herbert Hart e de Ronald Dworkin, o primeiro falando da existência de uma regra de reconhecimento no Direito, e o segundo, falando na necessidade de aplicação do Direito a partir de uma teoria dos princípios, creio que ficamos mais do que em qualquer outra situação do que a possibilidade de afirmarmos que nesse âmbito das regras e dos princípios praticamente tudo vale e tudo cabe dentro desse guarda-roupas da justiça atual em nível mundial.

Parte segunda deste texto: Terceira Parte da obra em análise, Direito e Sociedade: Direito, Moral e Política como formas de organização social.

## **CAPÍTULO VII - DIREITO, MORAL E POLÍTICA EM PERSPECTIVA HISTÓRICA**

Como assinala Perez Luño (pg. 105 op.cit.), em teorias bastante difundidas na atualidade, como Kelsen, Ross, Bobbio e outros, parece um fato consumado que direito, moral e política, são sistemas normativos distintos que, por sua vez, engendram saberes diferenciados. Ora isso foi bom para a metodologia científica em determinada época, mas não corresponde mais a realidade de um mundo com grandes diferenças sociais, raciais e econômicas e que necessita de um Direito mais sensível ao desenvolvimento bastante desigual das questões econômicas nas atuais sociedades capitalistas.

## PALAVRAS DE ENCERRAMENTO

Pois bem, fizemos a tentativa através destes escritos para assinalar o quanto é complexa a realidade do Estado e do Direito quando deles se esperam as melhores respostas para um mundo feliz, responsável, igualitário e em paz. Vai aqui pois, o nosso mais sincero agradecimento aos ensinamentos do prof. Perez Luño na obra aqui descrita ao início deste texto. Mas com o que foi dito se demonstrou que não restam dúvidas de que esse lugar almejado e chamado de Justiça, não está tão perto da raça humana vivente nesse globo terrestre, cheio de ameaças e surpresas.

Mas se me permitirem, gostaria ainda de colocar aqui uma breve relação de livros que escrevi sobre todos esses temas, alguns sozinho e outros com co-autores, quer por determinado ângulo, quer por determinado outro ponto de vista, livros também relacionados aos Direitos Humanos. E aqui estão:

- 1- Cidadania Coletiva (obra coletiva), organizado por José Alcebiades de O. Junior e prof. José Rubens Morato Leite. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. 288 pgs.
- 2- O Novo em Direito e Política, organizado por mim e também obra coletiva, publicado pela Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.
- 3- Teoria Jurídica e Novos Direitos. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.
- 4- Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais, vários autores, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2010.
- 5- Direitos Fundamentais e Contemporâneos. Vários Autores, Lumen Juris/Direito, 2012.
- 6- Sociologia do Direito - Desafios Contemporâneos, José Alcebiades de Oliveira Junior e Leonardo da Rocha de Souza. Livraria do Advogado/Editora, Porto Alegre, 2016.

Encerra-se o presente escrito com os melhores agradecimentos ao convite do prof. Dr. Álvaro Bravo e sua incansável colaboração com Academia Jurídica em nível mundial.

# METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO

Juan Raso Delgue

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Direito do Trabalho, ha sido Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Facultad de Derecho - Universidad de la República.

## INTRODUCCIÓN

Constituye un gran honor haber sido invitado a participar en la publicación del libro en homenaje al distinguido Dr. Félix Salvador Pérez, quien fuera Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla y cuyos trabajos son ampliamente reconocidos por la doctrina iberoamericana. Lamentablemente la alegría de participar en esta obra se ve empañada por su inesperado fallecimiento, que obliga a publicar el presente libro de homenaje "In Memoria".

Para rendir tributo al apreciado profesor he elegido el tema del impacto del metaverso sobre en el trabajo y las respuestas de nuestra disciplina, elección que no ha sido casual, puesto que el querido profesor en los últimos años estaba precisamente investigando las repercusiones de la tecnología en los sistemas de contratación profesional.

## UNA DIMENSIÓN VIRTUAL ALTERNATIVA: EL METAVERSO

Al abordar la temática objeto de estas reflexiones, se anuncia en la incesante evolución de la sociedad y del trabajo, una nueva realidad - el metaverso - que construye un espacio virtual - paralelo a la dimensión real o física -, obligando a una redefinición del propio



rol del derecho (en nuestro caso el Derecho laboral) para establecer nuevas reglas y tuteladas ante paradigmas que se alejan cada vez más de lo que definíamos como trabajo típico, es decir subordinado y asalariado.

Al abordar un tema de actualidad, complejo y no fácil de aprehender en su cabal comprensión, debemos procurar aproximarnos a la investigación sin prejuicios, intentando focalizar todos los aspectos del metaverso - positivos y negativos - porque como expresa Morin, “La realidad es compleja; los fenómenos son complejos y no se pueden explicar a través de afirmaciones radicales, las que pueden conducir a visiones parcializadas de la realidad”<sup>1</sup>.

Hace tan solo unos meses, pocas personas conocían la expresión “metaverso”, realidad digital que, como muchas nuevas expresiones tecnológicas comienza a expandirse rápidamente a nivel global. De habernos alguien preguntado nuestra opinión sobre el trabajo en el metaverso, no hubiéramos sabido contestar, imaginando además que la pregunta tenía más relación con un taller de literatura y con la métrica poética de los versos, que con las relaciones laborales.

Hoy comprobamos que el metaverso será una nueva dimensión de construcción de los vínculos sociales, que se proyectará también sobre el el trabajo. Pero, ¿qué significa la palabra “metaverso”? Como muchas palabras de la modernidad, la nueva expresión busca legitimar su significado en la antigüedad. La preposición “meta” (·ετᾶ) significaba para los griegos lo que está “más allá” o “lo que se ha transformado”: de esta preposición, nacieron palabras como metafísica, metástasis, metamorfosis, etc. La palabra “metaverso” une el prefijo *meta* con “verso”, entendiendo por tal la contracción de “uni-verso”: por lo tanto “meta-verso” pretende

---

<sup>1</sup> MORIN E., *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona 1994, p. 34.

significar algo que está más allá del universo, tal como lo hemos conocido hasta el presente.

El 28 de octubre 2021 Mark Zuckerberg - CEO (Facebook) - anunció durante el evento Facebook Connect 2021, que la próxima “meta” (empleó esa palabra, jugado con su ambiguo significado) de Facebook sería el mundo virtual y que el gigante tecnológico pasaría a llamarse *Metaforms*. “El metaverso - agregó - será un espacio virtual 3D donde se podrá compartir experiencias envolventes con otras personas, y realizar actividades juntos, que no serían posibles en el mundo real”.

Pero no fue Zuckerberg quien “inventó” la palabra. La visión de un mundo virtual - cuyo cyberspacio se denomina “metaverso” - fue concebida hace ya tres décadas por el escritor Neal Stephenson en su novela de ciencia ficción “Snow Crash” (1992): en el ambiente virtual imaginado por el autor, vivirá el “avatar” (otra palabra originaria del libro) del protagonista. Stephenson seguramente no imaginaba que su construcción literaria - ese mundo donde un repartidor de pizza (un *ryder* “ante-tempus”) se convertía en príncipe guerrero en el “Metaverso” - se transformaría en el gran desafío de Internet.

Hoy, la ciencia ficción expresada en la novela de Stephenson, se está volviendo ciencia “a secas”, con una rapidez tal que desorienta ante el especial impacto que la nueva virtualidad planteará para el fenómeno siempre complejo de las relaciones laborales.

En el Foro Económico Mundial celebrado en Davos del 17 al 21 de enero de 2022 la palabra “metaverso” ingresó oficialmente en el debate global. En el referido contexto económico, Masterson pronostica que en el año 2026 un cuarto de la población mundial ingresará por lo menos una hora por día en el Metaverso, donde se dedicará a hacer compras, estudiar y trabajar. En la nueva dimensión virtual, las personas utilizarán tokens para comprar o vender,

lo cual a su vez determinará que el 30% de las organizaciones mundiales ofrecerán productos y servicios en el metaverso, según indica una investigación realizada por la empresa especializada Gartner<sup>2</sup>.

Si bien el metaverso implica una verdadera revolución de las redes sociales, para comprender sus principales características alcanzará con tomar contacto con un adolescente (o aun un pre-adolescente), acostumbrado a construir en su *tablet* su mundo virtual de aventuras con programas como *Roblox* o similares. Esos juegos – hoy bidimensionales – se convertirán en un entorno creíble en 3D, al que ingresaremos, por lo menos por ahora, con un visor especial y dos controles (uno en cada mano), pudiendo actuar con una amplitud de opciones desconocidas en el pasado. Pero el metaverso es algo más que la simple visión de imágenes tridimensionales: es un espacio tridimensional al que ingresamos para compartir actividades con otras personas, que también decidan actuar en esa dimensión.

Como expresa Nisa Avila, el Metaverso debe ser visto como un nuevo sistema de relaciones sociales: “un nuevo mundo dentro del mundo”, una realidad alternativa a la realidad natural, que “pretende ofrecer a sus usuarios/ciudadanos la posibilidad de sustituir bajo demanda o por diferentes circunstancias la realidad natural por otra distinta”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MASTERSON, V., *We could be spending an hour a day in the metaverse by 2026. But what will we be doing there?*, World Economic Forum, 31/03/2022, en [https://www.weforum.org/agenda/2022/03/hour-a-day-in-metaverse-by-2026-says-gartner/?utm\\_source=sfmc&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=2772344\\_Agenda\\_weekly-8April2022&utm\\_term=&email-Type=Agenda%20Weekly](https://www.weforum.org/agenda/2022/03/hour-a-day-in-metaverse-by-2026-says-gartner/?utm_source=sfmc&utm_medium=email&utm_campaign=2772344_Agenda_weekly-8April2022&utm_term=&email-Type=Agenda%20Weekly), fecha de consulta: 12/5/22

<sup>3</sup> NISA AVILA, J. A., *El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas*, en <https://www.worldcomplianceassociation.com/3050/articulo-el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas.html>, fecha de consulta: 7/5/2022.

Para interactuar en el nuevo dominio tecnológico - en este “nuevo mundo” -, deberemos construir un “avatar” propio, algo así como un personaje digital armado a nuestra semejanza que será el interface de los avatares contruidos por las otras personas. A vía de ejemplo, una clase docente en el metaverso se concretará a través del avatar del profesor, que se intercomunicará con los avatares de los estudiantes. En el mundo laboral, el avatar de un trabajador actuará frente al avatar de su empleador. Cada uno de nosotros (como personas físicas) veremos en el metaverso el avatar del “otro”, mientras que nuestro interlocutor nos verá como un avatar digital.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en una conexión por *zoom* o *skipe*, no nos veremos con nuestra imagen auténtica, sino con la imagen de un avatar parecido a nuestra imagen física. Ello determinará que la selección de la imagen del avatar, así como su forma de actuar y vestir serán importantes para crear la necesaria empatía entre los participantes en la nueva dimensión. Cuanto mayor sea la similitud entre nosotros y nuestro avatar, más fácil será dar credibilidad a nuestra interacción. Ello no excluye que evoluciones posteriores del metaverso permitan construir avatares con formas que pueden confundirse con nuestras características físicas, aunque - por ahora - el “muñeco” digital parece ser la forma predecible de intervención en el metaverso.

## **ACTUAR Y TRABAJAR EN EL METAVERSO**

Como indicado, en el metaverso podremos jugar, viajar, visitar museos, ir de compras y - por supuesto - trabajar. En una primera aproximación, es fácil imaginar el trabajo en el metaverso como una forma avanzada de teletrabajo: una vuelta de tuerca más, para volver cada vez más real la interacción remota en el espacio digital.

En una realidad cada vez más próxima el metaverso será un “lugar de trabajo”<sup>4</sup> para muchos trabajadores. En esa dimensión podremos reunirnos en espacios colaborativos, realizar actividades que practicábamos por teletrabajo como compra-venta, finanzas, telemedicina, etc. En el caso de personas formadas en las ciencias jurídicas o en las relaciones laborales, éstas podrán – a través de su identidad digital - enseñar, participar en una audiencia judicial o interactuar desde la gerencia de recursos humanos con los trabajadores de una empresa.

El gran desafío será construir competencias y habilidades laborales que permitan crear una experiencia de trabajo más interactiva y colaborativa para los trabajadores remotos<sup>5</sup>. Los conocimientos necesarios propios de la actividad que el trabajador desarrolle deberán complementarse necesariamente con conocimientos avanzados en el manejo de las tecnologías y las habilidades para actuar a distancia. Para ello es necesario pronosticar e individualizar a breve y mediano plazo cuáles serán las habilidades y competencias necesarias para conservar o mejorar la empleabilidad en el metaverso, ajustando la formación a esos requerimientos. Ello constituye un especial desafío para nuestros sistemas universitario, donde los planes de enseñanza terciarios se diseñan para formar en profesiones, tareas y competencias tradicionales, con alto componente académico y para desarrollar actividades en el mundo real. Las curriculas universitarias de las diversas carreras terciarias deberán incluir formación en el uso de tecnología, así como en la nueva organización del trabajo, donde cada vez más el individuo interactuará con los robots o con avatares.

---

<sup>4</sup> ver DE STEFANO, V., ALOISI, A. y COUNTOURIS, N., *The Metaverse is a labour issue*, 1º febrero de 2022, en <https://socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue#:~:text=The%20Metaverse%20has%20been%20talked,raises%20very%20serious%20labour%20concerns.&text=In%20mid%20January%2C%20the%20news,series%20of%20such%20massive%20investments>, fecha de consulta: 15/03/2022

<sup>5</sup> *idem*

Entre las competencias que serán muy requeridas en los profesionales del metaverso se destacarán la empatía y la disposición al trabajo grupal. El trabajador del metaverso deberá a través de su avatar construir confianza con su interlocutor, mientras que la empatía profesional deberá complementarse con una empatía grupal, que permita a todos los agentes del espacio virtual obrar en sintonía y con la mayor disponibilidad posible. Finalmente los trabajadores deberán ser más rápidos, desarrollar una mayor responsabilidad en la resolución de problemas e intervenir con creatividad e iniciativa individual cuando sea necesario.

Ante la nueva dimensión virtual los jóvenes tendrán mayor facilidad que los ancianos para abordar los nuevos desafíos. Como expresa Bodewig en conceptos trasladables al tema en estudio, “la edad es importante: en el mercado laboral del siglo XXI que cambia rápidamente, los trabajadores necesitan sólidas habilidades cognitivas y sociales para realizar trabajos cada vez más creativos y convertirse en aprendices exitosos de por vida. Sin embargo, los trabajadores de mediana edad y mayores en las economías emergentes y avanzadas suelen estar mal preparados: según datos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), estos tienden a ser menos hábiles para resolver problemas y a tener menos experiencia en el uso de la computadora, que los trabajadores jóvenes”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, tan importante como la formación de las nuevas generaciones en el desarrollo de competencias que permitan ser eficiente en la interacción digital, habrá que imaginar planes de reconversión profesional para recalificar a trabajadores con una edad superior a los 45 años, para los cuales el pasaje al trabajo en

---

<sup>6</sup> BODEWIG, C., “Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?” en *VOCES*, 3 9 2017, Worldbank.org, quien cita a OCDE (2016), *Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*, (<https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores>), fecha de consulta: 15/11/21.

el metaverso podrá ser un obstáculo en el desarrollo de sus carreras o - directamente - marcar la pérdida de su trabajo y la expulsión del sistema laboral.

Trabajar en esta nueva realidad virtual acentuará los males del teletrabajo, en la medida que la nueva modalidad no solo acentuará nuestro aislamiento y todas las dificultades vinculadas a la conexión digital, sino que además exigirá una mayor concentración y especiales habilidades para dar credibilidad al avatar que nos representará.

Pero además el trabajo en el metaverso incrementará los costos del trabajador, que no siempre podrán trasladarse al empleador. Más allá del costo de las propias tecnologías (visores especiales, ropa *wearable*, chips, etc.), deberemos construir el avatar y... ¡vestirlo! Para que un avatar participe en una reunión de Directorio con corbata, probablemente deberá adquirir esa prenda en la propia dimensión virtual, donde ya es posible adquirir alhajamiento y vestimenta. La revista de moda *Cosmopolitan* anuncia que “la moda y el metaverso van a cambiar con la ropa digital de nuestro armario”: podremos comprar para nuestro avatar vestidos, cartas, camisas y cualquier otro complemento con los llamados *NFT* (Tokens No Fungibles). La imagen de una persona que se presente a una entrevista de trabajo dependerá también de la ropa virtual que haya adquirido para su avatar.

Finalmente, el nuevo avance tecnológico acentuará la desigualdad entre trabajadores altamente formados, con recursos y competencias para acceder a los nuevos conocimientos, y aquellos que quedarán al margen por nivel de instrucción o motivos económicos o por las locaciones geográficas que no les permita acceder a las necesarias infraestructuras tecnológicas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver nuestras consideraciones sobre el tema de “La exclusión digital”, en <https://elblogdejuanraso.blogspot.com/2022/03/la-exclusion-digital.html> , Montevideo, 28/03/2022.

## LA GLOBALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Si bien el fenómeno ya era evidente en el teletrabajo, el metaverso profundiza la idea de la globalización del vínculo laboral. Si la globalización de la economía significa que las empresas pueden producir y comercializar con un mercado global, la globalización de la contratación laboral implica que cualquier empresa podrá contratar a cualquier trabajador del mundo para que obre en la dimensión digital del metaverso.

Ya operan a nivel mundial plataformas como Deel, que prometen a las empresas

contratar a trabajadores en cualquier lugar del mundo, asumiendo la plataforma la responsabilidad de cumplir con la legislación local aplicable al trabajador<sup>8</sup>. La nueva modalidad de contratación llevará inevitablemente a una competencia a nivel global, con un efecto “dumping” que destruirá las tutelas del Derecho del Trabajo y/o que favorecerá la vinculación con trabajadores de países con reducidas tutelas laborales y fiscales.

Ello llevará a una dolorosa consecuencia. Mientras por un lado nos preocupa el “dumping” laboral, por el otro deberemos formar a nuestros trabajadores en habilidades digitales y laborales para operar en el metaverso, en competencia con otros trabajadores del mundo, bajo el riesgo que (los “nuestros”) queden excluidos de acceder y trabajar en la nueva dimensión virtual.

Con relación a la naturaleza del vínculo laboral, es probable que la economía de plataformas será el modelo de la contratación en el metaverso, a través de vínculos de semidependencia o independencia. Como expresan De Stefano & *al.*, en ese modelo las empresas ya han combinado de manera lucrativa una mayor vigilancia,

---

<sup>8</sup> <https://www.letsdeel.com/es/>, fecha de consulta: 16/03/2022



falso trabajo por cuenta propia y la “contratación masiva” de trabajo hacia el sur global, aprovechando las tasas salariales abismales y la protección cero. Las experiencias actuales demuestran que los trabajadores colaborativos no son detenidos por las zonas horarias y se acostumbran a trabajar durante mucho tiempo en horas “no sociables” para clientes en todo el mundo.<sup>9</sup>

Las actuales tendencias laborales – agregan los autores – promoverán aun más el trabajo a distancia: ¿para qué salir de casa para ir a una tienda y pedir consejo sobre un artículo, si uno puede hablar satisfactoriamente con un dependiente, representado por su avatar, y comprar el artículo en línea?<sup>10</sup>.

## TUTELAS JURÍDICAS Y METAVERSO

### EL DOMINIO TECNOLÓGICO DEL METAVERSO

El control de la dimensión metaverso otorgará un poderoso dominio sobre las relaciones laborales del futuro. Por lo tanto objetivo de los Gobiernos será el de evitar un sistema de metaverso gestionado monopólicamente por Facebook (hoy *Meta*) o por Apple o por otra megaempresa de comunicaciones, que podrían limitar el ingreso al metaverso a una o más personas, a los integrantes de una organización, a un país. Hoy comprobamos que aplicaciones como Whatsapp tienen una potestad casi total sobre las comunicaciones telefónicas via celular: tal situación deberá evitarse en el desarrollo de las tecnologías del metaverso<sup>11</sup>.

En esta línea, la Unión Europea está trabajando en el *Digital Service Act* para favorecer la interoperabilidad entre diversas plataformas y no permitir un “ambiente cerrado de trabajo”. La Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*) es una iniciativa legislativa

---

<sup>9</sup> DE STEFANO, V. & *al.*, ob. cit.

<sup>10</sup> *idem*

<sup>11</sup> *idem*

propuesta por la Comisión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo en enero de 2022, focalizada en la creación de un “espacio digital seguro” para los usuarios digitales y las empresas, con la finalidad de proteger *on-line* los derechos fundamentales. El conjunto de sus normas – lo reiteraremos más adelante – establece obligaciones para las plataformas y la rendición de cuentas en todo el mercado único abrirá nuevas oportunidades para prestar servicios digitales a través de las fronteras, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección a todos los usuarios, con independencia del lugar donde residan en la UE.<sup>12</sup>

Las nuevas disposiciones pretenden limitar el poder que actualmente tienen las denominadas grandes tecnológicas, Google, Amazon, Meta (antes Facebook) y Apple, y además, afectará a cualquier servicio digital, por pequeño que sea, que opere en la UE. En definitiva, como expresa la nueva Ley de Servicios Digitales de la UE se basa en una idea fundamental (y muy sencilla); que lo que es ilegal en el mundo físico, también sea ilegal en el mundo digital<sup>13</sup>.

El trámite legal de la Ley, luego de la aprobación por el Parlamento Europeo, sigue en la actualidad con las conversaciones en el Consejo de Europa y en la Comisión Europea, donde los gobiernos de los Estados miembros negociarán el contenido específico de las normas. Cuando finalice esta fase de negociación, el texto, con los cambios que hayan podido acordar, volverá al Parlamento Europeo para votar una versión definitiva y aprobar la ley. Aunque se espera

---

<sup>12</sup> Comisión Europea, *Ley de Servicios Digitales: para un entorno online responsable y seguro*, en [https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_es](https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es), fecha de consulta: 20/03/2022.

<sup>13</sup> Grupo Atico34, *La nueva Ley de Servicios Digitales (DSA) de la Unión Europea*, s.f. en <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ley-de-servicios-digitales-dsa/#:~:text=Como%20hemos%20dicho%20m%C3%A1s%20arriba,el%20contenido%20de%20la%20ley.>, fecha de consulta: 20/03/2022. Nota: Grupo Atico34 es una de las principales consultoras tecnológicas españolas, especializada en el tratamiento de la información a nivel corporativo, con presencia en más de 26 ciudades de ese país.

que la ley se apruebe a lo largo de 2022, es muy probable que no entre en vigor hasta 2023 o 2024<sup>14</sup>.

## **METAVERSO Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

La posibilidad de contratar en línea a los trabajadores a través de agencias globales no solo planteará cuestiones relativas al *dumping* laboral y la búsqueda de trabajadores en locaciones geográficas con bajas tutelas, sino que planteará también la cuestión del derecho y la jurisdicción aplicable a los vínculos laborales. ¿Que juez entenderá en un conflicto laboral entre un trabajador uruguayo contratado en el metaverso por una empresa norteamericana, cuyo servidor está instalado en China? Y de entender la doctrina y la jurisprudencia nacional que se aplicará la ley nacional del trabajador, ¿ante que jurisdicción se ejecutará una sentencia de condena de una empresa, que no tenga sede en el país?

Si bien estos problemas eran ya relevantes en la modalidad del teletrabajo, el metaverso y en general el futuro de las tecnologías abren un panorama complejo que expone la creciente debilidad del trabajador en el nuevo modelo, como veremos a continuación.

Por lo tanto una de las principales preocupaciones que plantea el trabajo en el metaverso (preocupación ya originada en el teletrabajo) será determinar la legislación aplicable a los conflictos laborales originados en vínculos internacionales, que se susciten en el mundo digital.

Las opciones pueden ser diversas; desde la aplicación de la legislación del país sede de la empresa que se beneficie de los servicios del trabajador, a las normas del país donde operen los servidores

---

<sup>14</sup> *idem*

de la empresa o de la aplicación tercerizada. También se podrá invocar la legislación del lugar del domicilio del trabajador.

La cuestión es confusa en la legislación uruguaya, aprobada en fecha reciente. En efecto el Art. 50, Lit. F de la Ley 19.920 de 27/11/2020 (Ley General de Derecho Internacional Privado)) expresa: “Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador”. La razonable solución que ampara al trabajador muchas veces imposibilitado de promover un juicio en el domicilio del empleador, exceptúa de tal solución a los contratos a distancias, es decir los vínculos laborales de teletrabajo y las futuras contrataciones a distancia en el metaverso.

El art. 47 de la ley, que refiere a los contratos a distancia, expresa: “El perfeccionamiento de los contratos celebrados a distancia, se rige por la ley de la residencia habitual o establecimiento de la persona de la cual partió la oferta aceptada”.

Como recuerda Loustaunau, citando a Gamarra, “perfeccionamiento equivale a formación o conclusión del contrato; un contrato está perfecto cuando, por haberse reunido todos sus elementos esenciales, nace a la vida jurídica”<sup>15</sup>. El juslaboralista compatriota señala la trascendencia de los contratos a distancia, “en la medida que en la actualidad el fenómeno del teletrabajo transfronterizo es una realidad cotidiana, especialmente en las TICs. El reclutamiento, suele realizarse por personal instalado en diferentes países

---

<sup>15</sup> LOUSTAUNAU N., “El conflicto de las leyes en el espacio y su nueva regulación a través de la ley N° 19.920”, en rev. Derecho Laboral V. 64, N° 281, p. 189 y ss., quien cita a GAMARRA, J., Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XI, 3ª Ed., Montevideo, 1979, pág.129

e incluso por teletrabajadores que dependen de consultoras independientes instaladas en el ciberespacio, que realizan sus ofertas a través de redes sociales, mensajería celular, etc.”.

El punto de conexión establecido por el art. 47 lejos de solucionar la normativa aplicable al trabajo a distancia en el metaverso, planteará muchos problemas, que la normativa no logrará solucionar. En tal sentido Fresnedo de Aguirre ha expresado: “El fundamento del cambio parcial de la solución vigente fue facilitar la determinación del lugar donde se realiza el punto de conexión, particularmente en aquellos contratos celebrados por medios informáticos. En estos últimos resulta a veces imposible determinar de donde partió la oferta, que se envió masivamente a través de redes sociales, o desde un host situado en un lugar no conocido, entre otras circunstancias”<sup>16</sup>.

Imaginemos la siguiente situación: un trabajador uruguayo es contratado a través de la empresa XX (intermediaria de mano de obra a distancia) con sede en Amsterdam, para trabajar en el metaverso de una empresa australiana. ¿Que juez y que legislación se aplicará en caso de incumplimientos laborales? Loustaunau, especialista en el tema, al que hemos consultado en comunicación directa opina que estamos ante un contrato celebrado a distancia; por ende, el criterio que se aplicaría según el art. 47 es que el contrato se encuentra regulado por la legislación del País del residencia habitual o establecimiento del sujeto de donde partió la oferta de trabajo finalmente aceptada, que en la hipótesis parecería ser Holanda. En el hipotético caso que sea imposible determinar el lugar "de residencia habitual o establecimiento" del oferente, la ley aplicable sería la del cumplimiento de contrato (art. 48), el cual se interpretara según a los siguientes criterios indicados en el art. 48 inciso c :

---

<sup>16</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, , C., Actualización Curso de Derecho Internacional Privado, FCU, Montevideo, 2021, cit., Pág. 77 y ss., citado por LOUSTAUNAU N., ob. cit. p. 189-190.

*"1) Si el servicio recae sobre cosas, por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.*

*2) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producir sus efectos.*

*3) Fuera de estos casos, por la ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato al tiempo de la celebración del mismo."*

En el caso concreto, parecería que debe aplicarse la Ley australiana, ya que allí se producirían los efectos del contrato. Sin embargo es importante señalar que la jurisdicción competente no será ni la holandesa, ni la australiana, porque - conforme al artículo 59, numeral E<sup>17</sup> -, si el que demanda es el trabajador y su domicilio es en la República, serán competentes nuestros Tribunales<sup>18</sup>.

Otro problema vinculado a las tutelas del derecho laboral internacional refiere a la posibilidad de ejecutar un crédito, lo cual implicará nuevas dificultades para aquellos trabajadores que quieran recuperar créditos impagos de sus empleadores.

En definitiva, las normas nacionales plantean una verdadera situación de indefensión jurídica para aquellos trabajadores que presten actividades a distancia a través de aplicaciones u otras plataformas digitales, como es el caso que nos ocupa.

---

<sup>17</sup> Artículo 59, Ley 19.920: (Soluciones especiales).- Los Tribunales de la República tienen, además, competencia en la esfera internacional:

(omissis)

E) En materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en la República.

<sup>18</sup> LOUSTAUNAU N., comunicación personal con el autor del día 23/03/22.

## LA TUTELA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TRABAJADOR

Las consideraciones expresadas muestran la amplitud de los problemas y desafíos que se plantearán para el Derecho del trabajo y al mismo tiempo las dificultades de respuesta de una disciplina que – en nuestra opinión – siempre “llega tarde” ante el impacto de las transformaciones tecnológicas. A continuación, examinaremos los “temas/problemas” individuales y colectivos, que deberán considerarse a la hora de establecer reglas y/o aplicar criterios y principios de evaluación para sistematizar las nuevas relaciones laborales

*Derechos individuales.* Problemas diversos plantearán los contratos a distancia para definir la esfera de derechos laborales del trabajador. El primero de ellos refiere al propio salario y plantea la cuestión de la licitud de los pactos en moneda extranjera y aún en monedas digitales como las criptomonedas. La definición de la moneda de pago planteará el segundo problema referido a las eventuales previsiones de la legislación sobre mínimos salariales y también aquí recurrirá el problema de definir la legislación aplicable en la materia, que en Uruguay en principio – y a partir de la lectura del art. 47 de la Ley N° 19.920 – debería ser la legislación del país desde el que se formula la oferta laboral.

En igual sentido deberán definirse las reglas que establezcan las condiciones básicas del trabajo, como ser los horarios de labor, las vacaciones pagas, indemnizaciones por finalización de contrato, etc.

También en la dimensión individual del vínculo laboral habrá que establecer la legislación aplicable en materia de seguridad social para proteger a los trabajadores del metaverso. En algunos casos podrá existir convenios con nuestro País, pero no debemos des-

cartar que las ofertas de trabajo provengan de plataformas instaladas en países con los que no existan acuerdos y que podrán además presentar sistemas muy frágiles de seguridad social.

Finalmente se plantea la cuestión de quien estará habilitado a realizar las inspecciones de trabajo. Entendemos que – por las propias características de los objetivos de las Inspecciones de Trabajo –, serán competentes aquellas que estén instaladas en los países en los que se efectúa la prestación de trabajo. En tales casos, también mnos preguntamos si podrán “avatares” de una Inspección del trabajo ingresar en el metaverso para cumplir con sus tareas y responsabilidades.

*Derechos colectivos.* Como ya indicáramos, es probable que el modelo laboral del Metaverso será el de las plataformas y aplicaciones, por lo cual los trabajadores serán contratados mayoritariamente como trabajadores autónomos, con el debate propio de la condición de independencia real o ficticia de los mismos.

Se planteará así la dificultad de construir solidaridad entre trabajadores supuestamente autónomos, pero además separado físicamente entre sí. La pregunta natural plantea por lo tanto como generar y organizar la solidaridad y promover la acción colectiva entre una fuerza de trabajo dispersa por todo el mundo que solo puede "reunirse" a través de plataformas propiedad de empresas<sup>19</sup>.

La fragmentación del trabajo dificultará la acción de las organizaciones sindicales para construir estructuras internacionales: la dimensión digital y el espacio del metaverso exigirán acciones sindicales globales, aunque la realidad muestra que los sindicatos tienen dificultades para unirse fuera de los territorios de sus países, porque siguen anclados a ideologías y regulaciones nacionales muy marcadas. Ya Ermida hace dos décadas alertaba sobre el hecho “la

---

<sup>19</sup> DE STEFANO, V. & *al.*, ob. cit.



globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el Derecho del trabajo y la acción sindical”<sup>20</sup>. Agregaba el autor uruguayo que

la necesidad de una acción sindical internacional está impuesta hoy por una razón estructural, que es la globalización. Si el sistema económico se globaliza, tarde o temprano se van a globalizar las relaciones laborales, y más vale para los sindicatos hacerlo más temprano que tarde, dándose ya las estructuras internacionales necesarias y desarrollando relaciones laborales extranacionales incluidas formas internacionales de negociación colectiva y de conflicto<sup>21</sup>.

Pese a la evolución de las tecnologías y la generalización de la globalización en las primeras dos décadas de este siglo, entendemos que las organizaciones sindicales aun no han sabido construir eficaces estructuras globales y ello tendrá inevitables repercusiones negativas en la nueva realidad del metaverso.

## **IMPACTO DEL METAVERSO EN LA SALUD DE LOS TRABAJADORES**

Como ha señalado la doctrina más destacada con relación al teletrabajo, el metaverso producirá efectos dañosos en la salud del trabajador. Así Sanguinetti Raymond recuerda las patologías que produce una exposición ininterrumpida a las pantallas informáticas, entre las que destaca:

---

<sup>20</sup> ERMIDA URIARTE, O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, p. 3, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999.

<sup>21</sup> *idem*

el llamado “tecnoestrés” en sus diversas manifestaciones, como la “tecnofatiga”, la “tecnoansiedad”, la “tecnofobia” o incluso la “tecnoadicción”; así como sus potenciales consecuencias diversas para la salud, tanto a nivel físico (trastornos musculoesqueléticos, enfermedades coronarias, infartos del miocardio), como a nivel psicológico (cuadro de depresión, ansiedad o angustia) e incluso conductual (desarrollo de adicciones, propensión a la violencia)<sup>22</sup>.

Coincide en los múltiples riesgos asociados al trabajo “en pantalla” Vallecillo Gámez (tecnofobia, tecnoadicción, tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoestrés), quien agrega: “A estos riesgos psicosociales tenemos que sumar los riesgos físicos, trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares, riesgos asociados al sedentarismo, riesgos de sobre exposición a las ondas electromagnéticas, etc.”<sup>23</sup>.

Seguramente para muchos trabajadores del metaverso podrá resultar difícil desconectarse, porque - como indica la experta de la Universidad de Jaen - se sienten forzados por las circunstancias laborales, por ejemplo tener que cumplir con una meta o haberse comprometido a terminar determinada tarea. En esta línea se señala que puede existir dificultades de desconexión por parte del trabajador, porque se genera “el sentimiento de culpabilidad por desatender el trabajo” y también por cierta “cultura del presentismo” en muchas organizaciones, en las que el trabajador percibe como algo positivo “marcar presencia”, porque “es más valioso el trabajador que manifiesta más disponibilidad sin atender al impacto sobre el derecho al descanso”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “¿Derecho a la desconexión o deber de reconexión digital?”, en *Columna de opinión en Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 78, 2021, pp. 2 y 3.

<sup>23</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados” en ADAPT, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N° 1, Enero-Marzo 2020, p. 231

<sup>24</sup> *ibidem*, p. 233

Entre los daños y patologías específicas del Metaverso seguramente existirán problemas de vista para personas que deberá trabajar durante horas con un “visor” concentrado en imágenes. No se excluirán además daños físicos, porque las personas que utilizan tecnologías inmersivas —como son precisamente los visores de realidad virtual - pueden desorientarse en el entorno del mundo real y provocarse lesiones. Incluso - añaden los expertos - podrían acostumbrarse a realizar acciones que no tienen consecuencias en el metaverso, como saltar desde un segundo piso o caminar hacia el tráfico, con lo que podrían volverse insensibles a los riesgos del mundo real<sup>25</sup>.

## PRINCIPIOS Y DERECHO COMPARADO

### CUESTIONES JURÍDICAS Y ÉTICAS

El metaverso, así como otras formas tecnológicas avanzadas de trabajo, plantean cuestiones legales y éticas, ante las cuales deben elaborarse respuestas adecuadas por parte del Derecho del trabajo. Ya vimos algunos de los problemas que se plantean en materia de contrato de trabajo, legislación aplicable, tribunales competentes, protección de la salud, etc. A los temas propios del vínculo laboral, se suman los que derivan de la propia tecnología, que siempre es invasiva de la privacidad del trabajador, alcanzando en muchos casos la intimidad de su núcleo familiar. Precisamente en esta dimensión se mezclan derechos laborales y derechos propios de la persona en cuanto tal.

La dimensión digital no solo deberá asegurar derechos básicos como la duración de la jornada y mínimos retributivos, sino que deberá promover soluciones que garanticen la inclusión y la equidad,

---

<sup>25</sup> ORELLANA, R., “¿Es seguro el metaverso? Los 5 riesgos asociados a esta tecnología”, Santiago de Chile, 02/03/2022, en <https://es.digitaltrends.com/sociales/es-seguro-el-metaverso-cinco-riesgos/>, fecha de consulta: el 18/04/22.

evitando toda discriminación. Las normas deberán facilitar el respeto de los Derechos Humanos, las libertades individuales y la diversidad, mientras deberá determinar la existencia de empleadores responsables y claramente identificable en el espacio virtual de trabajo. También deberá asegurarse que cuando la gestión laboral en el metaverso plantee dilemas éticos, estos serán abordados y resueltos por seres humanos, y no por máquinas y/o algoritmos.

Pese a la necesidad de soluciones, debe consignarse que el Derecho del trabajo avanza con menor rapidez que las transformaciones digitales, y muchas veces las tutelas derivan más de las reglas de protección de datos, que de la normativa laboral.

La importancia del tema en estudio y la rapidez de su próxima implementación obliga a pensar en nuevas tutelas laborales para amparar las futuras categorías de trabajadores, tan alejadas del clásico modelo industrialista. Lo ideal sería una rápida acción de los parlamentos para regular los aspectos más preocupantes en la materia, como los mínimos laborales, el tiempo de trabajo, la competencia de los tribunales, etc. Pero la experiencia de diversos países – especialmente aquellos del continente latinoamericano – demuestra que las intervenciones del legislador no siempre persiguen la efectiva tutela de los trabajadores. En muchos casos – pensemos en las nuevas normas relativas al teletrabajo, a los ryders, al trabajo via plataformas – la regulación legal ha permitido introducir criterios de flexibilidad, que implican en muchos casos el “desmontaje” del derecho del trabajo. Es decir que bajo pretexto de regular nuevas formas de trabajo, se aprueban leyes que se apartan de los criterios tradicionales de la disciplina. Así, por ejemplo, la Ley uruguaya N° 19.978 sobre teletrabajo aprovechó la oportunidad de regular esta modalidad de labor para incluir normas sobre la flexibilización de la jornada.

## ¿NUEVAS REGULACIONES LEGISLATIVAS O EL REGRESO A LOS PRINCIPIOS?

Mientras que no madure la conciencia jurídica sobre estos temas y la misma no se plasme en reglas de real protección, consideramos que adquiere especial importancia el derecho “principista”: cuando en el orden jurídico no aparecen normas que den respuesta a los problemas laborales o éstas son insuficientes, vuelven a tomar relevancia los principios del derecho del trabajo. Una vez más recurrimos a ellos - y en especial a la formulación tan brillantemente desarrollada por Plá Rodríguez<sup>26</sup> - para comprobar que son instrumentos que perduran en el tiempo y adquieren nueva actualidad al proporcionarnos criterios para examinar y resolver problemas tan novedosos como los que plantean las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo.

En el examen de estas nuevas realidades adquiere especial importancia el principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral. En virtud de este principio, deberá buscarse la protección preferente del trabajador en su relación asimétrica con el empleador, en esa dimensión virtual que potencia esa asimetría, porque es precisamente el empleador quien posee y domina los instrumentos tecnológicos.

También importa señalar que adquieren especial relevancia una serie de principios enunciados a los efectos de proteger los datos del trabajador. Las diversas legislaciones han avanzado en la definición de estos principios. En Uruguay la 18.331 de protección de datos personales de 11/08/2008 indica los que considera “principios generales” en la materia. Estos principios - elaborados en fun-

---

<sup>26</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los Principios del Derecho del trabajo*, 3a edición actualizada, Buenos Aires 1998.

ción de los problemas que plantea el registro de datos de las personas – permiten resolver cuestiones que se plantearán con la propia “construcción” del metaverso. Su art. 5 así los define:

a) Legalidad: La formación de bases de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptas, observando en su operación los principios que establecen la presente ley.

b) Veracidad: Los datos personales que se recogieren a los efectos de su tratamiento deberán ser veraces, adecuados, ecuanímenes y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos, extorsivos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.

c) Finalidad: Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

d) Previos consentimiento informado: El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.

e) Seguridad de datos: El responsable o usuario de la base de datos debe adoptar las medidas que resultaren necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. Dichas medidas tendrán por objeto evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, así como detectar desviaciones de información,

intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

f) Reserva: Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.

g) Responsabilidad: El responsable de la base de datos es responsable de la violación de las disposiciones de la ley.

Otras reglas surgen de los principios generales de derecho también aplicables a la esfera que nos ocupa. Así consideramos que adquieren especial importancia en la definición de los límites y de las reglas de conducta que marcan las situaciones anteriormente apuntadas, principios y criterios como: a) la licitud de los motivos y los objetivos de los instrumentos y medidas empleadas; b) la equanimidad de las mismas; c) la actitud no discriminatoria; d) el respeto de las condiciones de seguridad, salud y protección psicofísica de la persona; e) el respeto del honor de las personas; f) la protección de su conciencia moral y cívica.

## **LA RELEVANCIA DEL DERECHO COMPARADO**

Nunca como en esta época de rápidas transformaciones ha sido tan necesario recurrir al derecho comparado.

Como enseña Plá Rodríguez, el derecho comparado es extremadamente útil para facilitar el conocimiento de las distintas soluciones posibles a problemas que se plantean con características similares

en los diferentes países. Para cualquier decisión legislativa, negociada o jurisprudencial el derecho comparado lo conduce a disponer de un repertorio más amplio de soluciones posibles<sup>27</sup>.

El derecho comparado permite aprovechar la experiencia ajena para encontrar rápidas soluciones ante la emergencia de las nuevas realidades. Una solución es la de extraer del ejemplo de otros países. criterios para trasladar a nuestras normas y prácticas laborales, pero entendemos que también es posible ante ejemplos relevante de derecho comparado, aplicar directamente el mismo como “doctrina más recibida” en nuestros propios tribunales, por imperio del art. 16 del Código Civil<sup>28</sup>.

En nuestra opinión habrá que prestar especial atención a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos y de regulación de los servicios digitales. Con relación a la protección de datos (los datos son de los principales insumos para la construcción del espacio metaverso) señalamos el Reglamento General de Protección de Datos, conocido con la sigla RGPD o GDPR (*General Data Protection Regulation*) aprobado por el Parlamento Europeo de 24 de mayo de 2016 con vigencia desde el 25 de mayo de 2018. El Reglamento establece los siguientes principios generales en su art. 5:

- Los datos personales deben ser tratados de forma lícita, leal y transparente.
- Los datos personales deben ser recogidos con fines determinados explícitos y legítimos.

---

<sup>27</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Reflexiones sobre el estudio comparativo del Derecho del trabajo*, en rev. Derecho Laboral, T. XXIV, N° 124, Montevideo 1981, p 691 y 692.

<sup>28</sup> Art. 16 C.C.: “Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.



- Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con el tratamiento.
- Los datos personales deben ser exactos y estar siempre actualizados.
- Los datos personales deben mantenerse de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento.
- Los datos personales deben ser tratados de tal manera que se garantice su seguridad.

El segundo documento de especial importancia es la ya señalada Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*), iniciativa legislativa propuesta por la Comisión Europea y aprobada por el Parlamento Europeo en sesión plenaria en Estrasburgo el 20 de enero de 2022<sup>29</sup>. El documento está focalizado en la creación de un “espacio digital seguro” para los usuarios digitales y las empresas, con la finalidad de proteger *on-line* los derechos fundamentales. Sus normas establecen una serie de nuevas reglas para las compañías tecnológicas, que afectará redes sociales, servicios de comunicación y plataformas aplicativos.

Como ha expresado el comisario europeo del Mercado Interior, Thierry Breton al aprobarse la esperada regulación del ecosistema digital, “es momento de poner orden en el salvaje oeste digital”. El texto impone importantes restricciones a la recopilación de datos privados de los ciudadanos y prohíbe el uso específico de datos sensibles como el origen racial o étnico, la orientación sexual o las creencias religiosas y de datos de menores.

---

<sup>29</sup> Texto de la ley con sus enmiendas: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_ES.pdf) , fecha de consulta: 30/03/2022.

Entendemos que el documento europeo, cuyas soluciones deberán ser recibidas en nuestra región por su alta calidad jurídica, contribuirá a ordenar ese espacio digital, que será – como ya expresáramos – el “lugar de trabajo” del Metaverso.

## **CONCLUSIONES**

Los anuncios sobre la realidad tridimensional del metaverso permitirán a los seres humanos actuar en una modalidad a distancia desconocida hasta hace poco tiempo. El nuevo “avance” tecnológico promoverá nuevas formas de trabajo y de organización de la producción, en la que la propia estructura de las empresas perderá su dimensión real y “física” para pasar a un formato virtual.

La rapidez de los cambios obliga a entender un fenómeno de muy difícil aprehensión desde la perspectiva de una realidad, que ya no es tangible y que por la rapidez en los cambios, no logra ser regulada suficientemente y a tiempo por el legislador.

Los problemas que se plantearán a nivel del derecho del trabajo .- en su dimensión individual y colectiva – serán difíciles de prever en su complejidad, aunque es evidente que no solo pondrán en riesgo las propias tutelas laborales, sino que podrán afectar derechos de los trabajadores vinculados a su privacidad, a la intimidad de su vida familiar, su salud, su libertad etc.

La legislación, que debería proveer de amortiguadores y protecciones a los futuros trabajadores, avanza con lentitud y en muchos casos el legislador aprovecha la novedad de los cambios, para introducir reglas de flexibilidad al contrato de trabajo.

Abogamos por un derecho principista, que no solo tenga en cuenta los principios propios de la disciplina, sino también aquellos vinculados a los criterios más modernos de la protección de datos y a los principios generales de tutela de los derechos humanos.

También consideramos oportuno intensificar la mirada hacia el derecho comparado de aquellos países o regiones (entre las que se destaca la Unión Europea), en la medida que las soluciones aprobadas ante problemas similares pueden ser de auxilio a nuestros jueces a la hora de aplicar a los conflictos normas que se deriven de pactos internacionales y reglas o directiva de alto consenso, que ingresarán a nuestro derecho como doctrina más recibida.

En definitiva, entendedos que el impacto de las tecnologías - en el caso el metaverso - reclama reglas principistas y normas elaboradas en el más alto consenso internacional, para generar criterios prácticos de aplicación en nuestros tribunales, que deberán juzgar conflictos laborales cada vez más novedosos y de una naturaleza no siempre fácil de definir.

# TRIBUTACIÓN INDIRECTA EN BRASIL: COMO SALVAGUARDAR EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Marciano Buffon

Doctor en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Profesor del Programa de Postgrado en Derecho (Maestría) y de grado en la UNISINOS. Abogado en el área tributaria.

## INTRODUCCIÓN

Es cierto que el término justicia admite múltiples acepciones y esto también vale para definir lo que corresponde a su opuesto. No obstante, aunque se admita esta profusión conceptual, existe algo en relación con lo cual es difícil que existan voces sensatas que se opongan: el modo de tributar en Brasil es una síntesis de la idea de injusticia.

Por un lado, aquellos que ocupan la cima de la pirámide económica disfrutan innumerables beneficios, especialmente en lo que respecta a la tributación de sus ingresos y de su patrimonio; por otro, hay una pesada carga fiscal soportada por el contingente más pobre de la población.

De forma silenciosa e imperceptible, la tributación del mínimo existencial encuentra terreno fértil de aceptabilidad social, frente a su perverso formato actual. Al ciudadano que, efectivamente, paga la carga de la exigencia fiscal no se le da el poder de elegir (ni siquiera de negarse a cumplir!), ya que la exacción, en el caso brasileño, es recaudada por un tercero que, o la incluye en el precio de las mercaderías y servicios (en el caso de la tributación indirecta sobre el consumo), o la deduce de los valores debidos (en el caso de la retención en la fuente del impuesto a las ganancias o de los aportes previsionales).

Con todos esos elementos presentes, se crean las condiciones perfectas para tributar lo que integra el denominado ingreso mínimo vital del ciudadano, sin que ello provoque reacciones indeseables en los “señores fiscales”, puesto que cuentan con la pasividad, fruto de la comprensible ignorancia de sus “vasallos”. Dicho de otra forma, el Estado exige tributos de una porción importante de la población que no tiene capacidad económica para asumir tal carga, y lo hace de tal manera, que sus víctimas no notan la expoliación.

Entre todas las formas de “crueldad fiscal”, muy probablemente, la tributación de lo que sería utilizado para pagar lo mínimo necesario para la supervivencia ocupa la cumbre de la montaña compuesta por todas las capas de injusticias perpetradas por el Estado, por lo general, legitimadas, incluso, por el propio ordenamiento jurídico y con la debida aceptabilidad social.

Si, tradicionalmente, le corresponde a la tributación la tarea de ser un instrumento reductor de la desigualdad de ingresos y riqueza, ¿cómo es posible admitir que venga a tener como “clientes” a los “desheredados de expectativas”, que no han conseguido llegar a un estándar de vida mínimo, suficiente como para superar la temible línea de la pobreza o, lo que es peor, de la pobreza extrema? ¿El Estado no consigue encontrar otra fuente de financiamiento para los gastos necesarios al mantenimiento de la cosa pública, de tal forma que le permita dejar de cobrar tributos a aquellos cuyo ingreso mensual es insuficiente como para proveer para su propio sustento o el de su familia?

Si las dos preguntas formuladas han sido capaces de generar cierta perplejidad en el lector de este texto, es necesario reconocer, en este, la presencia de un intrínseco carácter humanista, cuya consecuencia, en un plano práctico, reside en su capacidad de sensibilizarse con el dolor ajeno, a pesar de que estemos viviendo tiempos tan embrutecidos.

A partir de la perplejidad generada por tales cuestionamientos, me autorizo a formular el siguiente: ¿es posible, fácticamente, proteger el denominado mínimo vital de la tributación? Si la respuesta es afirmativa, habrá que definir sus contornos conceptuales e incluso matemáticos, para que después sean pensadas y propugnadas fórmulas tendencialmente aptas para poner fin a la llaga materializada, en un lenguaje bien informal, por el “cobro de tributos de pobres” en Brasil. Específicamente, ¿cuál sería la forma más adecuada de protegerlo con respecto a la tributación indirecta incidente sobre el consumo?

## **CONTORNOS CONCEPTUALES DEL MÍNIMO EXISTENCIAL, A PARTIR DE LA IDEA DE DIGNIDAD HUMANA**

Se sabe, por lo tanto, que, a pesar de que la idea de justicia parezca trascender las posibilidades conceptuales, es posible definir sus contornos, especialmente con respecto a su antítesis. En otras palabras, aunque no sea posible determinar lo que es justicia, hasta un niño consigue identificar cuando ella no está presente. De hecho, esto ya ha sido explicitado por Dworkin (2000) en su multicitado texto (lo que la justicia no es), en el que él concluye que, si no es posible decir lo que es, no es difícil identificar su contrario (la injusticia).

La afirmación con respecto a la idea de justicia, también se aplica a la dignidad de la persona humana. Esto sucede porque la idea de dignidad de la persona humana, tal como ocurre con la propia idea de justicia, trasciende las posibilidades conceptuales y avanza al campo intersubjetivo. O sea, aunque muchos no sepan formular el concepto de justicia, la mayoría de las personas consigue identificar cuando se deparan con una situación de injusticia.

Lo mismo sucede con el principio de la dignidad de la persona humana, pues, aunque sea difícil agotar las posibilidades de decir lo

tal principio representa, es razonablemente seguro identificar las situaciones en las que este principio parece vilipendiado.

De cualquier manera, es necesario reconocer que el principio de la dignidad de la persona humana constituye un concepto abierto, por lo que no puede ser, previa y absolutamente, establecido, porque ello no armonizaría con el pluralismo y la diversidad de valores que se manifiestan en las sociedades democráticas contemporáneas (SARLET, 2012).

Es evidente que el contenido normativo del principio de la dignidad de la persona humana, considerando todas sus implicaciones, difícilmente será perfectamente delimitado. Sin embargo, aunque el legislador no pueda decir lo que es, debe hacer lo posible para que aquello que sea incompatible con él pueda ser evitado (MAURER, 2005).

Considerando su condición de sustentáculo constitucional, toda actividad estatal y todos los órganos públicos se encuentran vinculados al principio de la dignidad de la persona humana, por lo que se les impone un deber de respeto y protección, externado tanto en la abstención por el Estado de determinadas injerencias en la esfera individual, que insulten la dignidad, como en el deber de protegerla de agresiones de terceros.

En el caso brasileño, si este verdadero pilar constitucional (art. 1º, inciso III, de la CF/88) ejerce influencia en todo el Ordenamiento Jurídico, obviamente, el Sistema Tributario Nacional no podría permanecer insensible a los efectos que irradian del principio de la dignidad de la persona humana. La tributación comienza, necesariamente, a ser entendida e interpretada de acuerdo con el referido fundamento constitucional.

En el campo tributario, se vuelve muy fácil percibir la importancia del principio de la dignidad de la persona humana. En una análisis perfunctorio, es posible afirmar que la relación de la tributación

con el principio guía de la constitución puede revelarse a partir de dos aspectos: i) para justificar las exacciones tributarias a fin de captar de recursos para cubrir los gastos del Estado con políticas públicas destinadas a proteger la dignidad humana; e ii) para exigir que, en la imposición de los tributos, sea resguardado el mínimo necesario para el mantenimiento de esa dignidad humana (no tributación del mínimo existencial).

Por esta razón, la imposición tributaria deberá estar pautada por el objetivo mayor de tratar dignamente al ciudadano, algo que se vuelve posible mediante una política social, en la que el Estado se obliga a brindarles a todos una existencia digna, con salud, educación, habitación etc., o sea, todo lo que sea necesario para una supervivencia con dignidad.

Por otro lado, existe un claro límite al ejercicio del poder de tributar, puesto que al Estado se le prohíbe exigir tributo que ofenda la dignidad del ciudadano, especialmente cuando implique la tributación del mínimo vital para su existencia. Esto se relaciona con la propia idea de capacidad contributiva, en la que, según Ortega y Vérguez (2018), la no tributación del mínimo vital se entiende como un conjunto de recursos económicos, relativos a una unidad de tiempo, que permite suplir las necesidades elementares, tanto personales como de la familia.

Tal como lo explicita Yurita (2018), la capacidad económica funciona como un límite dirigido al legislador en la configuración de los tributos, y *“el deber de contribuir no puede sobrepasar el límite de la capacidad económica”*. Considerando todo esto, contribuir de acuerdo con la capacidad económica no significa que toda la riqueza del individuo debe estar sujeta a tributación, ya que será necesario llevar en consideración que parte de tal riqueza es necesaria para cubrir sus necesidades vitales mínimas y, por lo tanto, no puede estar sujeta al impuesto (mínimo vital), como también se deberá tener en cuenta los límites que provienen del principio de la prohibición al decomiso.



Ortega y Vérguez (2018) relatan que los Estados respetan el mínimo vital mediante diferentes técnicas: alícuota cero hasta un límite de ingresos, deducciones específicas (familiares, gastos con salud, bonificaciones para constitución de ingresos futuros, auxilios fiscales para la compra de una vivienda o el pago de alquiler, exención del consumo de productos de primera necesidad, servicios públicos gratuitos, etc.), todos dedicados a la misma finalidad. De acuerdo con ellos, otra técnica es la deducción de un monto global en el impuesto que tributa el rendimiento de las personas naturales. Como concluyen, *“la cobertura de esta franja (mínimo vital) no se hace solo a través de la tributación, pero si exige el respeto de ésta”*.

Dicho esto, es necesario cuestionar: ¿qué significa “tener una existencia digna?” Sin duda, la respuesta no se restringe al acceso a la alimentación. En el caso específico brasileño, es posible sustentar que la definición está dentro de un plano constitucional, ya que el inciso IV del artículo 7º de la Carta determina cuáles son las necesidades que deben ser atendidas por el salario mínimo: alimentación, vestuario, recreación, transporte, vivienda, etc.

Considerando dicha norma, ¿sería posible cuantificar, en moneda nacional, cuánto sería necesario para afrontar lo que la Constitución establece que sea soportado por el salario mínimo? Estudios realizados por el DIEESE mencionan un valor, llevando en consideración una familia compuesta por cuatro personas. Según la entidad, actualmente este valor debería corresponder a R\$ 6.676,11 (valores actualizados hasta abril de 2023).<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Departamento Intersindical de Estadística y Estudios Socioeconómicos (DIEESE). Disponible en: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Fecha de acceso: 23 de mayo de 2023. El departamento divulga mensualmente una estimativa de cuánto debería ser el salario mínimo para suplir las necesidades básicas del trabajador y de su familia, como lo establece la Constitución: vivienda, alimentación, educación, salud, recreación, vestuario, higiene, transporte y Previsión Social.

Por lo tanto, en el caso brasileño, existe una clara e inequívoca definición de lo que no debería ser objeto de tributación, puesto que se encuadra dentro de los límites conceptuales del mínimo vital. No se pretende aquí levantar la discusión acerca de la insuficiencia del salario mínimo (R\$ 1.320,00 a partir de mayo de 2023) para afrontar todo lo que la Constitución establece, ya que no es el objeto central de estudio. Lo que se está, perplejamente, cuestionando es: ¿cómo es posible que el ciudadano obtenga un ingreso insuficiente para proveer su sustento y el de su familia y que, aun así, el Estado le imponga tributos, empeorando, todavía más, su condición?

## **NEUTRALIZACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA TRIBUTACIÓN INDIRECTA SOBRE EL CONSUMO: *EL TAX FREE EXISTENCIAL***

No le corresponde al Estado impedir que sus ciudadanos tomen decisiones legítimas, ni imponer decisiones imposibles. A menudo se emplea la expresión “la decisión de Sofia” para hacer referencia a una decisión difícil, con enorme sacrificio personal, o como sinónimo de decisión imposible. Sin duda cualquier analogía que se haga a la original decisión que le correspondió a Sofia será siempre insuficiente, frente a la dramaticidad y perversidad de lo que le impusieron oficiales nacistas de un campo de concentración (Auschwitz - Polonia), en la ficticia obra prima de William Styron (1979).

Guardadas las debidas y obvias proporciones, cuando el Estado tributa algo cuya consecuencia sea afligir, todavía más, una ya escuálida existencia, le obliga al ciudadano a tomar una decisión imposible: alimentarse o pagar tributos. No se le impone al ciudadano una decisión con el nivel de crueldad que se le impuso a Sofia, pero no hay duda de que existe cierto nivel de perversidad en esa imposición.

Para tener éxito en esa tarea, el Estado necesita escamotear su forma de actuar. Por un lado, es primordial no permitir que el ciudadano pueda elegir, porque si pudiera hacerlo, evidentemente jamás pagaría tributos en lugar de alimentarse adecuadamente. Por esta razón, el término “decisión ” tiene más un sentido retórico, pues la posibilidad de decidir algo de hecho no existe. Por otro lado, esa atrocidad no puede ser notada, puesto que ello causaría inmensos trastornos al “*establishment*”. El proceso, por lo tanto, deberá ser, concomitantemente, invisible e indoloro, como una especie de enfermedad silenciosa que, cuando se la descubre, son inútiles los esfuerzos para vencerla. Tal como sucede con una molestia asintomática, en la que el paciente convive con ella sin saber su letalidad, la tributación infligida a los económicamente discapacitados es algo que, si no los lleva a su ocaso, transforma su penosa existencia en algo que se aproxima de la miserabilidad. De a poco, sin ver, ni sentir...

Reconociendo la reducida amplitud de un trabajo de esta naturaleza, el abordaje de la propuesta presentada se restringirá, exclusivamente, a minimizar los efectos de la tributación indirecta sobre el consumo. Esto no significa que el mínimo existencial sea respetado por los demás tributos (por ejemplo, considerando el reducido límite de exoneración del impuesto a las ganancias para personas físicas o la incidencia de aportes previsionales sobre salarios reducidos). Tan solo se optó por presentar una sugerencia para enfrentar lo que se reputa ser el principal problema de la tributación en Brasil.

Tradicionalmente, se sustenta que la forma por la que se deba reducir el impacto de la tributación sobre el consumo sea mediante la exoneración fiscal, especialmente en relación a un rol de mercaderías, bienes y servicios consumidos por la parte de la población con menos poder adquisitivo, en adelante denominada “canasta básica”. O sea, que los tributos incidentes en la compra y venta de tales bienes o la prestación de servicios sean reducidos o eliminados.

Ya que, por su naturaleza, los tributos indirectos sobre el consumo integran el precio de la mercadería o de los servicios, la carga termina recayendo sobre el consumidor final, aunque este no sea el denominado “contribuyente de derecho” (el que repasa a los cofres públicos los tributos embutidos en los precios). El consumidor final, que asume la condición de contribuyente de hecho, a su vez, no ve el peso de los tributos dentro del precio, por ejemplo, de las mercaderías que compra, incluso cuando consten en la factura o aparezca en un tablero el porcentaje que supuestamente incide sobre el producto (esta información es invariablemente imprecisa). Por esta razón, se mencionó antes que la tributación es invisible e indolora.

En una economía de mercado, la tendencia natural es que, cuando aumenten o se reduzcan los tributos incidentes sobre el consumo, haya una repercusión en el precio final respectivo. En lo que respecta al aumento, esta regla parece ser más efectiva, excepto que se esté en un momento económico altamente recesivo y que los actores asuman la carga de no aplicarlos, situación que podrá llevarlos a una delicada situación de insolvencia, a corto o mediano plazo, dependiendo del margen de lucros practicado.

Por otro lado, en la reducción de tributos sobre determinada mercadería o servicios, sucederá la tendencia de reducción de los precios finales, siempre que exista un mercado competitivo y que, de hecho, haya una libre competencia. Si la hay, es posible que la reducción repercuta en el precio final; de lo contrario, la lógica de mercado es el incremento del margen de lucros. Dicho de otra manera, la exoneración fiscal solo produce efectos en el precio final de la mercadería o servicio cuando hay, efectivamente, un mercado competitivo; de lo contrario, los efectos de la exoneración serán apropiados por aquellos que están en ventaja en este mercado (especialmente los monopolios).

Este, pues, es el gran obstáculo por enfrentar cuando la preservación del mínimo existencial se realiza mediante la exoneración fiscal de la denominada “canasta básica”. En Brasil, aunque algunos Estados tengan alícuotas más reducidas del principal impuesto incidente sobre el consumo (ICMS), existe un costo fiscal de significativa importancia que todavía integra el precio final de las mercaderías y servicios.

Este trabajo no niega la posibilidad de que la exoneración de la canasta básica sea una de las formas de luchas contra el problema de la tributación sobre el consumo del mínimo existencial. Sin embargo, es posible pensar en una solución alternativa que no excluya la primera y sea, tal vez, más efectiva. Esta idea será denominada “*tax free existencial*”.

Como se sabe, países de la Unión Europea (España en especial) adoptan una sistemática de devolución de impuestos (en el caso, el IVA) para los adquirentes de mercaderías o servicios que no sean ciudadanos. La sencilla lógica que fundamenta esto es que no es legítimo cobrar tributos de extranjeros, puesto que serán otros Estados los que se harán cargo de los derechos típicos de la ciudadanía. Por esta razón, cobrar el *Impuesto sobre el Valor Añadido* (en el caso de España) de brasileños, por ejemplo, es considerado indebido, razón por la que existe un proceso burocrático de devolución del IVA presente en las adquisiciones de mercaderías y servicios en España, cuando el adquirente es extranjero.

Esta idea podría ser utilizada para fines de devolución de tributos cobrados indebidamente por las Entidades Federales en Brasil. Cuando se utiliza el término “indebidamente”, se parte del presupuesto constitucional de que no le corresponde al Estado tributar el denominado mínimo vital. Sencillamente, al proceder de esta forma, obviamente se exigen tributos de quien no se podría cobrar, por el simple hecho de que no tiene capacidad económica de pagar tal carga.

Para resolver este problema, como se ha dicho, podría existir la exoneración en el origen de la carga fiscal. Sin embargo, como hemos visto, no hay ninguna garantía de que tal exoneración repercuta en el precio final; o sea, es posible que el consumidor final siga gastando la misma porción de sus ingresos con la que antes pagaba la carga tributaria indirecta, pero ahora alimentando el margen de lucro de quien así consiguió aumentarlo, normalmente debido a la inexistencia de una competencia efectiva.

La devolución directa al consumidor final de los valores, que ahora están siendo indirectamente cobrados como tributos, corresponde, por lo tanto, a una alternativa más viable y eficaz, con el objetivo de neutralizar los efectos de la tributación incidente sobre una canasta básica de productos y servicios (que deberá ser democráticamente definida por ley).

Es cierto que se trata de una medida que implicaría un grado de complejidad para ser implementada. No obstante, considerando los efectos positivos que podrían generarse con esto, no es muy difícil pensar en una forma de implementarla. En la actualidad, incluso, en muchas Unidades de la Federación se adopta un registro, por CPF, de los contribuyentes que compran mercaderías (con una insignificante devolución del ICMS), que podría ser utilizado y adaptado al propósito aquí perseguido. Este nuevo registro podría tener como limitador el ingreso definido por la ONU como límite de la pobreza (vivir con US\$ 5,50 dólares por día).

El impacto sería directo en el ingreso de, al menos, un 25 % de la población brasileña, que recibiría en devolución lo equivalente a cerca del 40% de sus ingresos que, actualmente, viene siendo indebidamente sustraído, de una forma invisible e indolora, por el Estado brasileño al tributar. No es difícil estimar los valores y el significado de esto en los ingresos individuales y familiares que una medida de esta naturaleza podría representar. Al tener impacto directo sobre los ingresos, obviamente alteraría los números de la

pobreza brasileña, con consecuencias directas e inmediatas (positivas) en el coeficiente de Gini, que mide la desigualdad de ingresos.

Desde el punto de vista económico, también habría consecuencias positivas, pues experiencias pasadas muestran que el incremento en los ingresos de la parte más pobre de la población tiene un impacto directo e inmediato en el crecimiento económico. Como se sabe, hay una intrínseca relación entre crecimiento económico y reducción de índices de desempleo, que están en niveles bien preocupantes hace ya algún tiempo.

Otra objeción que podría ser planteada, tiene relación con las finanzas públicas de las Unidades de la Federación, pues el principal impuesto incidente sobre el consumo es el ICMS. Esta objeción será confrontada por, al menos, dos argumentos. En primer lugar, se sabe que tributar siempre fue y será una decisión política, constitucionalmente legítima cuando se toma en cuenta la capacidad económica del contribuyente (especialmente de aquel que efectivamente puede pagar la carga).

Se observa, así, que al tributar la canasta básica con ICMS, los Estados están tomando la decisión de poner una carga sobre lo que no podría ser gravado. Le corresponderá, entonces, redireccionar esa decisión hacia los que podrán soportar tal carga y que hoy fácilmente pueden ser encontrados bajo la protección del manto de las más diversas formas de exoneración (exención, reducción de base de cálculo, diferimiento, suspensión) y beneficios fiscales, por lo general, casi secretamente concedidos.

El segundo argumento es que el “*tax free* existencial” puede, incluso, ser un importante instrumento de lucha contra la evasión fiscal, ya que estimulará, de hecho, que el consumidor final exija la emisión de un documento fiscal en sus compras. Incluso cuando el Estado asuma la obligación de la devolución, en el caso del ICMS, vale recordar que esto sucederá tan solo con respecto a una parte

de los productos adquiridos (canasta básica definida por ley), ya que la emisión de la factura fiscal sobre el resto de las mercaderías adquiridas incrementará los cofres públicos.

Esta sistemática puede ser compartida con las demás Entidades de la Federación relativamente a los tributos de su competencia. La Unión, en relación con los Aportes para el PIS y COFINS, e incluso la misma CIDE (bajo determinadas circunstancias), los Municipios, relativamente al Impuesto sobre Servicios - ISS. De esta forma, mecanismos pueden ser implementados con el propósito de devolver, incluso, todos los tributos que integren el denominado Simple Nacional.

Considerando que Brasil cuenta con uno de los mejores sistemas de monitoreo de tributos, que incluso es una de las causas de la excesiva onerosidad en la tarea de calcular los tributos (costos de conformidad), no se alegue que inexistan medios e instrumentos que permitan operacionalizar la idea aquí planteada. La pesada burocracia puede, ahora, ser puesta en marcha para resolver un problema histórico existente en la tributación brasileña.

Desde el punto de vista, la idea del “*tax free* existencial” puede ser, tranquilamente, implementada mediante la edición de una Ley Complementaria por parte del Congreso Nacional, que defina los aspectos generales y la operacionalización de la restitución de los tributos federales, y del impuesto estatal y municipal sobre el consumo, como también el propio Simple Nacional. En el caso de que una eventual reforma tributaria, de hecho, llegue a ser aprobada, con la unificación de los tributos indirectos sobre el consumo en un IVA nacional, la tarea quedará facilitada, puesto que de devolvería, unificadamente también, lo que venga a incidir sobre el mínimo vital, observadas las particulares de mantener el Simple Nacional.



## CONSIDERACIONES FINALES

La concretización del Estado Democrático de Derecho en Brasil y, consecuentemente, de sus principios intrínsecos, se ha vuelto un verdadero hito en la relación entre Estado y ciudadanos, vinculando el Poder Público a la adopción de políticas públicas orientadas a la concretización de los derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución brasileña de 1988.

Sin embargo, el modelo de tributación implementado desde entonces, se ha mostrado incompatible con estos preceptos, ya que hiere el principio entendido como el elemento común de los derechos fundamentales: la dignidad de la persona humana. Esto viene sucediendo, especialmente, por la opción política de hacer que el consumo se vuelva la principal manifestación de la capacidad económica lograda con la tributación, en detrimento de los ingresos y de la propiedad. De esta forma, la carga tributaria brasileña termina representando un verdadero instrumento de “redistribución de ingresos a la inversa” y, consecuentemente, de perpetuación de las desigualdades existentes.

Se dice redistribución de ingresos a la inversa, porque, en lugar de respetar la capacidad contributiva de cada individuo y, consecuentemente, su poder de pagar la carga tributaria, termina afectando más a las clases económicamente más pobres, que no tienen cómo dejar de consumir los ítems más básicos para la supervivencia humana.

Se vuelve necesario, por lo tanto, romper con este ilegítimo ejercicio del poder de tributar, asegurando la no tributación del mínimo existencial, justamente para que los casi 60 millones de brasileños, que no han tenido éxito en la tarea de superar la pobreza, puedan disfrutar un mínimo imprescindible para suplir sus necesidades básicas, tales como alimentación, vivienda, vestuario, transporte, recreación, entre otros.

En fin, tributar significa tomar decisiones y estas no pueden perpetuarse como si fueran legítimas, cuando en la práctica terminan perjudicando a quienes no tienen capacidad económica y beneficiando a los que la tienen, quienes, no coincidentemente, son los que dictan las normas que consubstancian tales decisiones. O se rompe con este perverso modelo o, sin hipocresía, se asume la postura que corresponde a la antítesis del Estado Democrático de Derecho en el campo de la tributación, la que puede ser resumida en esta cruel síntesis: “quien tiene poder, establece las normas, y quien no lo tiene, paga la cuenta”.

## REFERENCIAS

Boletim - Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral - 2021, disponible en: [https://sisweb.te-souro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9\\_ID\\_PUBLICACAO:43205](https://sisweb.te-souro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:43205). Fecha de acceso: 23 mayo. 2023.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). Disponible en: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Fecha de acceso: 23 mayo 2023.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 320-328.

MAURER, Béatrice. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana...ou Pequena Fuga Incompleta em Torno do Tema Central. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.) Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo & Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ORTEGA, Rafael Calvo; VÉRGEZ, Juan Calvo. Curso de Derecho Financiero. Derecho Tributario. Parte General y Parte Especial. 22 ed. Navarra: Ed. Civitas/Thomson Reuters, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. actual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STYRON, William. A escolha de Sofia. Rio de Janeiro: Record, 1979.

YURRITA, Miguel Ángel Collado; MOZO, Gracia María Luchena. Derecho Financiero y Tributario - Parte General. 5 ed. Barcelona: Atelier, 2018.

# EL LLAMAMIENTO EN EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Ma Carmen Aguilar del Castillo  
Doctora en Derecho

## INTRODUCCIÓN

Según el informe del Mercado de Trabajo Estatal de 2023 elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, en el que se analiza, “la situación, evolución, comportamiento y tendencias del empleo” en nuestro país, se destaca el balance positivo respecto a los trabajadores ocupados y al incremento de la contratación indefinida.

Respecto de esta última, señala el fuerte impacto que la reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 ha tenido sobre esta evolución, sobre todo a partir del mes de abril cuando el RDL 32/2021 desarrolló plenamente todos sus efectos.

La entrada en vigor de esta norma ha dotado de un importante dinamismo a la contratación indefinida y, paralelamente ha supuesto una importante limitación de la contratación temporal por la exigencia de una causalidad más restrictiva que en regulaciones anteriores.

Según los datos presentados en este Informe, la contratación indefinida para el año 2022 se incrementó en un 232,51% respecto del año anterior, suponiendo los contratos fijos-discontinuos un 782,25% de este porcentaje y el resto de los contratos indefinidos un 154,41%. Es este desequilibrio lo que provoca “reservas” sobre la positiva evolución del empleo en España y sobre la efectividad

real de la reforma laboral<sup>1</sup>. Entendiendo la valoración de esta reforma como totalmente positiva, sí puede resultar interesante hacer una breve incursión en la modalidad contractual del contrato fijo discontinuo reseñando aquellos aspectos de su régimen jurídico que se enarbolan para cuestionarlo como un contrato que garantice la estabilidad del trabajador.

## **LA REGULACIÓN LEGAL Y EL PAPEL RESERVADO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO**

Según el artículo 16.1 ET, el contrato fijo discontinuo se define como aquél que se concierta “para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”<sup>2</sup>

Es precisamente su carácter estacional y/o de prestación intermitente, lo que en ocasiones provoca su rechazo al entender, que los periodos en los que no se presta el servicio la situación del trabajador hay que considerarla como de “desempleo”, maquillándose por tanto la realidad del empleo en nuestro país. No obstante, se olvida que es el rasgo de su periodicidad en fechas aproximadas e, incluso, similares, lo que define a este contrato y su carácter de indefinido el que garantiza la estabilidad en el empleo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sí hay que incidir en las distintas medidas previstas en esta norma tendentes a facilitar la transición entre una contratación fija discontinua a una contratación indefinida.

<sup>2</sup> Artículo 16.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 25/10/2022)

<sup>3</sup> La jurisprudencia, de forma reiterada entiende que durante el periodo de inactividad el contrato permanece intacto, la falta de prestación de trabajo y retribución durante este periodo forma parte de la propia naturaleza del contrato, sin

Se trata de un tipo de contrato que cuenta con una larga trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico, aunque se regula con su denominación actual a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980<sup>4</sup>. En los casi 43 años transcurridos, lo más importante a destacar es la artificial distinción introducida por la reforma laboral de 2012, por la que solo las actividades periódicas sin fecha cierta podrían ser objeto de este contrato, pasando las actividades periódicas de fecha cierta a ser consideradas como una variante del trabajo a tiempo parcial<sup>5</sup>.

La anterior distinción en su régimen jurídico desaparece tras la reforma introducida en el RDL 32/2021<sup>6</sup>, centrándose la nueva regulación “en el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha natu-

---

que en ningún caso se entienda suspendido ni extinguido. GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo. retos actuales de una modalidad contractual histórica” Rvta. Documentación Laboral, núm. 110-Año 2017-Vol. II, pág. 6

<sup>4</sup> Artículo 15.1.e) de la LET, de 10 de marzo, de 1980 (BOE 14-03-1980), modificado por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 4/8/1984), por la que se define a este contrato como: “aquél celebrado por tiempo indefinido, aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo”.

<sup>5</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, 2017 12ª ed. Pág. 265. Distinción que ha dado lugar a una importante casuística jurisprudencial, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTs, núm. 348 de 19 abril de 2022. (RJ 2022\2029) FJ. 3º; núm. 123, de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019/2308) FJ. 4, de 7 de mayo de 2015 (RJ 2015/2235) y de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3772).

<sup>6</sup> Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30/12/2021). No obstante, como se recoge en el Informe, “Salario o Conflicto” Balance de Negociación Colectiva 2022, CCOO, de 9 de marzo de 2023, de los escasos convenios sectoriales que regulan esta modalidad contractual, cuatro de ellos, siguen manteniendo dentro de su regulación esta diferencia, pág. 86.

raleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”<sup>7</sup>. Con ello se garantiza, como recoge en su Preámbulo, “lo que ya existe a efectos de protección social, al producirse una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.

Junto a la recuperación natural del objeto causal de este contrato, también se ha mantenido el papel preponderante que, en el desarrollo de su régimen jurídico, desempeña la negociación colectiva.

Por las características de este contrato se garantiza para el trabajador su estabilidad en el empleo y para el empresario un amplio margen de flexibilidad en la organización de su actividad. La confluencia de ambos intereses convierte a la negociación colectiva en el instrumento jurídico idóneo para la regulación de aquellos aspectos de su régimen jurídico que facilitan las medidas de flexibilidad empresarial y garantizan la seguridad jurídica en la fijación y cumplimiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

Participando plenamente de la afirmación anterior, considero que el legislador debería haber regulado unos mínimos, más allá de señalar la necesidad de su regulación, sobre todo en caso de conflicto y no dejar a la negociación colectiva, incluidos los acuerdos de empresa, el pleno desarrollo de los principales elementos de su régimen jurídico<sup>8</sup>. Por otro lado, y siempre dentro de la estructura

---

<sup>7</sup> Sobre la naturaleza jurídica de este contrato y, generalmente interpretado como oposición a la calificación temporal de los contratos a efectos de reclamación de derechos, STSJ de Madrid núm. 789/2016 de 23 septiembre. (AS 2016\1768), FJ 4º, reclamación de indemnización ante un despido considerado improcedente. STS de fecha, 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5366), en la que se concreta las características definitorias de este contrato; SSTS núm. 69/2020 de 28 de enero (RJ 2020/689), FJ 3º, de 20 noviembre 2014 (RJ 2014, 6201) o de 25 de septiembre de 2012, referidas a la validez de la regulación convencional sobre el criterio de cómputo para la antigüedad de la trabajadora, entre otras.

<sup>8</sup> En todo, la regulación de su régimen jurídico está sujeto al principio de transparencia previsto en la Directiva (UE) 2019/1152.

negocial de nuestro ordenamiento jurídico, los acuerdos interprofesionales están llamados a ocupar un lugar muy relevante en la previsión de desarrollo normativo de este contrato<sup>9</sup>.

## **EL LLAMAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: RÉGIMEN JURÍDICO Y EFECTOS**

El carácter intermitente de la prestación de trabajo en el contrato fijo discontinuo no es entendible sin una regulación detallada de los principales elementos que constituyen su régimen jurídico.

Con independencia de la indudable importancia que para el trabajador tiene conocer los elementos esenciales de su actividad laboral<sup>10</sup>, todos ellos van a partir de una premisa previa y es, el llamamiento que el empresario ha de realizar para la continuidad de la prestación.

Serán los convenios colectivos y, en su defecto, acuerdo de empresa<sup>11</sup> los que deban establecer los criterios, que en todo caso han de ser objetivos, por los que haya de realizarse el llamamiento de

---

<sup>9</sup> V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2023-2025, acordado entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT (BOE 31-05-23)

<sup>10</sup> Artículo 16.2 ET “El contrato de trabajo fijo-discontinuo, conforme a los dispuesto en el artículo 8.2, se deberá formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración de periodo de actividad, la jornada y su distribución horario, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”. SALA FRANCO, T.: Los contratos fijos discontinuos, Ed.Tirán lo Blanch, Valencia 2022

<sup>11</sup> Dadas las dificultades de acceso a estos acuerdos, nos vamos a centrar en el análisis de los convenios colectivos. Por otro lado, se trata de un instrumento de negociación que tiene carácter subsidiario al convenio colectivo, es decir, solamente será de aplicación cuando la materia a regular no esté afectada por un convenio de empresa o de sector.



estos trabajadores, así como establecer los requisitos formales para llevarlo a cabo<sup>12</sup>.

La referencia al convenio colectivo o al acuerdo de empresa, hace que para su aplicación haya de tenerse en cuenta las reglas estatutarias sobre la concurrencia de convenios<sup>13</sup>, es decir, “prior in tempore prior in iuris”, sin que pueda entenderse incluidos los criterios de llamada en la excepcionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa<sup>14</sup>.

## CRITERIOS PARA REALIZAR EL LLAMAMIENTO

Referirnos al llamamiento como elemento configurador del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo implica la previsión de múltiples aristas, todas necesarias como garantía de su eficacia. No obstante, son dos los aspectos principales que pueden circunscribirlo. Por un lado, el momento temporal y/o causal en el que se

---

<sup>12</sup> Artículo 16.3 ETT. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea («DOUE» núm. 186, de 11 de julio de 2019). Sobre la validez del medio utilizado para el llamamiento, la SAN núm 162/2022, de 5 de diciembre de 2022 (Roj: SAN 5513/2022) considera ajustada a derecho el precepto del convenio que dice: “El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma”. CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); XI CC Nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias. (BOE 21-03-23).

<sup>13</sup> Artículo 84.1 ET.

<sup>14</sup> Sobre la preferencia del convenio de empresa y la concurrencia entre convenios, SÁEZ LARA, C.: “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva” Rvta. Temas Laborales, núm. 161/2022, pág. 351.

produce y, por otro, la fijación de criterios que establezcan su orden.

Para la fijación del momento en el que ha de producirse el llamamiento, la mayor parte de los convenios estudiados prevén el establecimiento de una fecha concreta o aproximada para su ejercicio. No obstante, aquellos que lo hacen, paralelamente prevén la posibilidad de alterar esa fecha en función de las necesidades del servicio<sup>15</sup>. Lo que nos acerca bastante a otro de los criterios más utilizados para fijar este momento, cual es, por necesidades de la producción. Tanto uno como otro responde al elemento flexibilizador que caracteriza a esta modalidad contractual.

La plena remisión a la voluntad de los sujetos negociadores en la fijación de un momento determinado o determinable para el llamamiento se complementa con la previsión legal<sup>16</sup> sobre la posibilidad de que a nivel sectorial se establezca un periodo mínimo de llamamiento que garantice la continuidad de la prestación del trabajador fijo-discontinuo. Esta opción que garantizaría un mayor grado de seguridad al trabajador no ha sido muy utilizada, como se refleja en los resultados recogidos en el Informe sobre Salario y Conflicto de CCOO por el cual tan solo 11 convenios sectoriales prevén este periodo que oscila entre los 3 y los 6 meses<sup>17</sup>.

Entre las distintas opciones de llamamiento que podemos encontrar en los convenios colectivos, el criterio más próximo, cuando no se establece un periodo mínimo de llamada, sería el inicio de la campaña<sup>18</sup>. Referencia no exenta de problemática, por

---

<sup>15</sup> CC Provincial de Trabajo de Hostelería y Turismo de Almería (BOP de Almería de 14/10/2022), en el que se fija el 1 de junio, aunque condicionado a necesidades expresas; CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019)

<sup>16</sup> Artículo 16.5 ET

<sup>17</sup> Informe sobre Salario o Conflicto, Balance de negociación colectiva 2022, realizado por CCOO, 09-03-2023, pág. 87.

<sup>18</sup> CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021); CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020); CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021); CC de la industria

cuanto que pese a que hay actividades y sectores de producción que están muy condicionados por elementos externos a la voluntad del empresario, en última instancia la decisión sobre la idoneidad del inicio de la temporada va a recaer sobre el empresario.

La transparencia exigible en todo este proceso demanda, sin embargo, que el empresario traslade a la representación legal de los trabajadores<sup>19</sup>, con la suficiente antelación al inicio de cada año natural, un “calendario con las previsiones de llamamiento anual o, en su caso, semestral”, siempre en función de los criterios fijados en los convenios para realizarlo. El artículo 16.3 ET introduce una nueva obligación y es la de facilitar “los datos de las altas efectivas a la Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, exigencia, sin embargo, que no aporta nada a la elección de un criterio para el llamamiento, tan solo evidencia su existencia una vez producido. No obstante, sí puede tener una gran trascendencia para determinar la fecha de inicio de la prestación de trabajo a efectos de prueba en caso de incumplimiento de los criterios fijados.

---

azucarera (BOE 21/03/2022); CC del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022); CC de contratas ferroviarias (BOE 28/06/2022); CC Estatal para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería 2019-2021 (BOE 02/10/2019). Otros convenios fijan el momento en las necesidades del trabajo, previendo un plazo de preaviso, tanto para circunstancias normales como especiales, siempre que estén justificadas, CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); En similar sentido, VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

<sup>19</sup> La D 2019/1152, no solo se refiere al derecho de información de los trabajadores sobre los elementos básicos de su contrato, sino que eleva a la categoría de derecho a la transparencia como concepto. Así se refleja en el Anteproyecto de Ley que traspone a esta norma, que, en caso de aprobarse, afectará al artículo 4.2 ET. Por otro lado, vigilar y controlar que este derecho sea efectivo corresponde a los representantes de los trabajadores, artículo 64.7 ET. Anteproyecto de Ley, <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/btcdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752>

La segunda de las aristas determinantes del llamamiento se refiere a la elección de los criterios que establezcan el orden del llamamiento en el que, salvo el cumplimiento de los requisitos formales de comunicación<sup>20</sup>, la falta de homogeneidad es su regla general. Esta, a diferencia de la anterior, sí presenta una amplia casuística ligada, como no podía ser menos, a la actividad productiva de la empresa.

## **CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ORDEN DEL LLAMAMIENTO.**

Los principios de objetividad y transparencia sobre los que debe sustentarse este contrato y, por ende, todos sus elementos, convierten a la “fijación de un orden de llamada”, en uno de los elementos más garantistas de la obligación contractual del empresario.

Se ha de destacar que la fijación de estos criterios obedece por igual a la actividad desarrollada por la empresa como a las características de ésta. Analizando los convenios actualmente vigentes o prorrogados se observa que en aquellos que regulan el contrato fijo discontinuo, ya sean de empresa o ámbito sectorial, recogen criterios que, sin ser homogéneos, sí son posible agruparlos en tres categorías: 1. aquellos que fijan la antigüedad como criterio principal en el orden de llamamiento; 2. los que utilizan la especialidad, capacidad y/o categoría profesional del trabajador y 3. los que tienen un carácter mixto, utilizando ambos criterios.

Respecto al primer criterio, la antigüedad, hay que señalar que, si bien desde un punto de vista objetivo resulta fácil determinar el inicio de la vinculación contractual del trabajador con la empresa,

---

<sup>20</sup> Sobre la necesidad de asegurar la comunicación y la recepción de la misma, CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020); Sobre la utilización del burofax, como medio de comunicación en el VI CC general del sector de la Construcción (BOE de 5/08/2022). VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

en realidad es un criterio no exento de problemática jurídica por cuanto se plantea si la antigüedad viene determinada por la fecha de inicio más el periodo de tiempo de trabajo efectivamente prestado o, solamente por la antigüedad desde el inicio de la relación laboral.

Sin pretender profundizar en el tema, altamente interesante por otro lado, el propio legislador da respuesta a esta cuestión al prever que “Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, ...”<sup>21</sup>. Esta inclusión legal responde plenamente a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de 15 de octubre<sup>22</sup>, por la cual en su apartado 43 establece que la antigüedad de estas trabajadoras “se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación”. Una contraria interpretación afectaría al momento de adquisición de su derecho a ser llamado y en consecuencia al principio de no discriminación que le asiste, por cuanto para la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para el resto de los trabajadores a tiempo completo, no se tienen en cuenta los periodos de vacaciones, suspensiones de contrato o situaciones de incapacidad, entre otras, para su cómputo<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Artículo 16.6 ET

<sup>22</sup> ATJE, de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18. Por los que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, sobre el cómputo de la antigüedad de unas trabajadoras fijas-discontinuas. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=219442&pageInder=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7357078>. Como cambio de criterio en este cómputo a raíz del anterior Auto, STS núm. 69/2020 de 28 enero. (RJ 2020\689) FJº 4 y 5; SSTSJ de Madrid, núm. 277/2021, de 17 marzo. (AS 2021\1418) FJº 6 y 7, del País Vasco núm. 1262/2022 de 14 junio. (JUR 2022\324478) FJa 3.

<sup>23</sup> Anterior regulación sobre los trabajadores fijos discontinuos de fecha cierta, incluidos dentro del contrato a tiempo parcial.

La pretendida claridad legal de la opción de la antigüedad como criterio para proceder al llamamiento, se complica cuando la propia norma incluye para la fijación de un criterio, conceptos jurídicos indeterminados, como “objetividad, proporcionalidad y transparencia” cuando las “condiciones de la actividad” exijan un tratamiento diferente en atención a su naturaleza. La entrada de esta opción junto a la fijación convencional del o de los criterio/s para el llamamiento deja en manos de la interpretación judicial la legalidad del criterio aplicado en función del contenido que le otorgue a los anteriores conceptos. Hubiera sido suficiente, para evitar la problemática jurídica que puede derivarse de esta alternativa, que el legislador hubiera delimitado de alguna forma cuáles son las condiciones de la actividad que justifican la fijación de un criterio diferente.

El segundo de los criterios utilizado en los convenios se basa en características no siempre fácilmente constatables desde un punto de vista objetivo, bien porque en sí misma depende directamente de la valoración del empresario, como por ejemplo cualidades personales difícilmente cuantificables o bien porque, aun siendo objetivas, no son suficientes por sí mismas para establecer un orden de prevalencia en el llamamiento, como por ejemplo, estar incluido en una determinada categoría profesional o una especialidad concreta en la actividad a desarrollar e incluso atendiendo al nivel de responsabilidad del puesto a ocupar. Cuando este es el único criterio a tener en cuenta, el establecimiento de un determinado orden de llamada recae en exclusiva en la decisión del empresario<sup>24</sup>.

En este supuesto, solo la previsión de unas reglas muy claras y completas sobre las exigencias de estos criterios, un exhaustivo control sobre la objetividad de los argumentos aducidos por el empresario para esa elección por parte de los representantes legales de los trabajadores y el establecimiento de un mecanismo específico o general de solución de conflictos ante una discrepancia en el orden

---

<sup>24</sup> CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021).

elegido puede garantizar que la decisión adoptada no sea considerada como discrecional.

De los tres grupos de criterios en los que hemos estructurado el llamamiento es el tercero el que nos parece más idóneo, por cuanto garantiza a las empresas una adaptación más eficiente a sus necesidades productivas y la capacidad de hacer frente con mayor rapidez a los posibles cambios positivos o negativos que le puedan afectar. Para los trabajadores la adaptabilidad de los criterios fijados a sus características, capacidad, polivalencia funcional, o a las del puesto de trabajo, categoría profesional, responsabilidad, entre otras y la antigüedad en su relación laboral, responden más adecuadamente al objeto del contrato a su estabilidad, transparencia y seguridad jurídica<sup>25</sup>. Ejemplo de criterio mixto lo podemos encontrar en la creación de bolsas de de llamada<sup>26</sup> que pueden ser generales o estar delimitadas en función de las categorías profesionales

---

<sup>25</sup> Artículo 24 del CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021). En el artículo 24 del CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020), aunque con el establecimiento de orden previo en el que también se tiene en cuenta la antigüedad, el criterio a seguir para el llamamiento será el de la capacitación, polivalencia y valoración del desempeño del trabajo; CC de Contratas Ferroviarias (BOE 28/06/2022); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22); XI CC nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias (BOE 21-03-23).

<sup>26</sup> Artículos 16 y 28 del CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019). ANEXO II;

de la empresa<sup>27</sup>, siendo la antigüedad en la inscripción la que, generalmente fija el orden de llamada<sup>28</sup>.

Otra cuestión, que también ha de estar sujeta a este control por parte de los representantes legales y afecta a cualquier criterio que se determine, es la utilización del poder de dirección del empresario cuando nos encontramos ante una situación de empate entre varios trabajadores a la hora de efectuar el llamamiento. La decisión última, que en ningún caso puede ser arbitraria, recae sobre el empresario<sup>29</sup>, eso sí bajo el control de los representantes de los trabajadores<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> CC. de Contratas Ferroviarias (BOE 28/06/2022) en su artículo 11 “se establece la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”, “ En los centros de trabajo habrá un censo de trabajadores fijos discontinuos por especialidad, categoría y antigüedad, que estará a disposición de los trabajadores fijos discontinuos en los centros de trabajo y de la RLPT”; CC de la Industria Azucarera (BOE 21/03/2022); I CC de Randstad Empleo ETT, (BOE 17-06-22); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); CC Estatal de Restauración Colectiva, (2022-2024) (BOE 14-12-22). VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

<sup>28</sup> Artículo 16 del CC Provincial de Trabajo de Hostelería y Turismo de Almería (BOP de Almería de 14/10/2022); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); CC del sector de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescado y Marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022); CC para la Acuicultura Marina Nacional (BOE 15/12/2021); artículo 21.1 Convenio colectivo estatal para las Industrias de Elaboración del Arroz (BOE 15/1/2022); I CC de Randstad Empleo ETT, (BOE 17-06-22). Hay que tener en cuenta, no obstante, que la inscripción en estas bolsas, en ningún caso tendrá carácter constitutivo, es decir, que la falta de inscripción de un trabajador en ella no afecta a la naturaleza jurídica de su relación laboral. Por tanto, la falta de llamamiento es considerada como despido disciplinario con las consecuencias jurídicas que ello conlleva a efectos de indemnización, STS núm. 529/2022 de ocho de junio (RJ 2022/3618)

<sup>29</sup> VI CC general del sector de la Construcción (BOE de 5/08/2022), en el cual se incluye que, para los supuestos de empate, será el empresario la designación entre ellos

<sup>30</sup> Artículo 81 TRET; STS núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), FJ. 3º; CC del sector de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescado y Marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022; CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021).



## CAUSALIDAD Y EFECTOS DE LA FALTA DE LLAMAMIENTO

La falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo cuando le corresponde según los criterios de orden establecidos en el convenio colectivo, implica una extinción contractual calificada como de despido improcedente<sup>31</sup>. No obstante, siendo cierta esta consecuencia, la primera consideración a tener en cuenta es determinar cuando realmente se ha producido una falta de llamamiento ante el inicio de una nueva temporada o inicio de campaña. Para ello, es necesario partir de unos criterios claros sobre el propio llamamiento, es decir, en primer lugar, determinar cuándo nos encontramos ante el inicio de una nueva temporada, en segundo lugar, aplicar los criterios para el llamamiento teniendo en cuenta el orden previsto por el propio convenio y, en tercer lugar, no encontrarse ante ninguna situación que impida su aplicación por circunstancias ajenas al propio empresario.

Respecto al primer supuesto, en la mayor parte de los convenios colectivos, son las razones productivas las que fijan el momento de inicio de la campaña<sup>32</sup> sin que, en la mayoría de las ocasiones, se

---

<sup>31</sup> Hay que señalar que el legislador no contempla la falta de llamamiento. Para aquellos supuestos en los que el empresario no necesita el mismo número de trabajadores que en anteriores campañas, podrá proceder a realizar un despido objetivo, si concurren las causas legalmente previstas para ello.

<sup>32</sup> STSJ de C. Valenciana núm. 2082/2006 de 13 junio. (JUR 2007\41793), “Se determina que el convenio colectivo aplicable establece que las altas y bajas de los trabajadores fijos discontinuos se llevará a cabo en función de las necesidades de la producción, que son aquellas circunstancias que determinan la fijación en cada empresa de las fechas en que debe iniciarse la correspondiente campaña, sin que el retraso en el llamamiento pueda asimilarse a un despido.

indique una fecha cierta<sup>33</sup>, ni tan siquiera cuando prevén un número determinado de llamamientos al año<sup>34</sup>.

Partiendo de esta realidad, podemos encontrarnos ante una situación nada ajena al objeto de este contrato, y es que el llamamiento no se haga por causa de agentes externos a la propia actividad, como el clima o la meteorología o, una crisis económica generalizada o una pandemia, entre otros. En todos estos supuestos la causa de la falta o retraso en el llamamiento se produce por causas no imputables al empresario que no denotan una voluntad extintiva de la relación<sup>35</sup>, por lo que reestablecida la situación previa a estas circunstancias se debería reiniciar el proceso de llamamiento.

El segundo de los supuestos responde más a la respuesta del trabajador al propio llamamiento. Es decir, si se respeta el orden de llamamiento previsto en el convenio, en ningún caso puede entenderse que nos encontramos ante una voluntad extintiva de la relación por parte del empresario. No obstante, puede ocurrir que el retraso o la falta de respuesta obedezcan a circunstancias atribuibles al trabajador.

---

<sup>33</sup> Sobre el carácter cíclico, periódico y sin fecha cierta, aunque en ningún caso aleatoria o desigual, SSTS 21 diciembre 2006 Rec. 4537/2005 (RJ 2006/9913), de 25 febrero 1998 Rec. 2013/1997 (RJ 1998/2210) o, entre otras, de 5 julio 1999 Rec. 2958/1998 (RJ 1999/6443).

<sup>34</sup> STSJ de Andalucía núm. 2341/2013 de 11 de diciembre (JUR 2014\34648) “Por causas climatológicas se produce el retraso en el inicio de la campaña, por lo que la falta de llamamiento no constituye despido, al no existir voluntad resolutoria, incluso cuando se incumple el compromiso de actividad temporal mínima establecido por convenio”.

<sup>35</sup> SSTS núm. 101/2021 de 27 de enero (RJ 2021/575), núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), FJ 3º, núm. 123/2019 de 19 de febrero 2019 (RJ 2019\2308) FJ.4., de 7 de mayo de 2015, (RJ 2015/2235) o de 26 de mayo de 2015, (RJ 2015, 3772). En idéntico sentido, por ejemplo, la STSJ de Andalucía núm. 429/2022 de 6 de junio (JUR 2022\248364), en la que no se considera falta de llamamiento cuando la previsión de comienzo aparece como incierta o insegura al depender de factores externos a la propia actividad como el clima o la meteorología.

En este supuesto, se ha de partir de un criterio idéntico al del empresario, es decir, el retraso o la falta de respuesta del trabajador hay que entenderla como un desistimiento del contrato<sup>36</sup>. No obstante, podemos encontrarnos con causas justificativas que no van a afectar a la validez del contrato, aunque si puedan hacerlo al momento de incorporación del trabajador o a su posición en el orden de llamada. Aunque estas causas pueden ser de diversa índole, así como la respuesta ofrecida por la propia negociación, si podemos citar algunas circunstancias que pueden afectar a la capacidad de respuesta del trabajador, como encontrarse en situación de incapacidad temporal en el momento del llamamiento<sup>37</sup> o en alguna de las situaciones previstas en la norma que dan derecho a suspensión de contrato<sup>38</sup>, reducción de jornada o flexibilización de la misma por razones de conciliación, permisos retribuidos<sup>39</sup>, entre otros.

---

<sup>36</sup> Artículo 49. 1 d) ET. CC de Hero España, S.A. (BO de la Región de Murcia 10/10/2020) "si el trabajador no se persona en el trabajo, ni justifica la ausencia, se entenderá que desiste de su relación laboral y será baja en la Empresa; CC de la Industria Azucarera (BOE 21/03/2022). Hay convenios, como el del Parque de Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019) en los que se le da un plazo de respuesta, que será de 96 horas. Otros prevén distintos plazos de respuesta y efectos sobre su falta como en el VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22).

<sup>37</sup> CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021), en este caso se conserva el número de orden y derechos del trabajador a todos los efectos. Igual ocurre en el CC para la Acuicultura Marina Nacional (BOE 15/12/2021); CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019). En estos supuestos, el empresario está obligado a efectuar el llamamiento al trabajador afectado, así como a darlo de alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de darle de baja posteriormente. En estos casos, la incorporación se efectuará cuando se produzca el alta médica, STS núm. 669 de 14 de julio de 2016, (RJ 2016/4827)

<sup>38</sup> XI CC. nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias (BOE 21-03-23). CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021), por encontrarse en situación de nacimiento y cuidado de menor, se conserva el número de orden y derechos del trabajador a todos los efectos. CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019), se incluyen también encontrarse ante cualquiera de las circunstancias que dan derecho a permisos retribuidos del artículo 37 ET. Entre otras circunstancias, encontrarse realizando un examen de estudios oficiales de Bachillerato, Formación Profesional o Universitario.

<sup>39</sup> Artículo 37 ET, CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019)

Existen otros convenios colectivos en los que el contrato se mantiene solo con que el trabajador manifieste su voluntad de continuar con la prestación aun cuando no aporte ninguna justificación, como ocurre en el convenio colectivo del Parque de Isla Mágica, S.A. en Sevilla<sup>40</sup>.

Dentro del tercero de los supuestos, la falta de llamamiento sin causa justificada, hay que diferenciar entre dos situaciones, la primera que, simplemente, no se lleva a efecto manifestándose con ello el ejercicio de una voluntad extintiva por parte del empresario<sup>41</sup> con las consecuencias jurídicas que eso conlleva para el trabajador.

Y una segunda opción, en la que no se respeta el criterio de llamamiento en el momento previsto, sino que se realiza tardíamente sin existir, aparentemente, causa que lo justifique. En estos casos, debe ser la jurisprudencia quien determine, en función de la casuística planteada, si ese retraso es o no constitutivo de despido. Sí hay unanimidad, en considerarla como despido cuando el llamamiento se produce tras una demanda de despido presentada por el trabajador<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019), En el caso de que, en el plazo de 96 horas, el trabajador demuestre que no contestó al llamamiento por causa justificada, la empresa se verá obligada a llamarlo para la siguiente vacante que se produzca en su bolsa de trabajo. Si por el contrario el trabajador/a notifica fehacientemente a la empresa en el mencionado plazo de 96 horas su interés por incorporarse, pero no demuestra causa justificada, pasará a ocupar el último turno en el orden de llamada de su bolsa correspondiente.

<sup>41</sup> STSJ de Cataluña núm. 8016/2012 de 26 noviembre (AS 2013/1010)

<sup>42</sup> SSTs, núm. 133/2022 de 9 de febrero (RJ 2022/838), núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), núm. 986/2016 de 23 de noviembre (RJ 2016/5871), FJ 2, en todas ellas se declara el carácter constitutivo del despido, por lo que, “una vez publicado y conocido el orden de llamamiento al que debería atenderse la empresa, su elusión debe ser calificada como despido ... la posterior subsanación de la omisión producida mediante un llamamiento tardío efectuado cuando ya el trabajador ha reaccionado e impugnado su despido no es más que un intento de

Sin entrar en profundidad en la casuística jurisprudencial, sí nos parece interesante señalar que, en un gran número de sentencias de distintos órganos judiciales, la constatación de una falta de llamamiento y, por ende, la presentación de una demanda por despido por parte del trabajador, se presenta argumentada por una fraudulenta concatenación de contratos temporales, que por su objeto y características tienen más encaje en un contrato fijo discontinuo que en uno temporal<sup>43</sup>. El reconocimiento de la existencia de este contrato conlleva que, su falta de llamamiento implique la consideración de un despido calificado como improcedente, con el reconocimiento de la consiguiente indemnización<sup>44</sup> y no, simplemente que nos encontramos ante una finalización de un contrato temporal que conlleva una indemnización sustancialmente inferior<sup>45</sup>.

## CONCLUSIONES

El fomento de la contratación fija discontinua encuentra su justificación en la estabilidad en el empleo, en la contratación indefinida y en la reducción de la contratación temporal, sobre todo en aquella en la que la concatenación de contratos llegaba a perpetuar la

---

recomponer una relación laboral rota por decisión empresarial manifestada a través de la omisión del deber de llamada” y la STS de 7 de diciembre de 2009, Rec 210/2009, en la que, en un supuesto similar, añade que, la desatención por el trabajador al llamamiento tardío no puede ser calificado, en modo alguno, como dimisión tácita del trabajador».

<sup>43</sup> STS de 15-10-2014 (RJ 2014, 5366); STSJ de Madrid núm. 789/2016 de 23 septiembre. (AS 2016\1768), FJ 4º

<sup>44</sup> Artículo 56.1, la indemnización que procede será la de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades

<sup>45</sup> Artículo 49.1.c. “A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”

precariedad de los trabajadores y junto a ella el ejercicio de sus derechos tanto individuales como colectivos.

Dicho esto, la prevalencia de la negociación colectiva en el desarrollo del régimen jurídico de esta modalidad contractual exige algo que, hasta el momento solo se está manifestando tímidamente, una profunda actividad de los agentes sociales en todos los niveles de negociación, tremendamente necesaria, si tenemos en cuenta la parca y, en ocasiones, difusa regulación que el legislador hace sobre aspectos determinantes de la naturaleza jurídica de este contrato.

Solo a través de un importante desarrollo convencional del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo y los elementos que lo configuran, quedarán garantizados plenamente los derechos de los trabajadores y se fomentará paralela y progresivamente una contratación indefinida.

Para mi entrañable y gran amigo Félix Salvador Pérez



# PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EMPLEO ATÍPICO

María Teresa Igartua Miró<sup>1</sup>

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla

## EL EVANESCENTE CONCEPTO DE “EMPLEO ATÍPICO” Y LA CRISIS DEL TRABAJO “ESTÁNDAR”

La fórmula empleada es intercambiable con otras como trabajadores atípicos, con contrato atípico o, más recientemente, empleo “no convencional”<sup>2</sup>, en su versión inglesa “*non standard workers*”. No existe una definición unívoca o cerrada ni referencias legales expresas -al menos a nivel interno-. El contenido puede ser distinto, dotándolo de un mayor o menor grado de amplitud, así suele incluirse entre los trabajadores “con contrato atípico”, los temporales, los cedidos por Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT) y los de subcontratas, pero también se afirma que su crecimiento da lugar a la definición del trabajador como autónomo y su clara relación con el empleo precario<sup>3</sup>. A ello suele añadirse el

---

<sup>1</sup> “No mires atrás o te convertirás en estatua de sal...”, me dijiste un día aludiendo al Libro del Génesis, cuánta razón tenías mi buen “colega” (*las enseñanzas del Profesor Félix Salvador*).

<sup>2</sup> Aparece en el Considerando 6 de la Directiva UE 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE 11.7.2019, L 186/105), aunque también incluye la de contrato atípico (considerando 2). En su considerando 36 habla de contratos de trabajo en actividades que se enmarcan en formas de empleo “distintas”, apuntando a la idea de “previsibilidad” y de formas de empleo atípicas en el 37.

<sup>3</sup> WARSHAW, L., “Empleo precario y trabajo infantil”, en *Enciclopedia sobre SST*, OIT, 2012, en especial apartado 24.12. En el Informe OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, Ginebra, 2016 se agrupa bajo la fórmula empleo atí-



prestado en los domicilios -propios o ajenos (doméstico y de cuidados) (*home-based work*)- y los autónomos dependientes, sector informal y trabajo no declarado<sup>4</sup>. En algunos textos recientes (Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso) empiezan a tutelarse personas que realizan una prestación de servicios, por ejemplo, los voluntarios, las personas en formación, trabajadores despedidos y en busca de empleo. En relación con los voluntarios, becarios, alumnos de formación en alternancia, tradicionalmente excluidos de la regulación laboral, no se entiende bien el motivo, pues se exponen a una serie de riesgos cuyo control cae bajo la organización para la que desarrollan su tarea, por lo que deberían tener un idéntico nivel de protección a los trabajadores.

A estos efectos, y al margen de las disquisiciones conceptuales, es fácil coincidir en que cuando el contrato no es indefinido o no es a jornada completa, incluyendo a quienes se sitúan a medio camino, como los TRADE, habrían de considerarse atípicos<sup>5</sup>, dando un toque de atención sobre el nuevo vigor que cobra el debate acerca de este tipo de empleo a raíz de las transformaciones que los cambios digitales traen al mercado de trabajo<sup>6</sup>.

---

pico el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial (y a pedido), el trabajo temporal a través de agencias y otras modalidades multipartitas, las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente, a las que asocia una mayor "inseguridad" para los trabajadores y consecuencias negativas para la economía, p. 1-2 (Resumen del documento).

<sup>4</sup> QUINLAN, M., *The effects of non-standard forms of employment on worker health and safety*, OIT, Génova, Conditions of work and employment series nº 67, 2015, pp. 3 ss.

<sup>5</sup> MALO, M.A., "Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales", *Papeles de Economía Española* nº 156, 2018, p. 146.

<sup>6</sup> MALO, M.A., "Nuevas formas de empleo...", op. cit., p. 146. También advierten de los cambios que traen las plataformas que pueden significar el fin del empleo tradicional, con el surgimiento de un nuevo paradigma, GIL DE GÓMEZ PÉREZ-ARADROS, C. e IMAZ MONTES, M.M., "Economía colaborativa y mercado de trabajo. Un repaso a propósito de la "Ley Rider"", *Trabajo y Derecho* nº 81, 2021, LA LEY 8565/2021, p. 15 (versión consultada en [laleydigital](https://www.boe.es)).

A modo de ejemplo, la Directiva 2019/1152, sobre condiciones transparentes y previsibles señala, siguiendo la interpretación del TJUE sobre los criterios que determinan el estatus de un trabajador, que los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en práctica y los aprendices, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. También los falsos autónomos. Aparte de otras menciones especiales, considera que los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los contratos de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en situación especialmente vulnerable. Mayores dificultades podría acarrear la inclusión de los indefinidos que son fijos-discontinuos, ámbito en expansión tras la Reforma Laboral 2021 y algunas de nuestras Relaciones Laborales Especiales.

En este contexto, si partimos de una caracterización de la relación laboral estándar o empleo “típico” por la indefinición del contrato, su desempeño a jornada completa y dentro de unos determinados cánones de uniformidad en cuanto a los tiempos de desarrollo de la prestación, es patente que algo está cambiando de manera muy significativa, pues en la actualidad un alto porcentaje de trabajos se aproximarían al empleo atípico (tiempo parcial, fijo discontinuo, contrataciones temporales, fórmulas de trabajo flexibles, como el teletrabajo o con jornadas irregulares, trabajo en plataformas digitales<sup>7</sup> y suma y sigue). Hasta el punto esto es así, las transformaciones son tan relevantes y están tan expandidas, que habría que replantear los modelos y los propios elementos configuradores del trabajo estándar, encendiendo más el debate sobre el alcance y la bilateralidad del tiempo de trabajo flexible, la posible pérdida de

---

<sup>7</sup> Vid. El informe de la OIT *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo* (2021) donde se incluye una clasificación de distintos tipos de plataformas.

centralidad del tiempo de la prestación en la definición de las relaciones objeto del Derecho del Trabajo y el binomio “puesta a disposición” y resultados, entre los más significativos.

Tan ambicioso objetivo excede los márgenes de este análisis; me limitaré a delimitar los rasgos esenciales del empleo atípico para analizar cómo afectan a la SST así como la aplicación de la LPRL, para elevar algunas propuestas para la mejora preventiva en este ámbito. Sin entrar en el devenir histórico ni en rasgos concretos de nuestro país, es bastante fácil aceptar que la extensión de estas formas atípicas responde a necesidades de flexibilidad aducidas por las empresas y al deseo de frenar el desempleo, pero en los tiempos más recientes no viene sólo de la mano de la duración del contrato o de la jornada, estando más vinculada a la organización flexible del tiempo del trabajo y al uso de las nuevas tecnologías que condicionan significativamente el tipo y el lugar de la prestación de servicios<sup>8</sup>, con un papel crucial de internet, un notable crecimiento de las plataformas de servicios, las compras *on-line*, la globalización o la carrera por la conquista de la inteligencia artificial (en adelante, IA). En el caso de las plataformas, con frecuencia su mero papel de intermediario es ficticio, ejerciendo poderes propios del empleador, pese a la complejidad técnica inherente a su funcionamiento, el papel jugado por la *app* y los claros fenómenos de “ocultación”, propiciando así la difusión de formas atípicas ya conocidas y el nacimiento de otras nuevas o su “reconversión” o reconfiguración debida a la digitalización. Se propagan a su vez otras fórmulas de externalización y parcelación que complican más las relaciones laborales.

---

<sup>8</sup> Puede verse el Informe, *Trabajos con PVD: riesgos derivados del avance de las TIC. Trabajo líquido y riesgo emergente en las sociedades de la información*, INSST, Madrid, 2020.

## INCIDENCIA DE LAS FORMAS DE EMPLEO ATÍPICAS EN LA SEGURIDAD Y SALUD

Sin mayores distinciones, las formas de empleo atípicas imprimen unas características al trabajo que inciden en la seguridad y salud, entre las más significativas: la inseguridad laboral, los bajos ingresos, la intensidad del trabajo, el exceso de horas, la irregularidad en su distribución, la intervención y/o superposición de terceros, el incremento en las exigencias y otros problemas derivados de la (defectuosa) organización del trabajo, asignación de roles y responsabilidad, división del trabajo (micro tareas), aumento del control (pudiendo ser desproporcionado), situaciones encubiertas (falsos autónomos, contratos fraudulentos, trabajadores a tiempo parcial “figurados”) e irregulares, con posibles efectos negativos para la salud física y sobre todo mental.

La Estrategia española de SST (2023-2024)<sup>9</sup> alude a la realización de actuaciones de sensibilización dirigidas a las personas trabajadoras con empleos atípicos, aun cuando no concreta a quién está haciendo referencia. En su objetivo O4 (reforzar la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad) incluye a los jóvenes y menores de edad, personas trabajadoras autónomas, sector sanitario y socio-sanitario y asistencial, servicios de asistencia a domicilio y personas trabajadoras al servicio del hogar, en especial en los aspectos ergonómicos y psicosociales, trabajadores que retornan tras un período prolongado de baja, trabajadores con discapacidad y personas trabajadoras móviles y migrantes, incluidas las temporeras (punto 7 en el que incluye la mención a los empleos atípicos).

---

<sup>9</sup> BOE 28 de abril de 2023. También la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Marco estratégico posterior a 2020, de 10 de marzo de 2022, insiste en la necesidad de que los “trabajadores atípicos” (incluidos los verdaderos y falsos autónomos y los trabajadores móviles) estén cubiertos por la legislación y las políticas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Buena parte de estos rasgos se ven agravados en los trabajos en plataformas<sup>10</sup> y por la creciente influencia de los algoritmos, que asumen decisiones en el ámbito de la contratación, control del rendimiento, valoración del desempeño, asignación de los trabajos, determinando el nivel de ingresos, los ritmos de trabajo, tiempos de disposición e, inclusive, la no renovación de acuerdos o extinciones contractuales, entre otros, que exigen valorar sus consecuencias sobre el estado de salud. En el caso de las plataformas de reparto, se da también un significativo incremento del riesgo de accidente por la peligrosidad del medio y de la propia circulación (en especial en las grandes ciudades) y por la presión de tiempo que obliga al desempeño muy veloz para asegurar un mínimo de ingresos y ocupar gran parte de la jornada, aunque con importante volumen de tiempos de espera. También en el teletrabajo, abordado por la Ley 10/2021, de trabajo a distancia<sup>11</sup> (en adelante, LTD), aunque de forma insuficiente y con algunas obscuridades interpretativas.

Las políticas preventivas no pueden dar la espalda a la digitalización y la IA, sea en clave de oportunidad, con su uso en la predicción y prevención de accidentes, que de retos. De la disrupción tecnológica derivan problemas de hiperconexión<sup>12</sup> y de licuación

---

<sup>10</sup> Puede verse el estudio técnico elaborado por MARTÍN GONZÁLEZ, J., *Desafíos de la digitalización para la SST: la emergencia de riesgos psicosociales y el trabajo de plataformas digitales*, INSST, Madrid, 2023, que destaca la concurrencia del factor de la intermediación (con las claras dificultades para identificar el papel de la plataforma) y la fragmentación de las tareas para considerarlo como empleo atípico, p. 35; en especial sobre los riesgos laborales identificados en este tipo de trabajo, pp. 80 ss.

<sup>11</sup> Sobre esta concreta cuestión remito a un trabajo anterior, IGARTUA MIRÓ, M.T., “Garantía de la seguridad y salud en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces”, *RTSS. CEF* nº 458, 20216, pp. 53 ss.

<sup>12</sup> *In extenso*, GOMES CARDIM, T., “De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, nº 1, 2023, pp. 418 ss.

del tiempo y lugar de trabajo, causando estrés, ansiedad o sobrecarga mental, junto al incremento de riesgos derivados de la desarrollo en el uso de robots colaborativos y de la IA en términos de incremento de la sobrecarga de trabajo, poca intervención en la toma de decisiones, alienación, trabajos monótonos, sometimiento a la máquina, dificultades de comprensión de las aplicaciones informáticas, tareas poco o demasiado exigentes, deficiencias en las relaciones sociales, aislamiento, demandas tecnológicas desproporcionadas, desajuste entre exigencias y capacidades, postergación de los factores humanos, entre las más significativas. A lo que hay que sumar la opacidad de las decisiones algorítmicas, la complejidad de su funcionamiento, el incremento de la presión, vigilancia constante o los sesgos discriminatorios con una influencia sobre la salud, sobre todo mental, nada desdeñable.

En líneas generales, la OIT en sus campañas de trabajo decente estima que un modo para mejorar la seguridad y salud vendría de la mano de medidas para limitar la extensión del trabajo atípico<sup>13</sup>, al que asocia cuatro categorías generales de riesgo para la SST: riesgos relacionados con lesiones y accidentes, con la salud mental y el acoso; exposición a malas condiciones y peligros en el trabajo y problemas de fatiga<sup>14</sup>. Lógicamente, la restricción de estos empleos comportaría mejoras también en este campo<sup>15</sup>, pero su propia dificultad exige entretanto actuaciones en el terreno de los riesgos psicosociales.

De forma más concreta, al hilo de la digitalización se ponen sobre el tapete algunos riesgos y a ellos voy a limitar la referencia. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva

---

<sup>13</sup> QUINLAN, M., *The effects of non-standard forms of employment...*, op. cit., pp. 3 ss. OIT, *El empleo atípico...* op. cit., p. 26 (resumen).

<sup>14</sup> OIT, *El empleo atípico...* op. cit., p. 18 (resumen).

<sup>15</sup> Seguramente la reforma 2021 con su apuesta por el contrato indefinido, limitación del temporal a estrictas necesidades de mano de obra coyuntural o el control del fraude, tendrán reflejo en la mejora de la Seguridad y salud, pero ello excede del objetivo de este trabajo.

de Plataformas (2021)<sup>16</sup> constata los mayores riesgos para los trabajadores de plataformas (en trabajos presenciales o en línea) en especial los que afectan a la salud psicosocial; entre los más significativos, horarios o intensidad de trabajo imprevisibles, entornos competitivos (sistemas de calificación, incentivos laborales mediante bonos), sobrecarga de información y aislamiento. Del mayor interés, aunque se trate de un instrumento sin eficacia vinculante, es la Resolución del Parlamento sobre salud mental en un mundo laboral digital<sup>17</sup>, que parte de los nuevos riesgos aparejados a la gestión algorítmica para exigir una definición nueva y más amplia de la SST, que no puede prescindir de la salud mental. Especial atención se presta al estrés, incrementado por la presión por limitaciones de tiempo, horarios de trabajo prolongados e irregulares, mala comunicación y cooperación en la organización, mostrando gran preocupación por la intimidad, la seguridad y salud, la vigilancia y seguimientos desproporcionales e ilegales, trato discriminatorio que pueden socavar la libertad de las personas, llevando a situaciones de agotamiento profesional, estrés tecnológico, sobrecarga psicológica y fatiga. Sin lugar a duda la salud mental ocupa ahora mismo el epicentro del desvelo por la salud laboral<sup>18</sup> y su puesta en peligro es mayor en las formas de trabajo no estándar o atípico.

---

<sup>16</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, Bruselas 9.12.2021 (COM (2021) 762 final).

<sup>17</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre salud mental en un mundo laboral digital (2021/2098 (INI)).

<sup>18</sup> Puede verse Comisión de personas expertas sobre el impacto de la precariedad laboral en la salud mental en España, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, que considera especialmente expuestas a la precariedad las formas de trabajo no estándar o atípico (temporal, tiempo parcial, trabajos excluidos de la normativa laboral tales como los falsos autónomos, becarios o cooperativistas o el trabajo en determinados sectores u ocupaciones especialmente vulnerables).

## LA LPRL Y SU AMPLIO ESPECTRO DE COBERTURA

Como línea de principio, la LPRL ciñe su ámbito de aplicación subjetivo a relaciones caracterizadas por la ajenidad y la dependencia, que la llevan a ciertas “asimilaciones” como los empleados de Administraciones públicas, socios de cooperativas y otros análogos. Sin embargo, es bastante crítica en relación con los autónomos, limitando a salvar unos posibles “derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos”. Un repaso al texto lleva exclusivamente al art. 24 LPRL que los menciona expresamente y que gira sobre el elemento locativo y la coincidencia espacial para fijar el régimen jurídico de la coordinación preventiva, aplicable igualmente al TRADE. Derechos y deberes que se desarrollan en el art. 8 Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA). En brevísima síntesis, no cabe rastrear otros derechos ni obligaciones empresariales que, en su caso, aunque la norma no es un dechado de claridad sobre su alcance y límites, corresponderán al propio autónomo sin dotarlo de instrumentos adecuados a su particular situación, algo especialmente sangrante en relación con el TRADE, uno de los más claros supuestos de insuficiente e ineficaz cobertura.

Como se sabe, la LPRL sí se ocupa expresamente de los trabajadores temporales y los cedidos por ETT en su art. 28 LPRL, que parte del principio de igualdad en la protección, “recuerda” la aplicación de los deberes específicos de formación, información y vigilancia de la salud, que atendiendo al reparto obligatorio contenido en el apartado 2 se asignan a la ETT en caso de que inter venga; supuesto en el que añade ciertas restricciones para la contratación en determinadas actividades peligrosas y algunas obligaciones adicionales de información.

Este principio de equiparación preventiva rige también para el tiempo parcial, que no admite diferencias en la tutela ni una aplicación de las medidas según el criterio proporcional, incompatible



con el propio derecho a la protección eficaz, pese a la ausencia de mención expresa. Sin embargo, la flexibilidad que caracteriza la regulación del tiempo parcial, la facilidad para distribuir irregularmente el tiempo atribuida al empresario, la escasez de límites o el problema de la “disponibilidad” (horas complementarias), unidos al carácter involuntario y la dificultad para alcanzar la suficiencia de ingresos con esta fórmula atípica por excelencia, exigiría una intervención expresa con límites en la gestión del tiempo de trabajo o pautas para la efectiva desconexión digital.

En lo que respecta a los supuestos de contratas y subcontratas, la regulación del art. 24 LPRL se muestra poco acompañada y resulta insuficiente con la generalización y extensión de los fenómenos de externalización.

En el caso de la prestación de servicios en las plataformas cuando entre el juego de la presunción legal establecida en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales<sup>19</sup> o concurren las notas de la laboralidad, quedarán plenamente incluidos en el ámbito de aplicación de la LPRL, pero seguramente las previsiones legales no otorgan un grado satisfactorio de tutela, con claros desajustes y desfases de la LPRL que saltan a la vista. Cuando quedan extramuros de la LPRL, la protección brindada a los TRADES o autónomos los deja en clara situación de desamparo. En esta línea, la Estrategia Española de SST (2023-2025) apunta a la necesidad de elevar el nivel de protección de los autónomos, dada su previsible expansión y los nuevos riesgos derivados de estas formas de prestación.

Otro tanto cabe señalar respecto al teletrabajo y el trabajo a distancia, para los que el art. 15 LTD recuerda la plena aplicación de la LPRL y el 16 LTD incluye algunas especificaciones en orden a la

---

<sup>19</sup> Sobre la misma, SIERRA BENÍTEZ, M., “Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Vol 11, nº 1, 2023, pp. 36 ss.

realización de la preceptiva evaluación de riesgos, de especial trascendencia, tanto por la mención expresa a factores como los riesgos psicosociales y más relevante aún al tiempo de trabajo, como a la propia forma de desarrollo que, sin embargo, suscita algunas dudas en cuanto a su aplicación y eficacia<sup>20</sup>.

Mención aparte merece el trabajo doméstico, excluido del ámbito de aplicación de la LPRL hasta fechas muy recientes, dada la derogación del art. 3.4 LPRL por RDL 16/2022, de 6 de septiembre para mejorar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Se incluye una nueva DA 18ª a la LPRL (art. 1 RDL) que remite a los términos y garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar la salud y seguridad.

Esta breve panorámica permite concluir que el gran problema no estriba en la falta de norma aplicable sino en las particularidades de las formas atípica de empleo que dificultan su aplicación o en las necesidades específicas que podrían aconsejar ciertas normas de adaptación.

## **HETEROGENEIDAD, EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES Y AJUSTES LEGALES**

### **DIVERSIDAD V. UNIFORMIDAD**

Aunque la LPRL da cobertura a estas formas de trabajo, sus particularidades, especialmente marcadas en las de nuevo “cuño”, conduce a la inadecuación de la mera extensión de su aplicación. En el caso de las plataformas digitales no se ha prestado atención alguna por el legislador y sería conveniente alguna actuación normativa, en los términos que se detallarán en el epígrafe siguiente. Respecto al teletrabajo, la aplicación plena e íntegra de la LPRL, que

---

<sup>20</sup> Vid. SAN 22 de marzo de 2022 (Rec. 33/2022).

nunca ha sido cuestionada, y la específica regulación del art. 16 LTD, no acaban con los problemas interpretativos o las dificultades prácticas que podrían haber sido objeto de atención específica. En el caso concreto del trabajo doméstico, el legislador se ha mostrado más realista, cuestión diversa es cómo se articulará el desarrollo reglamentario previsto y si será capaz de dotarlo de eficaces mecanismos de tutela.

Habida cuenta la heterogeneidad de situaciones abordadas, sería conveniente refrescar algunas ideas de suma importancia. La primera, no por reiterada menos cierta, la capacidad de adaptación de la LPRL y su formulación abierta, omnicomprensiva y generalista para hacer frente a todos los riesgos laborales en todas las situaciones enunciadas, con mayor o menor grado de dificultad y, en algunos casos, solo para algunas cuestiones puntuales (como los TRADE). La segunda, la construcción de la deuda de seguridad empresarial que se hace pivotar sobre la evaluación de riesgos laborales, que permite la adaptación de las amplias y genéricas previsiones legales a la situación concreta de riesgos. Incluidos, lógicamente, factores como los enumerados de riesgo psicosocial y, de manera especial, los ligados a la organización y flexibilización del uso del tiempo de trabajo. A ello se añade la relevancia del empleo de determinados principios de la acción preventiva (sustitución de lo peligroso por lo que entraña menos peligro, ajuste a la evolución de la técnica o de adaptación del trabajo a la persona) en la resolución de conflictos planteados por los riesgos laborales aquí tratados.

## **EL PILAR CENTRAL DEL SISTEMA: LA EVALUACIÓN DE RIESGOS**

La evaluación de riesgos regulada en el art. 16 LPRL no ha sido objeto de reformas en los años transcurridos desde su aprobación pero seguramente merecería cierta actualización. Aun cuando sería más partidaria de incluirla en el propio texto legal, no conviene

olvidar que el art. 6 d) LPRL dejaba en manos del Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias, la regulación de los “procedimientos de evaluación de riesgos para la salud de los trabajadores, normalización de metodologías y guías de actuación preventiva”, que se afrontaron en el propio RSP, respondiendo al llamado de la letra e) del mismo precepto legal. La LPRL merecería ciertos ajustes y también el RSP, en especial, en relación con sus requisitos, contenido o límites y la revisión de algunas imprecisiones (p.e., la difusa distinción entre evaluación sucesiva y revisión de la evaluación). Los aspectos metodológicos son escasamente tratados, más allá de la exigencia de que arroje confianza sobre su resultado o el carácter participado, pese a su relevancia y a la ausencia de consenso, en especial respecto a los riesgos psicosociales. Cuestiones tampoco abordadas con esmero en sede negocial.

La evaluación de riesgos puede servir de elemento transversal al analizar la temática elegida. Pese a no “alterar” el texto de la LPRL, cabe encontrar referencias específicas a la evaluación al menos en cuatro disposiciones legales recientes, un proyecto de Directiva y en la Estrategia española de SST, provocando una clara dispersión en el sistema preventivo, que no se había visto con anterioridad.

1.-El artículo 16 LTD regula la evaluación en el domicilio u otro lugar escogido por la persona trabajadora y, en lo que ahora me interesa, recoge expresamente la necesidad de tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

2.-La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (art. 12.2.4º), establece que las empresas deberán

incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes. Disposición que resulta llamativa tanto porque en la regulación común de la evaluación de riesgos no se menciona en absoluto este tipo de factores como por los posibles efectos perniciosos hacia las mujeres que pudiera desplegar.

3.-Si paramos mientes en el Convenio 190 OIT, en su artículo 9, entre otras medidas, manda a los Estados miembros a incluir en su legislación sobre seguridad y salud los riesgos de violencia y el acoso y los riesgos psicosociales asociados, comenzando con la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos de violencia y acoso.

4.-Por su parte, aunque es evidente que todas las normas reglamentarias dedicadas a riesgos específicos suelen comenzar incluyendo la obligación de evaluar riesgos, por su interés y por afrontar una cuestión que preocupa bastante a nivel europeo como es el cambio climático, traeré a colación el RDL 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y el agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico de Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. Aun cuando la regulación resulta algo descafeinada, afronta un problema de creciente preocupación. Su DF primera modifica el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre lugares de trabajo, pendiente, a tenor de lo anunciado en el Marco Estratégico Europeo de una modificación más profunda de la Directiva, que habrá de tener su reflejo en la norma reglamentaria. Introduce una DA única para trabajos al aire libre y en lugares de trabajo que, por la actividad desarrollada no puedan quedar cerrados, que obliga a adoptar medidas frente a los riesgos relacionados con fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo las temperaturas extremas. Medidas que derivarán de la evaluación de riesgos laborales que tomará en consideración, además de los fenómenos mencionados,

las características de la tarea que se desarrolle y las características personales o el estado biológico conocido de la persona trabajadora. Entre las medidas destacan por su interés la adaptación de las condiciones de trabajo que son tradicionales en algunos CC de sector como la construcción, guardas forestales o en el campo.

La propuesta de Directiva de plataformas (10 de diciembre de 2021) en el art. 7 dedicado a la supervisión humana, habla de evaluar los riesgos de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones para la seguridad y salud de los trabajadores de plataformas, en particular en lo que se refiere a los riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales.

También la Estrategia Española de Seguridad y Salud (2023-2027) apunta en su objetivo 5 a la revisión de la LPRL y las normas de desarrollo para incluir la perspectiva de género en la gestión preventiva y eso, lógicamente, ha de empezar por la propia evaluación de riesgos.

## **LA LPRL: UNA NORMA NECESITADA DE AJUSTES**

Las anteriores conclusiones sugieren la conveniencia de ciertas reformas del texto legal, pues su enorme elasticidad está llevando a la banalización de algunos aspectos y a su propio desgaste; asimismo, podría ser conveniente alguna regulación reglamentaria concreta, junto al incremento de la participación de los trabajadores y a un papel más activo e innovador de la negociación colectiva, pero también al recurso a instrumentos no legislativos para “activar” la prevención. A algunas de estas propuestas se dedica el epígrafe que cierra este breve estudio.

## **PROPUESTAS PARA REFORZAR LA TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL EMPLEO ATÍPICO**

Partiendo de la opinión del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea de SST que lo considera poco ambicioso, siendo necesario presentar nuevas propuestas legislativas y colaborar con los interlocutores sociales y, lo que me parece más relevante, su posición sobre la insuficiencia de la Directiva Marco en el ámbito laboral del siglo XXI, enumeraré una serie de propuestas en orden a la tutela también de los empleos atípicos, aunque ni se abordarán todas las cuestiones ni seguramente sean las más rompedoras.

PRIMERA.-La extensión casi indiscriminada de la LPRL al teletrabajo debería completarse con precisiones sobre la vigilancia de la salud, incluso con alguna matización a la regla general de la voluntariedad, la formación específica o el refuerzo del deber de colaboración del trabajador en el cumplimiento de las medidas preventivas, aplicables con independencia del tiempo en que se presta servicios en el domicilio u otro lugar libremente escogidos, imponiendo mayores cautelas sobre su adecuación como lugar de trabajo. Reglas que si bien podrían extraerse de una interpretación teleológica de las normas, arrojaría un mayor grado de aplicación, más eficacia y menos margen de incertidumbre si se prevén expresamente.

SEGUNDA. -Ante la extensión del uso de dispositivos digitales en el trabajo y, en especial portátiles y móviles, habría que revisar la normativa sobre uso de PVD, claramente desfasada, anunciada tanto en la Estrategia Europea de Seguridad y Salud (2021-2027) como en la española (2023-2027).

TERCERA. -Los empleados de plataformas son insuficientemente protegidos con la presunción de laboralidad y la aplicación de las normas preventivas, con claras dificultades exegéticas y una tutela

deficitaria si se tratase de autónomos. El problema no es la inaplicación del art. 24 LPRL o el 8.4 LETA<sup>21</sup>, que podría solventarse a través del amplio concepto de centro de trabajo manejado, analizado en el contexto digital actual y centrado en las peculiaridades de la propia actividad, sino en las propias carencias de los deberes de coordinación allí previstos e, inclusive, del deber de vigilancia de la plataforma respecto al “prestador de servicios”.

CUARTA. -Aunque guarda también cierta relación con lo anterior, con carácter general resulta preciso abordar en la LPRL o extramuros de la misma, las medidas de seguridad y salud frente a los riesgos conectados al “poder” del algoritmo, preocupación que late a nivel europeo. Así, sin ánimo de exhaustividad, la Propuesta de Directiva sobre Plataformas citada prevé una evaluación específica de los riesgos (art.7) a la que se ha hecho ya alusión. Además, se excluye su utilización (de los sistemas de IA) de forma que se ejerza una presión indebida sobre esos trabajadores o se ponga en riesgo de algún modo su salud física o mental. Aunque arroja claras dudas para individuar los sistemas a que hace referencia, que debe interpretarse de forma amplia<sup>22</sup> o para identificar la presión “indebida”. Tampoco recoge medidas preventivas concretas que deberían afrontarse a nivel interno. El parlamento europeo en su propuesta sobre la Directiva propone a la Comisión que afronte directamente la salud y seguridad de estos trabajadores, incluido el derecho a la desconexión, equipos de protección personal adecuados y la protección contra la violencia y el acoso. Pero también habría que incluir determinados límites, exclusiones y prohibiciones a una gestión algorítmica del trabajo que avanza a una velocidad de vértigo, con normas bastante más concretas.

---

<sup>21</sup> Vid. *Precariedad laboral y salud mental*, op. cit., p. 38.

<sup>22</sup> En modo alguno limitada a la contenida en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (Bruselas 21.04. 2021 COM (2021) 206 fina, 2021/0106 (COD), sino que debería reflejar un concepto *ad hoc*.



Misma necesidad de una propuesta legislativa sobre la IA en el ámbito laboral se encuentra en la Resolución sobre la salud mental ya mencionada que juzga insuficientes los instrumentos normativos en vigor para garantizar la SST, debiendo actualizarse y reforzarse, sin que aquella tecnología deba utilizarse en detrimento de la salud mental y el bienestar de los trabajadores. Además, pide a la Comisión que proponga una iniciativa legislativa sobre la gestión de los riesgos psicosociales y el bienestar en el trabajo.

QUINTA. -La conexión entre la seguridad y salud y la gestión del tiempo de trabajo, en el origen de las propias normas laborales, está de plena actualidad debido al crecimiento de fórmulas de distribución y organización flexible que plantean nuevas situaciones de peligro y el barrido de la demarcación entre los tiempos y espacios de trabajo y para la vida privada, que imponen la renovación de la regulación legal. Habría que afrontar cuestiones como la carga de trabajo, los ritmos de trabajo, las pausas y descansos (insuficientemente regulados para las PVD) y el veto o restricción de decisiones algorítmicas sin supervisión o la garantía de reserva de determinadas tareas a los humanos.

SEXTA. -Por su parte, en lo relativo al TRADE, me he ocupado con anterioridad de esta cuestión<sup>23</sup>, proponiendo soluciones específicas que deberían afrontarse legalmente, en concreto, atribuyendo determinadas obligaciones de tutela al empresario que recibe la prestación y ejerce la dependencia económica, condicionando la prestación, en particular la evaluación de riesgos, formación y vigilancia de la salud.

SÉPTIMA. -Para las relaciones triangulares, cabe apreciar una mayor facilidad en la aplicación y menos conflictos en la regulación contenida en el art. 28 LPRL (desarrollada en RD 216/1999, de 5 de febrero) que en el art. 24 LPRL y su correspondiente desarrollo

---

<sup>23</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T., “La deficitaria tutela de la seguridad y salud del TRADE. Viejos y nuevos problemas tras la Ley 31/2015, de 9 de septiembre”, *RTSS. CEF* nº 398, 2016, pp. 45 ss.

(RD 171/2004). El régimen de la coordinación preventiva es insuficiente ante la extensión imparable del fenómeno de la externalización productiva y la práctica aplicativa. En su caso, seguramente sería el momento de cuestionarse la adecuación del requisito de la propia actividad, como se sabe, eludido por el TS en relación con el recargo de prestaciones (por todas, STS de 14 de mayo de 2018, Rec. 144/2017), para avanzar hacia la imposición de unos deberes más incisivos para las contratadas, ligados a requisitos como la duración, la falta de especialización o el control del riesgo. La reforma del art. 24 LPRL plantea cierto grado de complejidad, aunque probablemente la extensión del deber de prevención al empresario principal podría jugar un papel esencial en el control de la siniestralidad, pues convergen condiciones tales como la temporalidad, la triangulación o la falta de formación, que deberían recibir unas respuestas más expeditivas en el régimen legal, ámbito donde tampoco son muy relevantes los avances en la negociación colectiva.

OCTAVA.-Dada la trascendencia de los factores de riesgo psicosocial, y en especial el acoso y la violencia, deberían abordarse expresamente, acabar con la dispersión legislativa y los solapamientos e implantar un verdadero enfoque preventivo, no tanto discriminatorio ni represivo-sancionador, comenzando con la evaluación de riesgos que, como se apuntó, debería remodelarse, con respuestas respecto al contenido, su propia realización o la metodología, reforzando el papel de los representantes de los trabajadores. Con actuaciones también en el terreno de la mejora de las herramientas informáticas puestas a disposición de las pequeñas empresas para la implantación de sistemas preventivos, promoviendo el uso de la IA.

NOVENA.-Es precisa una nueva llamada a la negociación colectiva pues aunque cabe apreciar un claro avance cuantitativo en las cláusulas dedicadas a la prevención de riesgos laborales, queda aún largo camino por recorrer para erigirse en impulsora y pionera en el tratamiento de determinadas cuestiones relacionadas con los riesgos laborales de nuevo cuño, en especial los riesgos psicosociales, el uso del tiempo de trabajo, la digitalización, la extensión

de las nuevas tecnologías y las decisiones algorítmicas y la transversalidad del tratamiento convencional, aspecto resaltado en la Estrategia Española 2023-2027.

DÉCIMA. - Por descontado, los nuevos retos del siglo XXI y en especial los ligados a la atipicidad del trabajo deben contar con el papel de las Administraciones Públicas implicadas, no solo en la faceta controladora y sancionadora, sino también de promoción y premial, ámbito donde aún queda un largo camino por recorrer.

# MÁS ALLÁ DE LA LEY RIDER: EL FRACASO DE LA NORMA Y LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR LABORAL

Miguel Rodríguez-Piñero Royo<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla,  
Senior Counsellor, PwC

## PRESENTACIÓN: DE LAS LEYES Y SU NOMBRE

No era Félix una persona aficionada a las modas, y menos en el ámbito del Derecho. Su seriedad y rigor le hacían mirar con desconfianza las tendencias superficiales que cada cierto tiempo se generaban y extendían entre la comunidad universitaria y los operadores jurídicos. Y una de estas tendencias es la de ponerle apodos o motes a las leyes que se aprueban. De esta manera, junto a los elementos identificativos tradicionales (número de disposición, fecha de aprobación, denominación) se genera uno relacionado con su contenido, objetivos o personas promotoras, que es el que se utiliza durante su tramitación para acabar generalizándose en la práctica del Derecho. Tenemos, así, una “Ley Zerolo”, una “Ley LGTBQI”, una “Ley del sólo sí es sí”, una “cláusula Telefónica”... A decir verdad, si tenemos en cuenta la técnica legislativa de los últimos años, en la que se ponen nombres enormes a las leyes, esta práctica tiene todo el sentido. También se ha generalizado en la Unión Europea, donde buscan títulos más fáciles y comerciales para sus nombras más importantes.

Una de estas leyes con apodo es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de

---

<sup>1</sup> Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175

las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Todo el mundo la conoce como Ley Rider, y ahora veremos porqué.

El objetivo de este trabajo es analizar el proceso que llevó a la aprobación de esta norma; sus principales aportaciones; su relativo fracaso en la consecución de sus objetivos; y la reacción posterior del legislador para apuntalarla. De ahí la denominación que he elegido para este trabajo, porque estudiaré esta ley y las medidas adoptadas posteriormente para apoyar su aplicación.

La hipótesis de partida es que esta legislación no ha producido los efectos deseados por una serie de factores, que tienen que ver muchos de ellos con las peculiaridades de las plataformas digitales como empleadoras. Esto ha llevado a tener que corregir y completar este marco normativo con otras disposiciones posteriores, que, a pesar de tener un objeto diferente, enlazan con aquélla para formar una misma línea del Derecho, la de la defensa de los derechos de los trabajadores de plataforma.

## **APARICIÓN Y DESARROLLO DE LAS PLATAFORMAS DE DELIVERY EN ESPAÑA**

El surgimiento y desarrollo del trabajo de plataforma en España no ha sido fácil, ya que desde el principio se denunciaron la calificación fraudulenta y las malas condiciones económicas y laborales. Los mayores problemas se detectaron en los sectores del transporte de pasajeros y del reparto de comida, al que se le denomina ahora como “delivery”. En ambos las principales empresas del sector optaron por un modelo de negocio basado en la contratación de trabajadores autónomos y de TRADES, vulnerando en muchos casos la legislación laboral y privando a estas personas de la protección social a la que tenían derecho. El resultado fueron unas condiciones laborales inaceptables e injustas, combinando el fraude en la contratación con la explotación laboral. En poco

tiempo estas empresas se convirtieron en un icono de la mala práctica laboral en el siglo XXI, combinando soportes tecnológicos avanzados con formas innovadoras de organización del trabajo.

Ante esta situación los trabajadores reaccionaron de diversas formas. Una primera fue la puramente colectiva, mediante la organización y la presión. De esta manera, se organizaron en asociaciones, como RidersXDerechos, y buscaron el apoyo de los sindicatos.

La segunda forma de lucha ha sido la legal, acudiendo tanto a la Administración Laboral como a los tribunales laborales. La cuestión de la calificación de sus contratos se planteó por varias vías: demandas individuales de despido por personas a las que las plataformas dejaban de enviar encargos, muchas veces como represalia por su activismo sindical; revisión judicial de multas administrativas, instada por las plataformas; y condenas a éstas por incumplimientos en materia de seguridad social.

En un primer momento la respuesta de los Juzgados de lo Social fue variada: mientras que algunos mantuvieron la calificación de TRADE para algunas plataformas, otros consideraron a sus empleados sujetos al derecho laboral. Sin embargo, este debate no duró mucho, ya que se produjo un giro en esta interpretación, especialmente en las sentencias de finales de 2019 y a lo largo del año 2020. Esta tendencia fue consecuencia de la visión adoptada por los los Tribunales Superiores de Justicia, una vez que estos casos llegaron a su conocimiento. Para ellos, de forma casi unánime, la relación entre los trabajadores de la plataforma y las empresas debía considerarse como una relación laboral.

Esta postura fue confirmada en septiembre de 2020 por el Tribunal Supremo, que ha venido a zanjar la cuestión, dando una solución al problema con un procedimiento de unificación de doctrina. La sentencia no fue una sorpresa, ni en la propia conclusión (los riders son asalariados) ni en los argumentos utilizados para llegar a este punto. Sentencias posteriores de otros tribunales han acogido

esta doctrina. Actualmente no hay debate en los tribunales españoles sobre esta cuestión.

Es interesante señalar que esta sentencia también confirma una tendencia general en la jurisprudencia sobre la definición del contrato de trabajo, ya que en los últimos años se detecta un cambio al prestarse menos atención a elementos tradicionales como la subordinación, y entenderse de forma más flexible los elementos básicos de la relación laboral, con mayor sensibilidad a la dependencia económica. Este cambio, que ha sido progresivo pero evidente, no se aplica sólo a las plataformas, ni tampoco sólo a los trabajadores digitales; al contrario, sirve para todo tipo de trabajo, por lo que parece que en el futuro será más fácil resolver los casos de clasificación de los trabajadores.

Una tercera forma de acción colectiva ha sido la creación de plataformas cooperativas, clónicas a los sujetos privados del sector pero con un marco laboral mucho más favorable.

## **LA LEY RIDER: UN HITO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y EUROPEO**

Los sindicatos y algunos partidos políticos hicieron del trabajo en plataforma una de sus principales prioridades, buscando una regulación adecuada que garantizara su calificación como trabajadores asalariados, y unas condiciones laborales justas y adecuadas. Tras algunas propuestas legislativas que no prosperaron por falta de apoyo parlamentario, optaron por el diálogo social, que sí tuvo éxito.

El 10 de marzo de 2021 los interlocutores sociales a nivel nacional, los sindicatos más representativos y las asociaciones patronales, firmaron un acuerdo sobre esta cuestión. Este fue el resultado de un largo proceso de negociación entre los interlocutores sociales sobre un acuerdo que sentaría las bases de una nueva norma, una

"Ley Rider" como la han llamado los sindicatos desde que se inició este proceso.

Hablemos del nombre, porque tiene su interés. La utilización de esta palabra no es casual: las plataformas inventaban denominaciones para sus trabajadores (riders, drivers, turks, glovers), tomándolas generalmente del inglés, con una finalidad muy clara, la de evitar la que realmente correspondía, la de trabajador asalariado, que es lo que eran. Al margen de posibles consideraciones organizativas y de marketing, lo que se pretendía era generar un indicio más contrario a la calificación de trabajo dependiente. El origen de la expresión está, pues, en las plataformas mismas. Los propios trabajadores, sin embargo, la asumieron, utilizándola como un elemento de identidad. Se denominaban a sí mismos como riders, y esta práctica la asumieron también los sindicatos, que comenzaron a referirse al conjunto de medidas que proponían como una verdadera "ley de riders". Lo demás es historia.

El Gobierno implementó el acuerdo de los interlocutores sociales aprobando el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas que realicen entregas en el ámbito de las plataformas digitales. El texto que está en vigor es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, universalmente conocida como la "Ley Rider".

La disposición no es muy larga, y cambia la redacción del principal cuerpo legal del Derecho Laboral español en dos áreas principales: la definición de trabajo dependiente; y los derechos de los comités de empresa a ser informados por las empresas. Se trata de dos contenidos legislativos diferentes, con un elemento en común: ambos están relacionados con cuestiones generadas por la digitalización. En términos prácticos, se podría hablar de dos leyes en una: la Ley de los Repartidores y la Ley de los Algoritmos.



La Ley Rider encara directamente la cuestión de la calificación jurídica de los servicios de estos trabajadores. Para ello introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, con el siguiente tenor literal:

*«Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.*

*Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.*

*Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.»*

La ley se remite al artículo 8.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), que contienen una presunción general de laboralidad que rige para todas las prestaciones de servicios. Y después introduce una nueva, específica para este colectivo. El legislador laboral afirma que se introduce “*la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía*”, acreditados unos datos fácticos que activen el mecanismo.

Esta presunción opera cuando se produzcan los siguientes hechos:

- servicios retribuidos
- actividad consistente en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía,

- actividad desarrollada por empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control
- estas facultades pueden ejercitarse de forma directa, indirecta o implícita,
- estas facultades se desarrollan, bien mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, bien a través de una plataforma digital

Estos elementos se fijan sobre todo en el elemento de la dependencia, que es definido de manera precisa, adaptada a la realidad de las plataformas de trabajo en este sector; a la dependencia que podemos considerar material, derivada del ejercicio de poderes empresariales. No hay ninguna referencia a la ajenidad, lo que resulta llamativo toda vez que el debate sobre la calificación de servicios del trabajador de plataforma ha puesto en primera línea a este criterio, entendiéndolo en un sentido renovado; ni tampoco a la dependencia económica, un factor que tanto el legislador laboral en el Estatuto del Trabajo Autónomo como alguna jurisprudencia reciente han valorado a la hora de determinar el estatuto jurídico de las personas cuando trabajan. El legislador se ha fijado sobre todo en los aspectos técnicos de los poderes que hacen de éste un trabajo subordinado, no ya porque sean novedosos, sino porque eran éstos los que en muchas ocasiones eran utilizados para camuflar la existencia de una relación sometida al Derecho del Trabajo.

De darse estos elementos se presume la existencia de un contrato de trabajo entre el prestador y la plataforma. Uno ordinario, desmarcándose de las propuestas que han circulado sobre modalidades contractuales propias para este colectivo o sobre relaciones laborales especiales para el trabajador digital. Y fijo, por aplicación de la presunción del artículo 15 TRLET, que ha salido fortalecida de la reforma de 2021.

Esta presunción, como el propio legislador reconoce, viene a incorporar los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en su ya citada sentencia de su Sala de lo Social de 25 de septiembre de 2020. Dos elementos conforman su construcción: la prevalencia del principio de realidad; y la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual. De esta manera, en el Derecho español se combinan dos formas de ajustarse a la calificación del trabajo digital: una presunción y una redefinición de los indicios de laboralidad, la primera legal y la segunda jurisprudencial.

La Ley 12/2021 tuvo un gran impacto en su momento. Por un lado, fue una norma pionera, de las primeras en el mundo dedicadas monográficamente a esta forma de empleo. Su aprobación ha sido, entre otras cosas, un argumento que ha apoyado el proceso de elaboración de una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, que se encuentra en fase muy avanzada. Por otro, refleja una nueva forma de entender el Derecho del Trabajo, que se aleja progresivamente del modelo de flexibilidad imperante desde la década los ochenta del siglo pasado para construir otro más equilibrado, más propio del siglo XXI, en el que la tutela de las personas que trabajan no sea sistemáticamente preterida a las necesidades empresariales. A lo que se une que ha sido, entre nosotros, la primera pieza en la construcción de una regulación de la gestión algorítmica de los recursos humanos. Finalmente, esta ley es una historia de éxito de la acción colectiva, pues ha sido la organización de los trabajadores del sector la que llevó eventualmente a la aprobación de una norma alineada con sus preferencias y necesidades. Por todos estos motivos, y siendo consciente de lo limitado de su campo de aplicación, considero que es una ley de gran relevancia.

## LA APLICACIÓN DE LA LEY

La aprobación de la Ley 12/2021 fue percibida en términos de “llegada”, de finalización de un proceso de regularización de esta forma de empleo. Porque existía la sensación de que con ella terminaban los debates jurídicos en torno a esta figura, y se normalizaba el tratamiento de estos trabajadores como asalariados a todos los efectos. Lo que se traduciría en una mejora de las condiciones laborales de sus empleados. Estas expectativas demostraron ser demasiado elevadas, porque estas empresas se negaron a aceptar este cambio, y se mantuvieron en su postura de que sus repartidores no eran empleados, sino autónomos. Se inició así lo una “fase de resistencia”, durante la cual las plataformas han venido oponiéndose al objetivo principal de la norma, la calificación laboral, a través de distintas estrategias.

Es llamativo cómo las plataformas de delivery no han actuado de manera conjunta, ni siquiera a través de su patronal propia, sino que cada una de ellas eligió una estrategia diferente, en muchas ocasiones enfrentándose a sus competidoras a pesar de compartir todas ellas una posición de partida, la oposición a la Ley Rider.

Deliveroo, una de las cuatro grandes, fue la que mantuvo la posición más fuerte contra la ley. En julio de 2021 la firma anunció que había decidido poner fin a todas sus operaciones en el país, y se inició un procedimiento de despido colectivo para despedir a toda su plantilla, más de tres mil personas en ese momento. En noviembre de este mismo año la firma abandonó efectivamente España.

Otros actores relevantes del sector se mantuvieron en su modelo de negocio tradicional basado en el autoempleo de los riders. Este es el caso de otra de las cuatro grandes, Glovo, que diseñó nuevos modelos de contratación de personas a través de terceras empresas; y también trató de reordenar sus condiciones contractuales para pasar el nuevo test legal, como diferentes formas de autoem-

pleo. Esto incluyó una serie de controvertidos cambios en su sistema de asignación de pedidos, con el fin de seguir trabajando con autónomos. También modificó las condiciones contractuales con los restaurantes cuya comida reparten, con el mismo objetivo.

La tercera de las cuatro, Just Eat, decidió cumplir la ley desde el principio. De hecho, su modelo no se basaba en el trabajo por cuenta propia mucho antes de que se aprobara la Ley de 2021. En su lugar, esta plataforma trabajaba en cooperación con empresas de transporte más pequeñas, que eran las que empleaban a los riders necesarios para apoyar sus operaciones. Además de esta externalización, se contrató a un volumen significativo, aunque minoritario, de repartidores mediante contratos de trabajo.

Por último, Uber Eats también optó por trabajar con empresas externas, a través de la subcontratación, en lugar de contratar directamente a los trabajadores. Los riders tienen derecho a un contrato de trabajo, pero su empleador no es la plataforma, sino una pequeña o mediana empresa de transporte.

Estas diferencias en sus reacciones a la Riders Act produjeron una ruptura entre plataformas, con acusaciones mutuas de infringir la ley para obtener una ventaja competitiva. En marzo de 2022 la directora general de Uber Eats en España envió una carta abierta (porque fue conocida por la prensa) a la ministra de Trabajo la que criticaba la situación de desigualdad en la que se encontraban las plataformas, al competir entre sí manteniendo modelos laborales diferentes. Apuntaba especialmente a la empresa Glovo, a la que acusaba de resistirse al cumplimiento de la nueva legislación. La denuncia de este incumplimiento que vulneraba la competencia en el sector venía acompañada de la amenaza de hacer lo propio, volviendo al modelo de repartidores autónomos. Meses después esta amenaza se hizo realidad, cuando esta empresa anunció que procedía a contratar a un volumen importante de personas para esta

tarea mediante contratos sometidos al Derecho privado, no laborales. Para ello modificada sus condiciones de contratación, incluyendo elementos más coherentes con el trabajo autónomo.

## **LA REFORMA DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO: LA “LEY GLOVO”**

La resistencia de Glovo y la apuesta de Uber Eats recibieron una gran atención de los medios, y preocuparon al Gobierno, que veía como una de sus leyes más relevantes de la legislatura peligraba. A la actuación inspectora de la administración laboral, constante durante todo el período, se le acompañó el anuncio de nuevas reformas legales para doblegarlas, incluyendo una reforma del Derecho penal del Trabajo.

Con varios meses de retraso respecto de su anuncio, finalmente se aprobó la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

Esta norma contiene una reforma de los delitos contra los derechos de los trabajadores de amplio espectro. El Derecho Penal del Trabajo tiene su importancia entre nosotros, ya que el vigente Código Penal contiene un conjunto de delitos vinculados a estos incumplimientos bastante amplio: delitos contra la seguridad social (artículos 307, 307bis y 307ter); delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 311), empleo irregular de menores y extranjeros (artículo 311 bis), tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312), fraude para promover la emigración (artículo 313), grave discriminación en el empleo (artículo 314), delitos contra el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga (artículo 315), y el incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 316).

Como señala la misma Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2022, *“el conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal”*.

Esto es precisamente lo que hay ocurrido, que se ha constatado que existen unas prácticas que la legislación laboral ordinaria, y el propio Derecho administrativo sancionador, no han sido capaces de evitar.

Dos son los motivos que, según el legislador penal, han llevado a esta reforma: *“por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo (...). Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras”*. La primera referencia nos remite, claramente, a la experiencia de las plataformas de delivery, y a la práctica de algunas de crear modelos de contratación que mantuvieran la no laboralidad a pesar de la presunción legal en contrario.

Estas prácticas están perjudicando a las que se han adaptado a los objetivos de la Ley Rider, y cuyo modelo de negocio excluye la contratación de trabajadores autónomos para el reparto de comida. Porque las hay que están cumpliendo la ley, comprometiendo en ocasiones su competitividad frente a las otras. Si la reforma penal consigue cambiar esta situación, logrando los objetivos de la Ley

12/2021, del 28 de septiembre, se alcanzará un doble objetivo: mejorar las condiciones económicas y de trabajo de estas personas; y garantizar una competencia sana y justa en el mercado del delivery, eliminando las prácticas que vulneran esta mediante artificios contractuales bordeando la ilegalidad.

La novedad es breve, pero de gran alcance. En concreto, se añade un nuevo numeral 2.º al artículo 311, que contiene algunos de los delitos contra los derechos de los trabajadores, con la siguiente redacción:

*«2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»*

De esta manera, el bien jurídico protegido es la calificación real de los servicios prestados por las personas, de la que depende la aplicación de la legislación laboral y el ejercicio efectivo de una serie de derechos, legales y convencionales. En otras palabras, se persigue la calificación fraudulenta de los servicios personales.

La conducta perseguida es contratar personas en fraude de ley, “mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo”; como falsos autónomos, por supuesto, pero es posible pensar en otras formas, también frecuentes en nuestras relaciones laborales. Por poner sólo un ejemplo, las cooperativas de trabajo asociado fraudulentas, utilizadas en algunos sectores. Es discutible que pueda aplicarse también a la utilización de falsos becarios, ya que en este caso no se produce una verdadera contratación que dé lugar a que se produzca el tipo penal, al menos formalmente, aunque sí pueda haberla materialmente, un contrato de trabajo encubierto y camuflado con una beca. Hay que recordar que estamos en pleno proceso de elaboración de un Estatuto del Becario, uno de cuyos objetivos principales es precisamente luchar contra el fraude en la utilización de esta figura. Tampoco parece que se esté pensando



en otros supuestos de irregularidades laborales, como la realización de horas extraordinarias no retribuidas o cotizadas.

Esta contratación bajo fórmulas ajenas debe tener un efecto, la imposición de condiciones ilegales; de tal modo que, si éste no se produce, no nos encontraríamos ante el tipo penal. De la misma manera, si las condiciones ilegales son impuestas a través de otros medios, el tipo penal sería otro, quizás el del número 1 del mismo artículo 311, *“los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

Es interesante señalar que el tipo persigue la lesión de los derechos de los trabajadores, como consecuencia de una contratación irregular, no laboral. Porque con estas prácticas existe otro bien jurídico lesionado, la cotización a la Seguridad Social, que podrá dar lugar a la aplicación del artículo 307 del Código Penal, que castiga a quienes defrauden a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas exceda de cincuenta mil euros. De darse el caso, por la cuantía defraudada, podríamos encontrarnos ante un concurso de delitos, que sería ideal (por constituir una misma acción más de un delito) y heterogéneo (por afectarse dos bienes jurídicos distintos), aplicándose el artículo 77 del Código Penal. De acuerdo con su apartado 2º, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

La inclusión de este nuevo apartado obliga a reenumerar los siguientes del artículo 311, que ahora pasa a tener numerales del 1 al 5.

Este delito es castigado con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses, salvo que la conducta se lleve a cabo con violencia o intimidación, en cuyo caso se impondrán las penas superiores en grado. Al delito contra la seguridad social se le aplica una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social.

## **LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE OFICIO: LA “LEY GLOVO II”**

La reforma del Código Penal ha sido la que ha recibido una mayor atención, con toda justicia. No ha sido, sin embargo, la única propiciada por la actitud de las plataformas digitales. En la misma línea podemos ubicar otro cambio legislativo que ha pasado casi desapercibido, a pesar de su importancia. Y lo ha hecho porque, siguiendo otra técnica legislativa cada vez más frecuente, se ha introducido en una ley monográfica sobre otra materia, en la que no cabría esperar una medida de este tipo. Veamos cómo ha sido.

La norma en la que se ha introducido esta medida ha sido la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, concretamente en su disposición final novena. Ésta aparece bajo una denominación poco comprometida, “Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, lo que tampoco ayudó a identificarlo. Su contenido normativo es exiguo, ya que se limita a afirmar que *“se suprime el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”*.

Este precepto, como es sabido, prevé la forma en que podrá iniciarse el procedimiento de oficio. Y junto a las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y a determinados acuerdos de la autoridad laboral competente, que a día de hoy todavía se prevén, se disponía una forma de inicio consistente en *“las comunicaciones de la*

*autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”.*

Este supuesto imponía que ante cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, siempre que hubieran sido impugnadas por el sujeto responsable, era necesario iniciar este procedimiento. Se exigía que la impugnación se basara en la naturaleza no laboral de la relación jurídica afectada; esto es, que la empresa alegara, aportando alguna prueba, que no había conducta sancionable porque no existía contrato de trabajo alguno. Esta previsión se aplicaba a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 de la misma ley reguladora; esto es, entre otras materias, las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a la afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores; y los de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas. La consecuencia era que se iniciaba un procedimiento de oficio ante el órgano judicial competente, y se retrasaba la imposición de la sanción hasta que éste concluyera con una sentencia que declarara la verdadera naturaleza del contrato de servicios.

¿Cuál es la conexión de esta norma con las plataformas? Es muy directa, en realidad, porque gracias a esta previsión las plataformas retrasaban afrontar su responsabilidad en caso de fraude en la contratación de sus empleados. Hay que tener en cuenta que la mayoría de la litigiosidad derivada de las prácticas de estas empresas se vinculaba con cuestiones de seguridad social, puesto que una calificación deficiente de la naturaleza jurídica del vínculo pla-

taforma-rider se traducían también en un encuadramiento defectuoso, y en una actuación inspectora que podía llevar aparejada una sanción. La Inspección proponía sanciones muy elevadas, dado el alto número de trabajadores afectados; pero su pago se dilataba en el tiempo al interponerse la sustanciación de un procedimiento de oficio en todos los casos. Esto explica, entre otras cosas, que las mayores sanciones a estas empresas se produjeran una vez entrada en vigor la Ley 12/2021; porque se trataba de conductas anteriores a ésta.

Esta modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha producido el efecto de impedir esta práctica, y hacer que las sanciones por encuadramiento defectuoso sean mucho más inmediatas y operativas. Si tenemos en cuenta la estrategia de estas empresas, que buscan retrasar todo lo posible la recalificación de sus empleados de reparto, se trata de una medida muy efectiva.

## **EL DESARROLLO DEL DERECHO ALGORÍTMICO**

La misma Ley de Empleo contiene un precepto que desarrolla la Ley Rider en su faceta de “Ley Algoritmo”, dando un paso más en la construcción de una regulación del uso de los algoritmos en las relaciones laborales. Se trata del artículo 17, que se ocupa de la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo. En éste se prevé la utilización de la información contenida en el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo para el diseño de herramientas de apoyo a las decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas se desarrollarán en el seno del Sistema Nacional de Empleo, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, se pondrán a disposición de las personas responsables de la tutorización y seguimiento individualizado de las personas demandantes de los servicios de empleo o de las personas responsables de la prestación de servicios a personas, empresas o entidades empleadoras

usuarias, para facilitar su toma de decisiones y las recomendaciones que elaboren y emitan en el ejercicio de sus funciones. Se prevé un desarrollo reglamentario del conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Estas herramientas no podrán utilizar datos personales pertenecientes a las categorías especiales que regula el artículo 9.1 del Reglamento General de Protección de Datos.

De la misma manera, se prevé que las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y en las evidencias estadísticas siempre podrán ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización y seguimiento individualizado de cada persona demandante de servicios. También se garantiza el acceso de los distintos usuarios al contenido íntegro de estas decisiones y recomendaciones

Existe, finalmente, un Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Se trata de una norma union europea de la mayor importancia, cuyo plazo de transposición ha sido ya incumplido por España, por lo que su aprobación es urgente. Pues bien, esta reforma, de aprobarse finalmente, significaría la introducción de un nuevo artículo 8 bis en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que recogería una obligación para los empleadores de entregar información adicional a la ya prevista en el artículo 8, en aquellos casos en los que se produzca la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Se trata de un derecho de información individual sobre el uso de algoritmos, que se sumaría al de carácter colectivo introducido en el artículo 64 del Estatuto por la Ley Rider.

Ambos preceptos, uno ya vigente y otro todavía en fase de aprobación, inciden sobre la utilización de los algoritmos en las decisiones empresariales que afectan a su personal, siguiendo la línea ya iniciada por esta Ley en el año 2021.

## CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos explicado el devenir de la Ley 12/2021: su génesis, en la explotación de los riders y en su lucha por sus derechos, y en el contexto de un período muy fructífero de diálogo social; los mecanismos establecidos para lograr su finalidad principal, garantizar la laboralidad de este colectivo; su relativo fracaso, y las causas que lo produjeron; y, finalmente, las medidas introducidas en los últimos meses para contrarrestar la resistencia de las plataformas.

La aprobación de la Ley Rider no ha tenido el impacto esperado en los contratos de estos trabajadores ni en sus condiciones económicas y laborales. Las plataformas se han resistido a la aplicación de sus consecuencias de diversas maneras, defendiendo un modelo de negocio que ya no es sostenible en España. Incluso tras la laboralización la situación del mercado no ha permitido una mejora en la situación de este colectivo.

La principal explicación que encuentro es que el trabajo de plataforma es una nueva forma de empleo que está mostrando algunas características distintivas que tienen que ver con la naturaleza especial de estas plataformas como empleadores, con una actitud diferente ante el marco regulatorio en el que van a operar. De esta manera, las plataformas diseñan un modelo de negocio al que se ciñen, defendiéndolo a ultranza incluso cuando es contrario al ordenamiento jurídico del país en el que operan. Utilizan todo tipo de técnicas contractuales para hacerlo posible, recurriendo al arbitraje regulatorio, a los grupos de presión, a las campañas políticas y de opinión e incluso a las amenazas abiertas a gobiernos y sindicatos. También es relevante el hecho de que la mayoría de ellas

son multinacionales, y que sus modelos de negocio han sido diseñados en países cuyo ordenamiento jurídico era probablemente más flexible a sus intereses.

Con esta actitud no es de extrañar que los cambios normativos no les afecten tanto como cabría esperar. De ahí que hayan sido necesarias otras intervenciones legislativas posteriores, que han sido las que se han estudiado en esta modesta contribución al libro homenaje a nuestro querido compañero el profesor Félix Salvador. Hacen falta estas nuevas leyes, a las que también se ha puesto nombre; pero también se requiere una actuación decidida de la administración laboral, que elimine las prácticas fraudulentas que todavía se producen; y más acción de los trabajadores, desarrollando la negociación colectiva en este sector y presionando a las plataformas más renuentes. Sólo así la Ley Rider podrá efectivamente alcanzar sus objetivos.

## **ACOSO EN EL LUGAR DE TRABAJO: EFECTOS PRÁCTICOS DEL CONVENIO 190 OIT Y RECOMENDACIÓN 206**

Noelia Rodríguez Suárez  
Profesora Sustituta Interina. Universidad de Sevilla

## **LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 190 POR ESPAÑA**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó en Ginebra el 21 de junio de 2019 el Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190), vigente a partir del 25 de junio de 2021, junto con la Recomendación 206 que había sido aprobada el 21 de

junio del mismo año. El Convenio 190 fue ratificado por España 8 de marzo de 2022 (Instrumento de adhesión, BOE 16 de junio de 2022), entrando en vigor el 25 de mayo de 2023.

Según el artículo 3 la finalidad de este convenio es la protección frente “a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”, pero no solo en el centro de trabajo, también “en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”, recogiendo además tres grupos de medidas frente al denominado “ciberacoso” a adoptar por los Estados signatarios: preventivas (art. 8, sobre la idoneidad de las medidas de prevención del acoso, en relación con el art. 4.2 a) Convenio 190. Este Convenio consagra el “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, debiendo ser respetado, promovido y asegurado por cualquier estado miembro de la OIT que lo ratifique (art. 4. 1º Convenio 190), mediante la adopción, según su legislación nacional de un enfoque “inclusivo, integrado” y “que tenga en cuenta las consideraciones de género y que debería considerar la violencia y el acoso que impliquen a terceros (víctimas o autores de acoso) consistiendo en unos mínimos que van desde la adopción de una estrategia integral, desarrollar acciones para formar en materia de acoso, la prohibición legal de la violencia y el acoso, revisar que la violencia y el acoso sea abordado en las políticas internas.

Según el art. 4.2 a) Convenio 190, el contenido del enfoque incluirá la prohibición legal del acoso y según el art. 7, se obliga a todo estado miembro de “adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”, pero también se reconocen a trabajadores especialmente vulnerables, como los pertenecientes a la economía informal, siguiendo el art. 8 a) y c): “reconocer la importante función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal”, adoptando medidas para



protegerlos, Convenio 190, en relación con los párrafos 10º -especialidades en grupos vulnerables-12º y 9º -especialidades en determinados sectores, como el trabajo nocturno o de forma aislada, doméstico, hostelería, servicios sociales, de emergencia, salud, transporte, educación u ocio- Recomendación 206).

Se recogen también medidas de sensibilización, orientación y formación -en relación con la adopción de políticas nacionales adecuadas al enfoque integrado de seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y no discriminación y la migración art. 11a), así como la garantía de acceso a herramientas de formación con enfoque de género (párrafo 23º Recomendación 206) a empleadores, trabajadores, organizaciones y administraciones según art. 11 b) Convenio 190) y de sensibilización (art. 11 c) Convenio 190 en relación con los párrafos 23 d) y g) sobre campañas públicas) y de control (art. 9 Convenio 190, en relación con el art. 10 c) sobre la garantía de privacidad y confidencialidad de la información y con el 10ª) y b) sobre no revictimización hacia las víctimas por el hecho de denunciar), que se contemplen vías de recurso a las víctimas, el establecimiento de mecanismos de control, si no los hay ya establecidos, así como garantizar la existencia de medios de investigación, así como prever sanciones (art. 4.2 Convenio 190). También la reparación de forma eficaz y apropiada, en relación con el párrafo 14º Recomendación 206, en cuanto a la posibilidad de rescisión del contrato por la víctima, junto con el percibo de una indemnización, o la readmisión de la persona trabajadora, o una indemnización por los daños derivados de la violencia y/o el acoso, o la imposición de órdenes de aplicación inmediata, o también abono de honorarios por asistencia letrada y, en su caso, costas; acceso a recursos jurídicos, como los anteriores, o también sociales, administrativos y de salud y asistencia a las víctimas (art. 10 b) Convenio 190), incluyendo la tipificación de sanciones a los comportamientos constitutivos de violencia y acoso (art.10 d) Convenio 190).

En definitiva, este convenio proporciona un marco internacional no solo para identificar el acoso en el trabajo, sino también para pre-

venirlo y elaborar acciones tendentes a erradicarlo junto con la violencia en el ámbito de trabajo, incluyendo el acoso por razón de género.

El Convenio 190 tiene voluntad de extenderse sobre toda forma de trabajo, no solo el asalariado, sino “a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador” y en todos los sectores “público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales” (art. 2). También tiene una voluntad amplia en cuanto al lugar donde tiene lugar el acoso (art.3), que no ha de ser únicamente el centro de trabajo, sino los lugares de descanso, comida, instalaciones sanitarias o de aseo, vestuario, desplazamientos realizados por motivo de trabajo o relacionados con éste o comunicaciones, también a través de nuevas tecnologías de la información.

En las siguientes páginas revisaremos qué se viene entendiendo por acoso laboral en nuestro Ordenamiento Jurídico, qué requisitos exigía la jurisprudencia para su reconocimiento, y revisaremos si el convenio 190 aporta alguna novedad frente a nuestra ya consolidada doctrina jurisprudencial. Dejamos para otros estudios más autorizados aquello referente a la materia de prevención de riesgos laborales. Se finaliza el estudio realizando una serie de conclusiones.

## **EL CONCEPTO Y EL ÁMBITO EN QUE SE MANIFIESTA EL ACOSO EN EL TRABAJO**

La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996<sup>1</sup>, se refería al “acoso sexual” y a “actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos

---

<sup>1</sup> Instrumento de ratificación publicado en el BOE el 11 de junio de 2021.

dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo" (art. 26). Por su parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>2</sup> y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>3</sup>, desde el enfoque de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, contemplan el acoso como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo, centrándose más en la conducta que en los requisitos de intencionalidad y persistencia en el tiempo.

Hasta fechas recientes, no encontrábamos una regulación específica que definiera esta institución en nuestro ordenamiento jurídico laboral ni, por tanto, tampoco contamos con un listado de conductas constitutivas del mismo. Ello en parte se debe a que su primera manifestación teórica no provino del Derecho, sino del ámbito de la psicología<sup>4</sup>, precisamente por la detección de un patrón

---

<sup>2</sup> Art. 2, 3º: "3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro".

<sup>3</sup> Art.2, 3º: "El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro".

<sup>4</sup> Véanse Leyman, Heinz: *Mobbing: la persécution au travail*, Editions du Seuil, París, 1996; *The content and development of mobbing at work*, *European Journal of work and organizational psychology*, nº 2, 1996. Véase también Hirigoyen, Marie France: *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Barcelona, 2001; *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2006.

en los efectos que se detectaban en la salud de los trabajadores, por lo que su abordaje no provino, como ocurre con otras categorías, del campo del Derecho, sino que en la definición del ámbito y del concepto se fue interactuando con otras disciplinas, como la medicina, la prevención de riesgos laborales, los derechos y principios fundamentales<sup>5</sup> o el derecho penal, lo que repercutía en la concepción de este término. Al carecer de una definición legal de este concepto en nuestro ordenamiento, era necesario que, para declarar su existencia se apreciaran conjuntamente una serie de requisitos que fue señalando la jurisprudencia al tiempo que fue haciéndose una continua interpretación de las múltiples resoluciones judiciales, de la opinión de la doctrina y de la actuación órganos laborales.

Nuestro ordenamiento no dispone de una normativa específica sobre acoso en el lugar de trabajo. La falta de normativa no supuso su desconocimiento, la jurisprudencia construyó en torno a una serie de actuaciones realizadas en unas condiciones determinadas que daban lugar a la declaración de su existencia, en contextos en que, al afectar a la relación de trabajo, utilizaban cauces procesales que podían finalizar resolviendo el contrato de trabajo existente junto con la condena al empresario/Administración Pública a abonar una indemnización por esa terminación por causa imputable al empresario e incluso con una indemnización adicional por el daño ocasionado. Todo ello, sin perjuicio de otras acciones que puedan

---

<sup>5</sup> Como la integridad física y moral (prevista en el art. 15 de la Constitución Española (en adelante, CE) y el derecho al honor y la propia imagen (art. 18 CE), en relación con la dignidad, prevista en el art. 10 CE, en relación asimismo con el art. 4.2 c ET que, dentro de los derechos de las personas trabajadoras, reconoce " la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" y de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

entablarse por la víctima en otros órdenes, como el penal o el administrativo y/o contencioso administrativo.

Según la Norma Técnica de Prevención nº 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo *mobbing*, acoso laboral u hostigamiento psicológico es la “*exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud*” (6).

Para esta guía de buenas prácticas, el acoso consistiría en una conducta repetitiva y de cierta duración, excluyéndose “aquellos hechos aislados, como conflictos puntuales entre trabajadores, que aún constituyendo un riesgo de tipo psicosocial no se ajustarían a la definición de acoso psicológico.

Veamos a continuación varios puntos para entender cómo se configuraba el acoso laboral por nuestra doctrina judicial:

1. En el mismo sentido que la Norma técnica de Prevención nº 854, nuestra jurisprudencia venía exigiendo para su apreciación que se tratase de conductas reiteradas, persistentes y, además, próximas entre sí en el tiempo, existiendo incluso sentencias que venían exigiendo el transcurso de determinado tiempo para apreciar acoso<sup>7</sup>.
2. En cuanto al periodo mínimo para entender que nos encontramos ante un *mobbing*, podemos atender a un periodo mínimo respecto a la repetición, atendiendo al psicólogo pionero en su estudio: una vez por semana durante un periodo de seis

---

<sup>6</sup> Norma Técnica de Prevención nº 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (España).

<sup>7</sup> STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (ROJ STSJ CLM 1489/2002); SSTSJ Comunidad Valenciana 17 de enero de 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003) y 16 de diciembre de 2003 (ROJ STSJ CV 7018/2003).

meses<sup>8</sup>, aunque los tribunales internos exigen mayor repetición semanal y periodos superiores<sup>9</sup>.

3. La doctrina y la jurisprudencia venían requiriendo sistematicidad, reiteración y frecuencia en la presión psicológica sobre una persona en su trabajo, así como una intencionalidad del sujeto activo y que éste persiguiera el fin de causar a la víctima un perjuicio moral<sup>10</sup>.

4. Se exigía (salvo alguna excepción) que no se trate de actos aislados, sino que han de ser acreditados los numerosos actos de acoso de que ha sido objeto la persona acosada. Estas conductas pueden consistir en “hacer” o activas o en “no hacer” u omisiones o actitudes pasivas.

---

<sup>8</sup> El científico de referencia en esta materia, por ser pionero en tratar y definir el mobbing fue Heinz Leymann, entendió el mobbing como una forma de violencia psicológica extrema que se puede producir en el ámbito de una organización de trabajo, definiendo cuarenta y cinco tipos de comportamientos posibles entre los que podía apreciarse el acoso, contenidos en su obra LEYMANN, Heinz., *Från mobbning till utslagning i arbetslivet*. 1 uppl. Estocolmo, 1992. En su obra LEYMANN, Heinz., *The content and development of mobbing at work*, *European Journal of work and organizational psychology*, nº 2, 1996, página 168 define el mobbing en el lugar de trabajo como “El terror psicológico o mobbing en la vida laboral implica una comunicación hostil y poco ética, dirigida de manera sistemática por uno o unos pocos individuos principalmente hacia un individuo que, debido al mobbing, se ve empujado a una posición de indefensión e indefensión, siendo retenido allí por medios de continuar las actividades de mobbing. Estas acciones ocurren con mucha frecuencia (definición estadística: al menos una vez por semana) y durante un largo período de tiempo (definición estadística: al menos seis meses de duración)...”. Por otra parte, Marie France Hirigoyen, no solo habla del comportamiento, sino de la esfera moral, de la dignidad de la persona trabajadora sobre la que repercute y define “acoso moral en el trabajo” como “cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo”. Frente a Leymann, esta criminóloga no propone un criterio temporal de duración mínima del proceso, en HIRIGOYEN, Marie .France., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2006.

<sup>9</sup> STSJ Cataluña 30 de mayo de 2003 (ROJ STSJ CAT 6665/2003).

<sup>10</sup> STS 23 de julio de 2001, (ROJ 3715/1997) dictado en ámbito contencioso administrativo, se trata de una de las primeras sentencias que abordó el acoso laboral.

5. La conducta activa se manifiesta mediante gestos, palabras o comportamientos, en muchos casos inocuos si se examinan de forma individual (de ahí la dificultad de su prueba). Como algunos ejemplos de conductas activas tenemos: insultos o palabras ofensivas o ridiculizantes, ataques contra la propia reputación, creación de rumores<sup>11</sup> restricción en el uso de material<sup>12</sup>, crítica sobre el trabajo realizado, dificultar las fechas de vacaciones<sup>13</sup>, descansos solicitadas o solicitar que se trabaje fuera de la jornada y horarios establecidos<sup>14</sup> en base a requerimientos laborales o negar formación solicitada<sup>15</sup>; aumento/sobreincremento de la carga de trabajo, o todo lo contrario, un comportamiento consistente en un vaciamiento de funciones<sup>16</sup>.
6. También podía constituir acoso las conductas omisivas, entre las que encontramos negar la comunicación con clientes, compañeros, etc., restricción de llamadas<sup>17</sup>el aislamiento<sup>18</sup> o la ignorancia a la víctima<sup>19</sup>.
7. Estas conductas podían ser realizadas directamente por un jerárquico superior<sup>20</sup>(acoso descendente), pero también mediante otros trabajadores<sup>21</sup> (acoso horizontal, acoso ascendente<sup>22</sup>).

---

<sup>11</sup> STSJ Navarra 30 de abril 2001 (ROJ STSJ NA 826/2001)

<sup>12</sup> STSJ País Vasco 10 de mayo de 2005 (ROJ STSJ PV 1995/2005).

<sup>13</sup> STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre de 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

<sup>14</sup> STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).

<sup>15</sup> STSJ País Vasco 10 de mayo 2005 (ROJ: STSJ PV 1995/2005).

<sup>16</sup> SSTSJ País Vasco 10 de mayo 2005 (ROJ: STSJ PV 1995/2005) y 04 de octubre de 2011; STSJ Cantabria 14 de diciembre 2018 (ROJ: STSJ CANT 619/2018).

<sup>17</sup> STSJ Madrid 23 de mayo 2005 (ROJ STSJ M 6018/2005)

<sup>18</sup> STSJ Comunidad Valenciana 17 de enero 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003); STS 23 de julio de 2001, (ROJ 3715/1997)

<sup>19</sup> STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

<sup>20</sup> Nuevamente, STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

<sup>21</sup> STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo de 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).

<sup>22</sup> Para los tipos de acoso, véase Jurado Segovia, Ángel. Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral, La Ley, Madrid, 2008, páginas 209 y siguientes.

8. Podía tratarse de acciones que individualmente no se tendrían en cuenta<sup>23</sup>, pero que conjuntamente resultarían atentatorias contra la dignidad<sup>24</sup>, por su matiz humillante y descalificador. Por ello, era necesario probar el carácter reiterado y prolongado en el tiempo.

9. Además, estas conductas, valoradas conjuntamente, provocan un clima de trabajo hostil para la víctima, según algunas sentencias<sup>25</sup>, o incluso, para otras sentencias, responde a un plan preconcebido sobre la víctima trabajadora (destrucción moral de la persona y/o demostración de la innecesariedad de la trabajadora acosada<sup>26</sup> o que la persona trabajadora decida voluntariamente irse de la empresa/Administración Pública para no continuar siendo víctima del acoso<sup>27</sup>).

10. Pero aquí no terminaría la necesidad probatoria por parte de la víctima de acoso en el trabajo, porque no solo se venía valorando la gravedad de las conductas, sino también la del daño. El acoso no es una psicopatología sino una práctica que como riesgo psicosocial puede desembocar en un daño para la salud. Tal daño se concreta en la aparición de una o varias dolencias y/o patologías médicas<sup>28</sup> o en su empeoramiento<sup>29</sup>, como, por ejemplo, la depresión<sup>30</sup>, también trastorno por estrés postraumático, entre otras muchas. La jurisprudencia tiene reconocidos algunos de los síntomas que suelen presentar las personas sometidas a este acoso: ansiedad, pérdida de

---

<sup>23</sup> STSJ Galicia 6 de marzo de 2003; STSJ País Vasco 16 de enero de 2007 (ROJ: STSJ PV 223/2007); STSJ Comunidad Valenciana 17 de enero de 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003).

<sup>24</sup> STC de 11 de abril 1985 (RCT 53/1985).

<sup>25</sup> STC 13 de diciembre 1999 (RCT 224/1999); STSJ Navarra, a 18 de mayo de 2001 (ROJ: STSJ NA 941/2001); STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (ROJ: STSJ CLM 1489/2002).

<sup>26</sup> STSJ Cantabria 14 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ CANT 619/2018), STSJ Cataluña 25 de abril de 2008 (ROJ STSJ CAT 4833/2008).

<sup>27</sup> STS 23 de julio de 2001 (ROJ 3715/1997).

<sup>28</sup> STSJ Asturias, 07 de diciembre de 2022 (ROJ: STSJ AS 3652/2022)

<sup>29</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 19 de diciembre 2002 (ROJ: STSJ AND 17882/2002).

<sup>30</sup> STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo de 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).



autoestima, úlcera gastrointestinal<sup>31</sup>, (en algún caso, suicidio). El daño moral puede concretarse en los síntomas físicos descritos e incluso en una incapacidad para trabajar de la persona afectada (siendo frecuente esto último en la práctica).

11. El daño debe concurrir para apreciar acoso para un sector de la doctrina judicial, aunque para otro, lo que se valora es la posibilidad de causar el daño pretendido<sup>32</sup>.

12. Entre conducta y daño ha de existir una relación causa-efecto (nexo causal<sup>33</sup>) que habrá de probarse en el correspondiente juicio<sup>34</sup>. Por último, tal daño debe ser resarcido<sup>35</sup> a su víctima<sup>36</sup>, en función de unas “bases y elementos clave” de la indemnización reclamada que deberá concretar la víctima en su escrito de demanda. Si bien se viene admitiendo la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS<sup>37</sup> para cuantificar la cuantía de la indemnización reclamada (STC 24 de julio 2006 (RTC 247/2006) y STS

---

<sup>31</sup> STSJ Comunidad Valenciana 16 de diciembre de 2003 (ROJ STSJ CV 7018/2003).

<sup>32</sup> STSJ Cantabria 30 de julio de 2004; STSJ Aragón 30 de junio de 2003.

<sup>33</sup> STSJ Madrid 28 de noviembre de 2008; STSJ Galicia 8 de abril de 2003.

<sup>34</sup> STSJ Cataluña 21 de octubre de 2008.

<sup>35</sup> Como es sabido, los criterios para fijar la indemnización se fijan de acuerdo con el art. 183 LRJS: “1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

<sup>36</sup> STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo 2007.

<sup>37</sup> Véanse los arts. 8.11 LISOS que tipifica como infracción de carácter muy grave “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, el 8.13 que tipifica como infracción de carácter muy grave “El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma” o el art. 13 bis que tipifica como infracción de carácter muy grave “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones,

de 8 de julio de 2014 (ROJ STS 3495/2014) y 2 de febrero de 2015 (ROJ STS 3495/2014) , recurso 279/13); aunque se encuentran otros criterios, como el doble del salario de la trabajadora, al resultar la situación “doblemente penosa que si se hubiera llevado a cabo en condiciones normales”<sup>38</sup>

El “daño moral” se define por la doctrina judicial como un “impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad”<sup>39</sup>. La esfera de afectación del daño se proyecta sobre la dignidad de la persona.

De lo expuesto hasta el momento, cabe concluir la dificultad probatoria para la víctima, así como su exhaustividad. Pero, además, tanto doctrina como tribunales vienen exigiendo que el acoso tenga la connotación de “gravedad”. La importancia de su constatación residiría en que el conflicto es inherente al derecho del trabajo, dados los intereses contrapuestos que tienen lugar en esta relación. Por ello, se trazaba una línea entre los que se denominaban “meros conflictos laborales” de aquéllos otros que por su especial gravedad sean constitutivos de acoso. Se distingue entre situaciones de acoso moral en el trabajo (hostigamiento psicológico intencionado) con situaciones de estrés profesional (relacionados con un ambiente competitivo, precariedad en el empleo, inestabilidad laboral), de maltrato esporádico o de otro tipo de violencias dentro de la relación laboral (pese al reproche que merecen, no se encuadran dentro de este instituto).

---

discapacidad, edad y orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

<sup>38</sup> STSJ Madrid 23 de mayo 2005 (ROJ STSJ M 6018/2005)

<sup>39</sup> STS, Sala Civil, 25 de junio de 1984.

El acoso, para ser grave, tal y como ha configurado nuestra doctrina, precisaría de una pluralidad de actos, a las que acompañarán las notas de “continuidad e intensidad”, esto es, de nuevo, se tendría que probar la reiteración y la prolongación en el tiempo (por ejemplo, una persona trabajadora, tras reincorporarse después de una baja médica, es privada de los trabajos que venía realizando en función a su formación y especialización, encomendándole otros que corresponderían a una categoría inferior). La determinación de la gravedad del acoso corresponde valorarla en cada caso al tribunal a quo, quien tendrá en cuenta la vulnerabilidad de la persona acosada (viudas, separadas, divorciadas, mujeres en trabajos predominantemente masculinos, mujeres recientemente contratadas, mujeres con contratos no estables, serían algunos ejemplos), el contexto en que se manifiesta esta conducta y la acreditación de la conducta por la parte demandante. No existe, como en otros procedimientos, una inversión de la carga de la prueba, si bien, existiendo la alegación de vulneración de un derecho fundamental, el tribunal no requiere una prueba plena, sino la aportación de indicios<sup>40</sup> concretos<sup>41</sup> de ese trato desigual<sup>42</sup>, debiendo aportar la parte demandada en el acto del juicio una “justificación objetiva y razonable” de esa diferencia de trato o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria (STC 247/2006 de 24 de julio (RCT 247/2006) y STS de 22 de julio de 1996 (ROJ STS 4563/1996), salvo que la prueba resultare extremadamente difícil o costosa (STS 17 de diciembre de 2013 (ROJ STS 6407/2013)), en cuyo caso, se permite cierta flexibilidad, o cuando

---

<sup>40</sup> Art. 181.2 LRJS: “ En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En el mismo sentido, art. 96.1 LRJS, STC número 17/2005.

<sup>41</sup> Señalar a este respecto que el Tribunal Constitucional viene entendiendo insuficiente una mera alegación de la vulneración del derecho fundamental, porque de la misma debe poder deducirse que dicha vulneración ha existido (SSTC núm. 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993)

<sup>42</sup> MONEREO Pérez, J.L., La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Tirant lo Blanc, Valencia, 1996. Páginas 16 y ss.

la existencia del daño se ponga de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión (STS 24 de octubre de 2019 (ROJ STS 3730/2019)).

## **NOVEDADES QUE APORTA EL CONVENIO 190 A LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL**

La primera novedad que aporta este Convenio a nuestro ordenamiento es la definición del comportamiento constitutivo de acoso. El convenio define “violencia y acoso en el mundo del trabajo” (art. 1.1, a) como “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”).

Sin embargo, seguimos sin hallar una suerte de listado de conductas constitutivas de acoso, ni al menos una lista abierta. Por lo tanto, la jurisprudencia continuará definiendo y aclarando conductas.

Relacionado con lo anterior, también supone una novedad plasmar en el convenio una amplitud de medios empleados para llevar a cabo el acoso, entre los que cobra especial importancia la introducción de nuevas tecnologías de la información, sin embargo, corre el riesgo de banalizarse situaciones que suponen acoso para la víctima.

Pero la mayor novedad que introduce el Convenio 190 es el reconocimiento formal de que puede ser constitutiva de acoso la conducta que tiene lugar una sola vez, pues, como hemos venido recordando, la jurisprudencia venía exigiendo para apreciar el acoso la concurrencia de reiteración y persistencia en el tiempo.

## CÓMO PUEDE AFECTAR LA RATIFICACIÓN DE ESTE CONVENIO

El artículo 7 Convenio 190 establece la obligación de todo estado miembro de “adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”. Esta cuestión ya viene siendo una obligación por medio de los planes de igualdad. El artículo 7 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo recoge que el diagnóstico de situación debe referirse, entre otro contenido mínimo, a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, en el mismo sentido que el artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres. Recordemos que la Ley Orgánica 3/2007, define éstos como “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (art.46. 1). Recordemos también que el artículo 45.1 de la LO 3/2007 impone a las empresas de más de cincuenta trabajadores (umbral que tras el periodo transitorio del Real Decreto 6/2019 ha quedado finalmente referido a empresas de más de cincuenta trabajadores) la obligación de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

En cuanto a la reducción de la duración mínima de las conductas constitutivas de acoso de la que venimos hablando, recordemos que el Convenio 190 amplía las conductas constitutivas de acoso a las que se manifiesten una sola vez o a las que tengan lugar “de

manera repetida” (art. 1). Se plantea la cuestión de si nuestra jurisprudencia debe cambiar su doctrina al respecto. En este sentido, recordemos que los convenios de la OIT, como tratados internacionales, “una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” (art. 96.1 CE).

Ahora bien, en la primacía de una norma internacional no encontramos la identidad con el principio de primacía de la norma comunitaria<sup>43</sup>, consolidado a partir de la sentencia de 15 de julio de 1964, dictada en el Asunto Costa contra Enel<sup>44</sup>, al contrario, incluso alguna sentencia ha entendido el contenido de los convenios de la OIT como “tendencia, no como mandato imperativo”<sup>45</sup>.

Sin embargo, el mismo artículo 96.1 CE también señala que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, esto es, se reafirma la inderogabilidad del contenido introducido en nuestro ordenamiento a través de un tratado internacional ratificado y publicado.

---

<sup>43</sup>Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adopta el Tratado de Lisboa (DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/335). Declaración número 17 relativa a la primacía.”La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.:

<sup>44</sup>En <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016>, último acceso 23/04/2016. En este asunto un juez nacional -italiano- había planteado la cuestión de la primacía del derecho interno o del comunitario. El fallo del TJ se basó en la propia naturaleza del derecho de la Unión, lo que hacía necesaria una aplicación uniforme. Se obliga al juez nacional a fallar conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia.

<sup>45</sup> STS 9 de diciembre de 1998 (ROJ 772/1995), respecto a las alegaciones por los demandantes del incumplimiento del Convenio núm. 172 OIT.

Por otro lado y, como ya hemos anticipado, tanto la Directiva 2000/43/CE como la Directiva 2000/78/CE sí parecen ser más laxas en cuanto a los requisitos de intencionalidad y de persistencia en el tiempo, por lo que, entendemos que, sin perjuicio de la revisión del caso concreto, los tribunales cuentan con cierto margen para flexibilizar el requisito temporal.

# PAPEL DE LAS NORMAS LABORALES EN EL DISEÑO DE ENTORNOS LABORALES MÁS FELICES: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN<sup>1</sup>

Ramón López Fuentes  
Prof. Contratado Doctor. DTSS. US.

## JUSTIFICACIÓN DE LA MATERIA

Incluir en una misma frase felicidad y empleo -o trabajo-, puede parecer un auto de fe, al compaginar términos que podrían pensarse son antagónicos, limitados o incluso imposibles de unir en un mismo texto: partiendo de la premisa de que trabajar no puede hacer feliz al ser humano, máxime cuando lo realidad del mercado parece cada vez más alejada del axioma de libertad de elección de profesión u oficio.<sup>2</sup>

Múltiples pueden ser los enfoques que desde las Ciencias Sociales se hagan para contradecir esa premisa: al añadir variables relacionadas con la educación, la cultura, la geografía, las expectativas o necesidades...etc. Y, sobre todo, a lo que nos afecta, si hay bases objetivas normativamente planteadas, para que trabajar y/o emplearse, sean un primer punto de partida para alcanzar la felicidad por el desarrollo profesional. O si, y pese a ser un tema recurrente

---

<sup>1</sup> Trabajo basado en la aportación que se hizo al Congreso Nacional de Centros de Relaciones Laborales, en A Coruña, en Julio 2022.

<sup>2</sup> En este sentido la respuesta es positiva, tanto por la presencia de consultoras al respecto (p.e. Comparably), como por estudios, como el realizado por la Fundación Adecco al respecto que lleva ya varias ediciones al respecto, y dónde los parámetros de referencia son múltiples y no exclusivamente retributivos económicamente, por más que sí económicamente evaluables, como ocurre con todos los factores asociados al denominado salario emocional: jornada más flexible, menos tiempo de trabajo, posibilidad de teletrabaja y conciliar....



en los Departamentos de Gestión de Personas de muchas instituciones, la realidad aún deja mucho que desear en términos prácticos<sup>3</sup>, a diferencia de planteamientos más psicológicos y sociológicos, que han tratado más la temática y donde hay que incluir otros vectores como la seguridad y garantía de respeto de derechos<sup>4</sup>.

Será nuestro punto de partida el cuestionarnos ¿si basta con crear entornos laborales felices?; ¿si es necesario tenerlo como un objetivo más del hecho de trabajar?; ¿si basta con tener condiciones de trabajo dignas o, si tiene que, necesariamente, relacionarse el cómo trabajos, dónde y cuándo con las cuestiones que a cada uno le hace feliz en su día a día?; ¿si basta con considerar que no quepa ninguna forma de exclusión o discriminación, falta de amenazas y, por ende, de entornos seguros de trabajo?; ¿si basta simplemente con la libertad de elección y el desempeño de ésta?...étc<sup>5</sup>.

Batería de cuestiones que obligan a tener presente un diseño más global y general. Por supuesto, más allá de ideas más limitadas que ceñirnos al análisis de entornos digitales, dónde se han construido la principales teorías al respecto - incluidas aquellas que lo hacen respecto a la perspectiva jurídico-laborales<sup>6</sup>-. Por cuanto creemos

---

<sup>3</sup> Ya que hay una amplia segmentación y diferencia en tre empresas con amplia base tecnológica y otros sectores productivos, así como con la dimensión de las plantillas, sobre todo a la hora de retener talento y diseñar estrategias de permanencia y mejora, ej. Sodexo. O las diferentes memorias de RS, o de Planificación Financiera de diferentes corporaciones, especialmente del IBEX 35, por más que en el desarrollo de algunas otras obligaciones aún estén pendientes de desarrollo, como ocurre con la obligación y contenido de los planes de igualdad. Cit. Trabajo sobre “Derecho del Empleo y contenido de los planes de Igualdad del IBEX 35”. En elaboración.

<sup>4</sup> Una línea que parece la seguida por el art 127 del RD%/20023, BOE día 29 de Junio, al modificar el apartado c) del art. 4 del TRET.

<sup>5</sup> ¿Es su entorno de trabajo positivo o negativo?¿Cree que se le paga de forma justa?¿Está satisfecho con sus beneficios? ¿Se siente agotado en el trabajo? ¿Se valoran sus aportaciones para crear clima de trabajo? ¿La relación entre partes es adecuada? ¿Hay un clima inclusivo?.....

<sup>6</sup> O quizás fuese más correcto hablar de niveles o factores relacionados con la felicidad, más allá del denominado encuentro con el “punto Je” de la Felicidad, que no nos queda claro si es un mero referente a un estudio creíble o si asociar

que la mayor influencia de normas supranacionales implica garantía de derechos<sup>7</sup>, y conquista de mejoras en el desempeño del trabajo y, por tanto, que su cumplimiento de acuerdo unos estándares mínimos comunes permite medir grados de satisfacción y felicidad (RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. 2022)<sup>8</sup>.

Se trata, por tanto, de dar un primer paso en el conocimiento de normas que vayan más allá de una mera construcción teórica, y permitan crear entornos laborales de libre elección, seguros, suficientes, dignos, respetuosos y cumplidores y, que por tanto, atiendan a criterios jurídicos que objetivamente puedan considerarse como punto de partida para que las personas se desarrollen plenamente, dejando a su propia perspectiva el mayor o menor nivel de felicidad, por cuanto hay una garantía mínima de base en el reconocimiento de Derechos Humanos y Fundamentales, y los criterios de cumplimiento de aquellos (CRUZ VILLALÓN, J. 2016), más allá de la llamada Responsabilidad Social Corporativa, por el impacto social o de vinculación a una cada vez más creciente de reconocimientos y sellos de cumplimientos de diversos niveles de obligaciones sociolaborales. Obviando, en algunos casos el impacto de planteamientos Colectivos, pactados en entornos de Negociación colectiva ya que no puede ser igual trabajar por cuenta ajena, que hacerlo por cuenta propia; en un sector concreto; en o para la Administración; en una entidad con una dimensión determinada o no;

---

risa y felicidad sean siempre sinónimos, pues también hablamos del “llanto” por estar felices.

<sup>7</sup> Consecuentemente, y ya que tanto se habla últimamente de ellos o ellas: si es posible apuntar qué aspectos normativos podrían entrar en la fórmula de un hipotético algoritmo que permitiese que con las aportaciones de todos los operadores laborales puedan darse líneas de acción para lograr que esa relación entre trabajo y felicidad pueda ser una realidad. Y, obviamente, quizás lo primero sea mirar hacia un cada vez más creciente marco normativo de bases de carácter internacional.

<sup>8</sup> Por tanto, más allá de los problemas propios de la tecnología y de la Protección de datos, ya que en caso contrario se caería en un limitada visión del actual sistema de empleo. Luego no sólo en los términos que suelen plantearse en las aportaciones sobre digitalización y protección de datos, sino en una perspectiva más amplia.

en grupos de empresas o en fórmulas productivas sin ánimo de lucro; en una empresa multinacional, nacional o local; en países con legislaciones adaptadas a criterios normativas estandarizados; trabajar pensando en criterios de transparencia o “de empresas amigables o cumplidoras de sellos de adecuación -género, medioambientales,.....o cualesquiera otras..... por citar aspectos concretos a considerar

## **LA DOBLE INCÓGNITA QUE SUPONE HABLAR DE FELICIDAD LABORAL Y SER FELIZ EN EL TRABAJO**

A nuestro entender, para hablar de felicidad en el trabajo es preciso fijar unas bases mínimas, generales y comunes sobre normas que responden a estándares no personalizados o personalizables. Lo que implica ya un primer punto de fricción, controversia y debate a la hora de buscar esas bases y acuerdos generales, que marquen principios globales al respecto (CASTRO. L. 2019), más allá de otras apreciaciones o valoraciones individuales o colectivas sobre reivindicaciones específicas. En esa tarea nos resulta interesante “deconstruir” cómo la normativa sociolaboral atiende a la realidad social condicionada por aspectos globales. Adaptada a diversas precisiones y matizaciones que, en cualquier caso implica el cumplimiento de derechos básicos que afecta a la garantía de los denominados “derechos humanos laborales y/o sociales”<sup>9</sup>.

Es cierto que, al menos a nivel formal la meta pueda alcanzarse, sobre todo por que tras la crisis COVID muchos ordenamientos se han replanteado la necesidad del cumplimiento de estándares internacionales como medida prioritaria para adaptar su legislación y luchas así más eficazmente contra formas de trabajo informal o no reglado. De esa forma, se garantiza el ejercicio de una actividad profesional en un marco de libertad: de elección y de desempeño,

---

<sup>9</sup> Y que parte de nuestra doctrina identifica como derechos fundamentales inespecíficos. R,

por cuanto la corrección de situaciones discriminatorias es el primer paso para la plena libertad. Siendo la libertad una premisa esencial a la hora de hablar de felicidad.

¿No hay margen para hablar de felicidad en el trabajo cuando sólo existan meros reconocimientos formales, que no materiales, de estándares normativos comunes y apostar por ampliar las consideraciones que permitan construir “entornos de trabajo y clima laboral en positivo”? No creemos que haya una respuesta unívoca y tajante. Aunque nos parezca más difícil, no es imposible. Si bien, en ese caso, hay que considerar factores más subjetivos y, por ende, personales. Centrados en la valoración de la actitud y enfoque, expectativas, necesidades, condiciones de acceso, desempeño, capacidad de toma de decisiones o garantías ante las salidas del mundo laboral. Quizás por todo ello, para hacer una valoración general de cómo lograr la felicidad en el empleo, debemos valorar que una cuestión es el hecho de que existan estándares de garantía necesarios y otra diferente como en cada caso de valoren, tanto desde un punto de vista individual, como también colectiva. Sólo así creemos que tendremos elementos de juicio para entender la triple referencia sobre la que tradicionalmente se indica que pivotan los índices de felicidad:

1. Factores socioambientales. Destacan aquí desde cuestiones relacionadas con factores educativos, formativos, culturales o demográficos, de progreso social e igualdad a factores de democracia participativa o de desarrollo personal.

2. Factores genéticos o de contenido biológico, con cuestiones tales como la protección del medio ambiente, geográficos o de salud, penosidad y/o adaptación de entornos de trabajo a la realidad del medio

3. Factores asociados a la consecución de objetivos y deseos, sin duda el conjunto de aspectos relacionados con las expectativas, la formación y el desempeño, pero también con la conciliación o la

organización del tiempo de trabajo o la “amigabilidad” de las instituciones.

No se trata de crear una lista cerrada de ítems a considerar, pese a la búsqueda de recetas globales, que no idénticas y, si acaso, más o menos comunes. Pues si es difícil conjugar diferencias sectoriales, geográficas, culturales, económicas en un ámbito territorial concreto y limitado, es obvio que los postulados a nivel internacional han de ser de mínimos para avanzar - “el gap positivo existente entre la experiencia de empleado y las expectativas que este tiene, por cuanto si las perspectivas son superiores a la realidad que experimenta se produce la infelicidad o frustración laboral”, pues no cabe obviar que la felicidad tiene que ver con “la gestión productiva de emociones, la automotivación y el concepto de responsabilidad”. Y para huir de la demagogia en el tratamiento de estos valores propone “una gestión efectiva de las expectativas de las personas para lo cual es necesaria una propuesta de valor al empleado transparente y alineada con la realidad, de manera que un candidato entienda qué puede y qué no puede esperar de la empresa con la que va a comprometerse. También es importante que los profesionales dediquen tiempo a reflexionar sobre sus necesidades y valores en el entorno laboral para su incorporación a distintos proyectos”. (cit. GARCÍA.M, de Smart Culture. 5 DIAS.2022)

No obstante, y pese a lo anterior, sí es cierto que tenemos numerosas normas que sin dar una fórmula magistral y única o unitaria, y condicionadas a su ratificación e integración en cada ordenamiento, apuntan en la línea de conseguir el denominado retorno de la inversión en la creación de espacios teóricamente felices y que garantizan acciones concretas y, por tanto, medibles -ya sea en términos de rendimiento económico y/o desarrollo personal-, en favor de avanzar en las posiciones que apuestan por trabajar sobre el denominado “retorno de la emoción”, por cuanto ello permitiría

una mayor adaptación al caso, justificando así diferentes análisis por las peculiaridades de aquellos (MORALES, 2021)<sup>10</sup>.

Lo que parece indiscutible es que los resultados -al menos los que trascienden y se publican- sobre índices de felicidad y bienestar en el trabajo, aparecen sobre todo en economías plenamente desarrolladas<sup>11</sup> y, normalmente en determinadas tipologías de sectores y empresas. Obviaremos por tanto que toda actividad obligatoria o forzada quede al margen de esa referencia, al considerar que sólo así sea posible considerar aplicables determinados mecanismo a cualquier tipo de empresa, organización o entidad, sean públicas o privadas, en las que se realicen trabajos retribuidos. Ya que son múltiples los aspectos en la organización de una actividad de trabajo que inciden en lograr ese sentimiento de felicidad definido como una “...forma de sentir o percibir determinado grado de bienestar subjetivo, que influye en las actitudes y el comportamiento de los individuos dentro de un entorno de trabajo. En cuanto que, desde el ámbito de las organizaciones se insiste en el dato de que personas que tienen un alto grado de felicidad, muestran generalmente motivación y, por ende, un enfoque positivo en el desarrollo de sus actividades y resultados, siendo más innovadoras y productivas”.

Cuestión diferente es que la persona que trabaje pueda ser feliz más allá de gozar o no dichos estándares, habrá quién lo sea o no, aunque, quizás en éstos términos, habría que hablar de alegría. Lo que pone nel acento en el hecho de que felicidad y ser feliz en el

---

<sup>10</sup> En este sentido vid. ACSENDO, blog amplio con diversas aportaciones al respecto, donde destaca “La ciencia detrás de la felicidad en el Trabajo”.

<sup>11</sup> Eso, a nuestro entender, no debe significar que no haya entorno felices y trabajadores felices en economías en desarrollo. Pero, quizás, y más allá de otros estudios fiables al respecto, sí que tenga algo que ver en la cuestión que se reconozcan unos niveles de implantación de mínimos de garantía y cumplimiento de derechos, con el hecho de percibir y tener una mayor aptitud en positivo sobre el hecho de trabajar. O lo que es lo mismo, desde el momento que hay un importante nivel de trabajo precario, informal o sin garantía de derechos, difícilmente podemos entender que son formas de trabajar que den felicidad.

trabajo, pese a parecer términos de una misma ecuación, no tienen por qué darse conjuntamente (tanto en un sentido, como en otro)<sup>12</sup>.

Para medir qué puede hacer a alguien feliz en el trabajo, más allá de posicionamientos generales, como ya hemos indicado, juegan otras consideraciones subjetivas y de carácter individual sobre las expectativas y prioridades de cada cual a la hora de sentirse más o menos pleno y, por supuesto con la propia alegría que puede suponer para esa persona el trabajo y cómo trabaja ( GIMENEZ. I. 2018), más allá de otras valoraciones sobre aspectos generales y de aplicación positiva de las organizaciones, que vendrán condicionados por aquellos parámetros normativos considerados necesarios para desarrollar una actividad productiva en positivo y, por ende, para garantizar que quién lo realiza sea feliz.

---

<sup>12</sup> Por lo que esta materia también tiene mucho de perspectiva. Esto es, parece que la construcción en torno a la felicidad es más propia de las organizaciones, mientras que el ser feliz es más propio de la persona que trabaja. Es cierto, que, si no se dan según qué circunstancias, la consecución de ese sentimiento de felicidad tiene más dificultades de ser apreciado en un determinado ámbito y, por tanto, de que el trabajador no sea feliz, pero, obviamente, una cuestión es que sea necesario seguir abogando por una mayor cultura de la felicidad profesional (incluso más allá del término laboral propio del trabajo por cuenta ajena), y otra diferente, que para concluir sobre la materia haya una única respuesta o fórmula.

# **LA IMPORTANCIA DE UN DISEÑO NORMATIVO ADECUADO, AMPLIO E INCLUSIVO COMO BASE DE SISTEMAS DE TRABAJO FELICES**

## **ESTÁNDARES NORMATIVOS DE MÍNIMOS EN EL DISEÑO DE ENTORNOS PROFESIONALES FELICES: PAPEL EXTENSIVO DE LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

La felicidad en el empleo admite una múltiple perspectiva a la hora enfocarla, si bien es cierto que cada vez hay número normas internacionales que tanto desde el punto de vista institucional, como de la autorregulación, marcan estándares de condiciones de trabajo, por más que las consecuencias por no aplicar o lograr los objetivos marcados aún sea muy cuestionable, salvo cuando se reconoce virtualidad a las resoluciones de Tribunales supranacionales y/o procede la adopción de sanciones en el seno de Organismos Internacionales determinados que implican que surjan quienes planteen el desarrollo de un verdadero Derecho Internacional del Trabajo<sup>13</sup>(SANGUINETTI RAYMOND, W. o RIESGO, P. 2022).

---

<sup>13</sup> Si es que ya no existe, siquiera sea en forma de líneas programáticas y de resultado, como demuestran los condicionantes que muchos países presentan para realizar reformas en la materia y desarrollos en términos muy similares pese a la disparidad de opciones gubernamentales y de la propia realidad de sus Sistemas de relaciones de trabajo, en términos similares a Derecho Internacional Privado. Ya que se defiende una extensión cada vez mayor de la consideración de dicho cuerpo normativo diferenciado, por cuanto hay capacidad para que cada parte de nuestro Ordenamiento tenga su dimensión internacional). Las normas internacionales en materia de garantía de derechos en el mundo del trabajo no son ya sólo un conjunto de fuentes inspiradoras, si no que cada vez más se formulan como cuerpo normativo integrado en el el acervo positivo de los Gobiernos nacionales. Ello es aún más claro si cabe si los análisis de datos se hacen no sólo desde estrictos ámbitos del Derecho del Trabajo, si no atendiendo a enfoques del denominado derecho Económico o de la Empresa, que fruto de la globalización y de la



A partir de la construcción de esos nexos más o menos comunes supranacionales, respecto a la regulación del factor trabajo, se dónde se crean condiciones necesarias, adecuadas y eficientes para crecer en la idea de que sólo así es posible desarrollar ámbitos y ambientes de trabajo felices<sup>14</sup>. Por cuanto la globalización de la economía, la realidad de nuevas formas de producción y una cada vez mayor tecnificación y digitalización del factor trabajo, conjugados con la sucesión de hitos históricos que han obligado a globalizar también respuestas normativas para garantizar los modelos productivos, creemos que aportan ingredientes suficientes para repensar que ya no basta con viejos axiomas normativos, si no que hay que seguir aportando soluciones normativas para un mundo cambiante en el ámbito de un concepto que incorpora nuevas herramientas y formas de producir-; a la vez que se mantienen y adaptan a esas nuevas realidades formas más tradicionales de producción....Todas ellas con una base común: reconocer derechos que mejoren las condiciones en las que se produce y que no resulta ni homogéneo, ni fácil o siquiera común, ante una creciente tensión económica por huir de los costes laborales como base final para no reconocer derechos

Pese a esa clara preocupación por el impacto de la robotización y la digitalización en el trabajo, siguen existiendo una importante

---

incorporación de principios de Derecho Internacional Privado, inciden en la normativa laboral, sobre todo cuando hablamos de cadenas transnacionales o Empresas Multinacionales, y que hay que completar con iniciativas adoptadas a nivel supra - aunque sea en ámbitos territoriales limitados para afrontar actuaciones coordinadas y acordadas-, en este sentido.

<sup>14</sup> Partiendo de una cada vez más amplia normativa internacional que ya sea por su directa aplicación o por su condicionalidad de resultados (isi cabe utilizar ese término!) aporta un valor añadido al hecho de que tanto a quién recibe una actividad profesional, como quién lo presta lo hace en unas condiciones reguladoras que facilitan diferentes niveles de felicidad. E incluso, medir cómo a ello contribuye quién, aunque pueda pensarse que tenga un menor protagonismo en su intervención, como es la propia Administración Pública, tiene un papel fundamental ya que su protagonismo es poliédrico como garante, interventor, creador, dinamizador y vigilante del mercado de empleo, que impide precisamente actuaciones que limiten su inoperancia. En este sentido creemos que es donde hay que situar la STJUE (Gran Sala) de 28/6/2022 (C-278-20), sobre responsabilidad patrimonial de España por incumplimiento del derecho de la UE.

cantidad de empleos de los denominados “tradicionales o convencionales”, donde se siguen dando situaciones de desprotección y desregulación. Ya sea por su marginalidad -y los condicionantes éticos de estos-, ya sea por su baja cualificación, temporalidad o falta de control o valoración. Luego, y aunque formalmente no exista un reconocimiento del denominado trabajo informal -a diferencia de otros países, que claramente lo reconocen como formas de actividad con menor coste y protección-, la realidad es su existencia y su consideración como parte de la denominada “economía sumergida”. A veces incluso de forma interesada por los propios destinatarios de dicha actividad, todo sea dicho, ya que la falta de suficiencia, al menos desde un punto de vista cuantitativo, del Sistema de Protección Social parece fomentar “la picaresca” de realizar actividades que escapan al control del sistema y, por ende, que difícilmente podemos incluir en un marco regulador de un sistema de “relaciones de trabajo y empleo para la felicidad”.

Es cierto, que hay una determinada tendencia a huir del mundo regulado del trabajo por cuenta ajena, ya sea por cuestiones de economía de costes o de eludir de responsabilidades propias y, por ende, de rebajar niveles de cobertura de derechos y de protección. Siendo así que ello también es fruto de que existe una premisa de que, cuanto menos, el concepto de trabajo por cuenta ajena es reconocible en unos estándares similares, que no siempre comunes, y que ello debe partir, así mismo de condiciones mínimas para cualquier ordenamiento: la no discriminación<sup>15</sup>, y la exclusión de cualquier colectivo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> No obstante, ese proceso no es igual a nivel de cada economía o sistema nacional, donde los criterios productivos y el uso y abuso de mano de obra es diferente. Máxime cuando hablamos de países cuyas estructuras productivas y, por ende, el cumplimiento de los denominados “estándares mínimos sobre legislación laboral” dejan mucho que desear, o cuanto menos son meramente formales o testimoniales, que no reales y efectivos

<sup>16</sup> Incluido el hecho de que incluso algún colectivo no esté incluido específicamente en la declaración de Derechos, como recoge la Ponente Dña. Luisa Balaguer, al reconocer la identidad de género de las personas Trans y la diversa discriminación que sufren al respecto.

E incluso podríamos concluir que algo similar ocurre con el trabajo autónomo, que se instrumentaliza para ampliar la red de frontera entre lo que supone el impulso de nuevas formas de producir y la presencia de vínculos de relaciones de trabajo. Ya sea por echar la culpa a los algoritmos, por la falta de regulación de nuevas realidades o por establecer nuevas denominaciones a mecanismos productivos similares a los ya existentes, pero con la interposición de Apps y el uso de Internet. Una cuestión que, a nuestro entender, implica un efecto “apagafuegos”: porque para no alejar el mundo normativa de esas mutaciones frenéticas en el campo de las formas de producir se está realizando una constante una carga interpretativa por los tribunales, acompañada, siquiera sea de posteriori de adaptaciones normativas, en aras a no perder el compás evolutivo de esos cambios.

A nuestro entender, para defender la relación trabajo y felicidad hay una premisa básica de acción: ya que altos grados de cumplimiento y calidad de las relaciones de trabajo, necesariamente han de traducirse en menor litigiosidad e intervención y, por supuesto, la canalización del conflicto a través de otras formas de solución que no sean únicamente judiciales (DORMIDO ABRIL, J. 2023). Y, por tanto, de base de un sistema de relaciones profesionales que puede aportar mayores niveles de felicidad a las partes. De forma que sobre esas premisas podamos responder cuestiones ¿cómo de qué forma repercute en el empleador dicha felicidad? ¿Crear entornos felices de trabajo hace feliz a los creadores de empleo? ¿Por qué empieza ser tan importante crear e impulsar una cultura de la “felicidad en los entornos de trabajo y empleo”? ¿Qué supone la felicidad para quienes generan empleo a efectos de impacto social? ...

Al analizar algunas de esas cuestiones, entraríamos obviamente en el ámbito didáctico de las organizaciones. Dónde, tal y como ya hemos anticipado, no veremos con demasiada extensión, por más que sí sean importantes los análisis de los ítems que se manejan en la elaboración de encuestas sobre ambiente de trabajo. Sobre todo,

en lo que se refiere a indicadores o índices de Retorno de la Inversión (ROI), pero también del Retorno de la emoción (ROE). Por cuanto crear una cultura de “la felicidad en el trabajo” no parece algo desinteresado, sino todo lo contrario. Pues no sólo incrementa la productividad empresarial, si no el propio compromiso con los objetivos de la empresa y, por supuesto, la captación del talento. Luego, mejoras en los intereses de las unidades productivas, que justifican la creación de esa “cultura” de la felicidad, más allá de una exaltación de la alegría del hecho de poder trabajar y, por ende, como manifestación del ser feliz, tal y como a veces se nos trata de vender. Ejemplo de ello quizás pueda ser el análisis y la percepción que tienen las organizaciones y la personas en concreto a raíz de las decisiones sobre las relaciones de trabajo como consecuencia de la crisis sanitaria por COVID-19, y su diverso alcance e impacto en el mundo del trabajo (OIT. 2021), sobre todo ante un avance cada vez más importante de la denominada “economía circular”.

Luego, hay que considerar que hay una serie de instrumentos normativos básicos de partida que garantizan Derechos Humanos en torno al trabajo. Por más que los mismos puedan complementarse con la creación de condiciones adicionales de transformación en los modelos de producción y, por ende, en el funcionamiento de relaciones de trabajo y empleo felices (tanto por la presencia de cambios concretos, como por un cambio educativo y de actitud hacia la propia satisfacción por el trabajo). Donde creemos que también habrán de tener un marcado protagonismo nuevos roles en la negociación colectiva y el papel de los interlocutores sociales. Ya que sólo así tendremos respuestas objetivas de qué es esencial a la hora de considerar entornos laborales felices, previo diseño o imposición por normas armonizadoras supranacionales.

## **LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DE RELACIONES DE TRABAJO DIGNAS COMO PARADIGMA DE PARTIDA PARA AVANZAR EN SISTEMAS LABORALES MÁS FELICES.**

La garantía de Derechos Humanos y fundamentales en el impulso de las legislaciones nacionales goza de respaldo institucional ya desde la propia Declaración Universal de Derechos. Cuestión diferente será la exigibilidad de estos, y el efectivo alcance y contenido que cada legislación realice al respecto, en desarrollo del art.23 de dicho texto<sup>1</sup>.

Una verdadera antesala de un amplio elenco normativo que actualmente presenta su culmen en el desarrollo de los ODSs de la Agenda 2030, que precisamente son eso: de mínimos. Por más que la Agenda 2030 sí esté recibiendo un mayor desarrollo y es en esa línea en la que hay que encuadrar algunas de las últimas actuaciones de nuestro legislador y que, a nuestro entender, enlazan con un primer avance sobre esa línea de actuación con la Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que se publicó el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Norma que no sólo supone un instrumento de desarrollo de la Resolución 17/4, mediante la que el Consejo de la ONU hizo suyos los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, “que figuraban en el Informe que había sometido al Consejo el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas (A/HRC/17/31)”, si no el

---

<sup>1</sup> Y, en su caso de las arts. 7 a 9 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

propio texto de la Resolución alude a un amplio elenco de compromisos normativos para nuestro país en la materia<sup>2</sup>; y porque, además, sólo mediante la garantía de dichos principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos sería posible seguir avanzando en la consecución de los objetivos establecidos en la Agenda para el desarrollo<sup>3</sup>: por cuanto que la implantación de los Principios Rectores de la Empresas implica la garantía de los Derechos Fundamentales en el ámbito de la relación de empleo, y supone así la integración de la mayoría de los 17 principios que integran la citada Agenda (OIT. 2017). Ya sea de forma específica, o de manera transversal (tal y como ocurre con la mayor parte de los temas centrales de dichos ODSs, y sus metas), con especial atención a la necesaria garantía de derechos que podemos plantear en torno a la igualdad efectiva de todas las personas, para garantizar aquellos, con especial atención a la reciente Ley 4/2023<sup>4</sup>.

---

2 Citados en la propia Resolución, en cuanto parte esencial del primer pilar de la Resolución y que van más allá de normas ONU o de la OIT, pues alude también a los propios textos de la UE y, por extensión, a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, como ocurre incluso respecto a la Carta Social Europea.

3 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/#>. Aprobada por más de 150 países, el 25 de septiembre de 2015. Un acuerdo en el que los estados firmantes se comprometen a adoptar medidas que permitan la consecución de “objetivos globales 2030” -dando así continuidad a los denominados “Objetivos del Desarrollo del Milenio”, aprobados previamente en la Declaración de París-. Dichas medidas habrán de concretarse mediante acciones, fundamentalmente, normativas que impulsen, garanticen y den contenido concreto a intervenciones que sirvan “...de base esencial para el crecimiento y desarrollo económico y social de los próximos años, a la par que se vela por el interés del planeta”. De esa forma no sólo se da más protagonismo a la propia Asamblea de la ONU, a la hora de establecer la coordinación de acciones para avanzar en dicha agenda, si no de que haya una implicación real y efectiva de los signatarios del acuerdo para el desarrollo de cualesquiera acciones que garanticen la participación de las propias instituciones de los Estados, así como de las “empresas” y de la sociedad en su conjunto...

4 Planteando a su vez, cómo articular las relaciones previas con las normas propias de las CCAA y el colectivo, amén de nuevos retos sobre planificación y reconocimiento de acciones negociales que abren un importante abanico de cuestiones a resolver para garantizar así entornos laborales saludables y plenos en derechos.

Creemos que hay que ir más allá<sup>5</sup>, y en consonancia con los ODS, como meta 2030, construyendo los cimientos de sociedades profesionalmente felices si logramos entornos medioambientales sostenibles y apremiando en la adopción de medidas para frenar el cambio climático (MIÑARRO YANINI, M. 2022; o LANTARÓN BARQUIN, D. 2019)<sup>6</sup>; al crecimiento sostenible<sup>7</sup>; que permitan la exclusión de cualquier desigualdad, ya sea por razón de género<sup>8</sup>, pero también por cuestión de sexo<sup>9</sup>, raza<sup>10</sup>, edad<sup>11</sup> o condición física o psíquica, ideológica o religiosa....., garantizando así el avance hacia productivos basados en la innovación y el progreso, mediante alianzas a diferentes niveles, que lleven a instituciones de gobierno basadas en la paz y el progreso.

Ya que si queremos una sociedad avanzada socialmente está claro que los denominados derecho esenciales o fundamentales de contenido social, son el primer escalón que hay que garantizar. Tal y como reconocen también los postulados de normas como la Carta Social Europea, en su versión revisada, así como la multiplicidad de aportaciones del Consejo de Europa o las grandes líneas de acción

---

<sup>5</sup> En cuanto que se suele plantear sólo que los principios del trabajo decente y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible deben convertirse en el eje vertebrador de las políticas de recuperación, obviando otros aspectos esenciales para el desarrollo humano y, por tanto, de carácter multidisciplinar y polimórfico.

<sup>6</sup> Es preciso abogar por el respeto hacia el medio ambiente marino y terrestre, transformando y apostando por sistemas de producción eficientes, que además faciliten el acceso al agua y a los recursos naturales como derechos humanos, y permitan diseños de entornos humanos más sostenibles, donde el acceso a la salud y la educación y la formación sean instrumentos esenciales de lucha contra la pobreza y el hambre, a través de sistemas de trabajo decente.

<sup>7</sup> Plan Director Nacional 2018 -2020 sobre el trabajo Decente, que básicamente se asienta sobre 4 premisas: Creación de empleo; Derechos en el trabajo; Protección Social y Diálogo social y sobre el que también incide el V ACS, firmado en Mayo de 2023..

<sup>8</sup> Sentencia 67/2022, de 2 de junio de 2022. Recurso de amparo 6375-2019, BOE de 4 de Julio de 2022.

<sup>9</sup> STC 153/2021.

<sup>10</sup> STJUE 16/7/2015 Asunto 83/14.

<sup>11</sup> STJUE 19/4/2016 Asunto 441/14 o STC 119/2022.

de otros foros internacionales, aunque con delimitaciones geográficas concretas<sup>12</sup> o como hace el Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuyo articulado en base a tres niveles y 20 principios enlaza coordinadamente con los postulados de la Agenda 2030<sup>13</sup>.

Pero no sólo se logra esa planificación en los propios países de la UE, y a través de normas de armonización o coordinación, sino a terceros países y respecto a sus propios ciudadanos por la presencia de normas que establecen ya mecanismos de control<sup>14</sup> y, sobre todo, de diligencia debida<sup>15</sup> para limitar las situaciones de explotación, siquiera sea de forma indirecta. Y es ahí donde las cadenas de valor, quizás, sirvan no solo en términos económicos sino también en términos sociales en contextos de integración regional y

---

<sup>12</sup> Como ocurre con la CEPAL la UA.....

<sup>13</sup> Pues, y pese a un cada vez mayor consenso en la necesidad de garantizar esos derechos, aún tenemos múltiples ejemplos donde, y pese a tratarse de países con indicadores con altos índices de felicidad general, ésta no tiene reflejo absoluto en aspectos relaciones con el trabajo. ¿Motivos? Varios y de diverso calado, aunque hemos de reconocer que, insistimos, no pretendemos, ni podemos dar recetas universales, sobre todo ante el avance de postulados populistas que están suponiendo la aprobación de normas restrictivas de ciertos derechos a colectivos concretos (cit. Hungría, Polonia, parte de América del Sur, EEUU, Emiratos, Arabia Saudí,.....)....países qué curiosamente, en muchos casos son ejemplos negativos y de retroceso en la protección de diversos colectivos, a diferencia de otros..."AVANZAMOS; Las personas LGTBI en la negociación colectiva y el Día 'logo Social", UGT, 28 al 30 de Junio de 2023, Madrid. Con carácter complementario a todo lo anterior, no sólo procede considerar varias las Directivas y Reglamentos Comunitarios, amén de Recomendaciones y Resoluciones, que, sobre todo, a partir del COVID han consolidado un desarrollo de aspectos pendientes, más allá de los Libros Blancos o Verdes en materias relacionadas con el trabajo y el Empleo, o la digitalización, sino una trile referencia normativa en elaboración por parte de la Comisión y su impacto en el Empleo...sin olvidar las diferentes Estrategias en aspectos jurídico Laborales y, en su caso a la vinculación de ayudas y Fondos al cumplimiento de los Planes Nacionales de Reestructuración y Resiliencia, o cualquiera otra denominación que hayan podido adoptar y cuyo precedente lo encontramos en los Planes Nacionales de Reformas .

<sup>14</sup> Como reconoce el Reglamento 2368/2002, previa resolución 55/56 de la ONU.

<sup>15</sup> Reglamento 2017/821, de minerales en zonas conflicto, que son estratégicos y de crecimiento exponencial, que establece dicho mecanismo, en términos más similares a los de la Carta Social Europea.



desglobalización (DURÁN LIMA, J. 2018)<sup>16</sup>. Una tarea, en la que, obviamente, hay una clara vocación multidisciplinar, pero también “poli normativa” para mejorar, amén de evitar conductas no adecuadas: al atribuir nuevos espacios a formulas contractuales (marco regulador de los acuerdos de cadenas de suministros, y así evitar huidas de la normativa laboral o minoración de condiciones de trabajo), pero también a los interlocutores sociales y la negociación colectiva (limitando posibles efectos de dumping social o de cadenas de subrogación).

Una garantía que debe estar presente en aspectos esenciales de acceso al mercado de Empleo y que, quizás, sea el más complejo de garantizar ante la dificultad de diferenciar supuestos claros de discriminación frente a discrecionalidad, de hostigamiento y miedo respecto a poderes de dirección y organización.

Siendo, a nuestro juicio, esencial que la legislación en el acceso a la educación y a la formación -en cuanto centran el diseño de trayectorias profesionales acordes a los intereses generales, pero también individuales- cobran relevancia a la hora de situarnos en el Mercado Laboral, y cómo ello debe traducirse después en sistemas de acceso más neutros y garantistas. Ante postulados que demandan socialmente garantizar un equilibrio entre educación y profesionalización, que sea permanente y variada, pero que facilite transiciones laborales y tenga en cuenta la transformación social y las necesidades de un mundo cambiante, dónde nos encontramos nuevos empleos y formas de acceso a los mismos (CALDERÓN. O. 2002)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> sobre esta cuestión véase TB. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains/es-ES#>

<sup>17</sup> De hecho, hoy por hoy, hay cada vez más diferencias entre generaciones, según el modelo educativo de referencia (piénsese en las diferencias millenials, generación Z...); incluso entre países e impacto del modelo educativo y de formación (al respecto es interesante ver qué países apuestan en mayor medida por diferentes niveles de Formación para el Empleo, frente a los que reducen ese impacto), que

No olvidemos que no sólo se trata de trabajar en conocimientos. Si no que, cada vez, y en mayor medida, se consideran competencias y, por ende, en trayectorias basadas en estrategias educativo-formativas, que permitan más flexibilidad de cara al acceso, adaptación y cambios del mercado de empleo<sup>18</sup>.

En segundo término, también creemos necesario apuntar el papel que tengan los esfuerzos normativos por garantizar la igualdad de las personas y, en su caso, la equidad para la diversidad, por cuanto ya tenemos un del marco de referencia que son los Planes de Igualdad, pero complementando y diferenciando identificación de hitos a considerar y contenido (VVAA. MORALES ORTEGA, J.M. LÓPEZ FUENTES, R. 2022)<sup>19</sup>. Se trata de nuevos instrumentos de negociación colectiva, para ir más allá de los Planes de Igualdad y ser el ariete que garantice y logre medidas de igualdad efectiva y real para las personas, independientemente de la necesaria adaptación a las circunstancias de cada uno<sup>20</sup>.

---

incide a lo largo de toda la vida profesionales de las personas en las organizaciones, sobre todo de cara a su desarrollo en las mismas. En este sentido tiene aún, a nuestro entender plena vigencia..

<sup>18</sup> Aspectos donde hay que destacar materias tales como: cuál sea el nivel de formación mínima que se precisa para acceder al mercado de empleo, el papel de programas de prácticas e interacción entre empresas y centros de formación (incluido a nivel Universitario); o si hay un exceso de “titulitis” por parte de los empleadores, lo que supone que sus empleados tengan menores niveles de satisfacción, al estar contratados para desempeños muy por debajo de su formación real; el no reconocer formalmente sus conocimientos, pese a que materialmente desempeñen determinadas actividades, o cuales sean las fórmulas e implantación de medidas de reciclaje y/o formación permanente.

<sup>19</sup> Pues y pese a una interpretación literal sobre su extensión sólo a cuestiones de género, no vemos inconveniente en que se extiendan a otros Colectivos, y así incluso ya también lo recoge algún que otro Convenio Colectivo, al considerar que la igualdad es entre personas y no sólo en términos de hombre y mujeres, como también se aprecia en los Reglamentos de desarrollo. En este sentido, con carácter general,

<sup>20</sup> Siendo, en este sentido nuestro país un ejemplo al respecto tanto en la normativa ya aprobada, como en trámite parlamentario, y pendiente de aprobación, por

Por otro lado, y ya centrándonos en el ámbito del acceso al Mercado de Empleo, cabría destacar la necesidad de un sistema que apoye más efectivamente el emprendimiento y el autoempleo -incluido el hecho de que los servicios de Empleo trabajen también de forma más efectiva en ese sentido y puedan ordenarse una mejora estructural en la atención a otros colectivos especialmente vulnerables-, tal y como parece recogerse más extensamente en la nueva Ley de Empleo de 2023.

## **ATENCIÓN ESPECÍFICA A LA CONSIDERACIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES Y EL CUIDADO DE LA SALUD MENTAL A LA HORA DE CREAR ENTORNOS FELICES.**

Las medidas de distanciamiento social han modificado la forma en la que muchas organizaciones se relacionan con sus trabajadores, poniendo de relieve la obsolescencia de algunos modelos productivos dentro de economías. Cada vez es más frecuente que nos encontremos organizaciones con altas cuotas de digitalización y globalización (CORREA CARRASCO, M. 2019), e incluso de transformación de paradigmas sobre el concepto de lugar y forma de trabajar<sup>21</sup>.

Pero no se trata de un proceso único, o común a todos los países y sectores. De ahí, la importancia de matizar aspectos muy concretos

---

más que las redacciones finales se hayan quedado lejos de las demandas al respecto, conclusiones I Congreso Cláusulas Negociación colectiva y colectivo LGTBIQ+, Madrid. 2022, días 5 a 7 de Julio, con importante acción sindical UGT-CCOO al respecto en la firma del Acuerdo común y, en su caso, el trabajo previo del Toño Abad, y su equipo con relación a la materia, y su nuevo papel como responsable confederal Acción LGTB.

<sup>21</sup> Ejemplo de ello tenemos en torno a cuestiones derivadas de impulso del teletrabajo y de dar un cambio de vida: la gran renuncia, nómadas digitales, papel de la economía circular,...y su posible canalización como parte de la solución de problemas como la despoblación y el abandono de ciertas partes del país, por más que ello también conecte con problemas como la migración y el impulso de servicios, mejora de comunicaciones y de calidad de vida.

sobre los modelos que basan la construcción de estándares de felicidad en términos de economías digitales y, por ende, plenamente desarrolladas. Pues, uno de los grandes hándicaps a los que nos enfrentamos es al de la salud mental y sus consecuencias (GRAU PINEDA, C y RODRIGUEZ MONROY, A.G.. VVAA. 2020)<sup>22</sup>, con una cada vez mayor tasa de suicidios asociados al ámbito laboral<sup>23</sup>.

En ese sentido es muy interesante el documento de la OMS, sobre Salud mental en los lugares de trabajo (y uso de sustancias)<sup>24</sup>. Por

---

<sup>22</sup> Estamos ante una cada vez mayor presencia de enfermedades mentales, relacionadas con situaciones de estrés, tensión y/o acoso en el trabajo, que limitan o dificultan hablar de felicidad en el trabajo. Problema que va más allá de las bajas por depresión, trastornos de personalidad o salud mental, burn out,...étc y cuyo máximo exponente, y más grave es un creciente incremento de los denominados suicidios laborales o por causas laborales, cuyo principal ejemplo sean las Sentencias de la Corte Francesa y del TJUE contra France Telecom y sus prácticas laborales, al considerar una situación de acoso laboral continuado que desembocó al menos en 19 suicidios relacionados con la misma. Se trata de pronunciamientos que ponen el acento en la necesidad de cada vez más Protocolos anti acoso, de la necesidad de adoptar medidas preventivas, pero también de cumplir con premisas como las que establece el Convenio 190 de la OIT, en vigor en nuestro país desde 25 de Mayo de 2023, y al que es complementario la Recomendación 206, de la OIT.. Ilustrativo a modo de evolución.,vid. "El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad.

<sup>23</sup> En este sentido las guías elaboradas dentro del programas "Proteger la salud de los trabajadores",de la OMS, ofrecen orientaciones sobre cuestiones comunes, como el acoso y el estrés, que pueden afectar a la salud de los trabajadores. Se trata de un conjunto de acciones que forman parte del Programa de Acción para Superar las Brechas en Salud Mental (mhGAP), que proporciona herramientas para una atención sanitaria basada en la evidencia, los instrumentos técnicos de la OMS para la identificación temprana y la gestión de los trastornos por consumo de alcohol y drogas y para la prevención del suicidio también pueden ser relevantes para la salud mental en el lugar de trabajo.

<sup>24</sup> Destacando como datos clave

- El trabajo es bueno para la salud mental, pero un entorno laboral negativo puede provocar problemas de salud física y mental.
- La depresión y la ansiedad tienen un impacto económico significativo; el coste estimado para la economía mundial es de 1 billón de dólares al año en pérdida de productividad.
- El acoso y la intimidación en el trabajo son problemas comúnmente identificados, que pueden tener un impacto adverso sustancial en la salud mental.

cuanto sirve de parámetro para identificar aspectos concretos que cada vez más organizaciones incorporan a su Negociación Colectiva, o incluso en las memorias de RS, a falta de mayor regulación del Plan Nacional, y de la Estrategia<sup>25</sup> sobre la Salud mental, donde

---

- Hay muchas medidas eficaces que las organizaciones pueden adoptar para promover la salud mental en el lugar de trabajo; dichas medidas también pueden beneficiar a la productividad.

- Los lugares de trabajo que promueven la salud mental y apoyan a las personas con trastornos mentales tienen más probabilidades de reducir el absentismo,

<sup>25</sup> “Pues para crear un lugar de trabajo saludable

Un elemento importante para conseguir un lugar de trabajo saludable es el desarrollo de legislación, estrategias y políticas gubernamentales, tal y como se destaca en el trabajo de la brújula de la Unión Europea en este ámbito. Un lugar de trabajo saludable puede describirse como aquel en el que los trabajadores y los directivos contribuyen activamente al entorno laboral promoviendo y protegiendo la salud, la seguridad y el bienestar de todos los empleados. Un informe académico de sugiere que las intervenciones deben adoptar un enfoque de tres vertientes:

- Proteger la salud mental reduciendo los factores de riesgo relacionados con el trabajo.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

- Promover la salud mental desarrollando los aspectos positivos del trabajo y los puntos fuertes de los empleados.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

- Abordar los problemas de salud mental independientemente de su causa.

A partir de ahí, una guía del Foro Económico Mundial destaca los pasos que pueden dar las organizaciones para crear un lugar de trabajo saludable, entre ellos

- Conocer el entorno del lugar de trabajo y cómo puede adaptarse para promover una mejor salud mental de los distintos empleados.

- Aprender de las motivaciones de los líderes organizativos y de los empleados que han tomado medidas.

- No reinventar las ruedas, siendo conscientes de lo que han hecho otras empresas que han tomado medidas.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

- Comprender las oportunidades y necesidades de los empleados individuales, para ayudar a desarrollar mejores políticas de salud mental en el lugar de trabajo.

- Conocimiento de las fuentes de apoyo y de dónde se puede encontrar ayuda.

Las intervenciones y buenas prácticas que protegen y promueven la salud mental en el lugar de trabajo incluyen

- la aplicación y el cumplimiento de las políticas y prácticas de salud y seguridad, incluida la identificación de la angustia, el uso nocivo de sustancias psicoactivas y la enfermedad, y la provisión de recursos para gestionarlos;

- informar al personal de que hay apoyo disponible

se abarque la prevención como instrumento esencial para <sup>26</sup> la identificación temprana, el apoyo, la rehabilitación y, en su caso, corrección de tendencias, acciones o medidas, que bien sea garantizadas por el anonimato o el gregarismo, desembocan en centros de trabajo insanos. Por cuanto los lugares de trabajo pueden ser un verdadero campo de cultivo para mantener conductas de acoso y violencia sobre colectivos que tradicionalmente vienen ya arrastrando temores, angustias o miedos y que son el detonante en muchos casos no sólo de problemas mentales asociados al trabajo<sup>27</sup>, si no también físico. Campo en el que el trabajo de profe-

- 
- implicación de los empleados en la toma de decisiones, transmitiendo un sentimiento de control y participación; prácticas organizativas que apoyen un equilibrio saludable entre el trabajo y la vida privada;
  - programas de desarrollo profesional de los empleados; y
  - reconocer y recompensar la contribución de los empleados”.

<sup>26</sup> Para el que serviría de inspiración el Plan de Acción de Salud Mental (2013-2030) de la OMS, que expresamente también alude al apoyo en el trabajo a las personas con enfermedades mentales y su relación con el art. 27 de la Declaración de DDHH.

<sup>27</sup> En la memoria de la OMS, se indica que “Hay muchos factores de riesgo para la salud mental que pueden estar presentes en el entorno laboral. La mayoría de los riesgos están relacionados con las interacciones entre el tipo de trabajo, el entorno organizativo y de gestión, las habilidades y competencias de los empleados, y el apoyo disponible para que los empleados realicen su trabajo. Por ejemplo, una persona puede tener las aptitudes necesarias para realizar las tareas, pero puede tener muy pocos recursos para hacer lo que se requiere, o puede haber prácticas de gestión u organización que no le apoyen. Los riesgos para la salud mental incluyen:

- políticas inadecuadas de salud y seguridad;
- prácticas de comunicación y gestión deficientes;
- participación limitada en la toma de decisiones o escaso control sobre el propio ámbito de trabajo
- bajos niveles de apoyo a los empleados
- horarios de trabajo inflexibles; y
- tareas u objetivos organizativos poco claros.

Los riesgos también pueden estar relacionados con el contenido del trabajo, como tareas inadecuadas para las competencias de la persona o una carga de trabajo elevada e incesante. Algunos trabajos pueden conllevar un mayor riesgo personal que otros (por ejemplo, los socorristas y los trabajadores humanitarios), lo que puede repercutir en la salud mental y ser causa de síntomas de trastornos

sionales de diversas áreas resulta esencial, amén del acompañamiento de Protocolos anti acoso y de cualesquiera otro conjunto de actuaciones que pueda recoger la Negociación Colectiva, donde valorar, además, aspectos concretos, como pueden ser:

1. Cuestiones relacionadas con la tipología contractual, y la estabilidad en el empleo. Pues, en países como España, las tasas de empleo precario son realmente preocupantes, sin mencionar modelos donde la denominada contratación irregular es mayoritaria. No podemos plantear las personas en términos de bienes de consumo y, por ende, de usar y tirar.
2. Por supuesto, políticas de retribuciones dignas y suficientes. Con intervenciones inclusive, en el ámbito de las líneas de producción e intermediación. Y no sólo en términos económicos, ya que cada vez resulta más importante la “retribución emocional”, si no de valorar en su conjunto el valor añadido que tiene una persona con el desempeño que realiza.
3. La relación entre tiempo de trabajo y vida personal. Con importantes experiencias donde la organización del tiempo de trabajo, el diseño por objetivos y la atención a las necesidades personales y familiares, va cobrando cada vez más sentido, con experiencias realmente interesantes de incrementos de productividad al establecer mayores estímulos en esa línea, por más que la tendencia sea a la creación y aplicación de algoritmos que den respuestas a todas las circunstancias que pueden darse y que, a veces se olvida que las personas no son robots.
4. Desarrollar medidas de implicación y participación en la propia vida de las organizaciones. Y no sólo por el papel que puedan y

---

mentales, o llevar al consumo nocivo de alcohol o drogas psicoactivas. El riesgo puede aumentar en situaciones de falta de cohesión de equipo o de apoyo social. La intimidación y el acoso psicológico (también conocido como "mobbing") son causas de estrés laboral comúnmente señaladas por los trabajadores y presentan riesgos para la salud de los mismos. Se asocian a problemas tanto psicológicos como físicos. Estas consecuencias para la salud pueden tener costes para los empresarios en términos de reducción de la productividad y aumento de la rotación de personal. También pueden tener un impacto negativo en las interacciones familiares y sociales.

deba tener la negociación colectiva, si no de los propios interesados. Sobre todo, por el impulso de herramientas digitales como los chats y chatbots, tableros de anuncios... Tanto por ellos, como por sus representantes y en diferentes niveles y planos. Desde fórmulas de participación directa y periódicas, a mayor fluidez en la construcción de un modelo de relaciones colectivas más amplio, acompañadas, entre otras, por:

1. Adecuadas políticas de formación, tanto de acceso como de reciclaje y acción para afrontar un mercado de empleo cambiante, así como de sensibilización hacia personas diversas.

2. Cambiar modelos de innecesaria concentración de trabajadores. Como está demostrando todo el debate en, torno al teletrabajo, y el respecto a la desconexión digital, así como de atención a la despoblación de algunas zonas concretas y su incidencia en las políticas migratorias. De hecho, cada vez son más los cambios que las organizaciones están realizando en este sentido como consecuencia de los avances debidos a la transformación digital, con especial atención a la incorporación de tecnologías en todos los sectores productivos, por un impulso también de las aplicaciones móviles, el análisis masivo de datos (big data), el uso de la nube y la creación de espacios de trabajo virtuales. Donde la creación de entornos lúdicos, y el desarrollo de la teoría de juegos para seleccionar y formar a empleados, cohesionar equipos, o atraer e identificar el talento, cada vez está más implantada. Y no se trata de fórmulas de aplicación exclusiva a los entornos digitales, si no que bien puede servir en otros entornos profesionales.

A todo lo anterior, creemos que hay que sumar cómo la motivación e implicación colaborativa con los intereses de las organizaciones es fundamental. De ahí, la necesidad de cumplir estándares de calidad, transparencia, buen gobierno, igualdad, ampliación de beneficios y todo aquello que hace atractiva una organización como marca, ya que dichas referencias van cambiando cada vez a mayor velocidad. Por tanto dónde las organizaciones cada vez precisan



de una mayor creatividad y flexibilidad, capacidad de comunicación y trabajo en grupo, o adaptación a los cambios....Parece que estamos ante un nuevo paradigma hacia el que ha de avanzar el empleo, y donde el futuro impulso digital y de la robotización puedan permitir, quizás, dar más espacio a las funciones más humanas de las personas.

## **CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIONES**

Sin duda, la presencia de un marco normativo de referencia basado en la igualdad, democracia participativa; organización del trabajo; movilidad y conciliación; transparencia; calidad ...éct facilita el impulso de organizaciones dónde la actividad humana de trabajar encuentra un terreno fértil para que el desempeño de una determinada actividad pueda hacer personas felices. Y para ello, el papel de las instituciones supranacionales debe ser cada vez más importante como demuestra que los países que mejor han respondido a los efectos de la crisis de 2008, de la posterior COVID o la derivada de la invasión de Ucrania, son los que dan respuestas<sup>28</sup>, cuanto menos, coordinadas, entre Sistema Productivo y Sistema de protección Social, amén de atender así a otras situaciones no previstas, que pueden ser permanentes en el tiempo, como ocurre con la pobreza laboral o una creciente segmentación de colectivos profesionales con menores niveles de reconocimiento de derechos.

En realidad, ya sea por expresa ratificación o por integración (y consiguiente aceptación de marcos de referencia supranacionales), la realidad es que el conjunto de normas supranacionales que afecta a las relaciones de trabajo, al medio y al cómo, cuándo y porqué se realicen, es cada vez mayor. De manera que, hay una relación directa entre ese cuerpo normativo internacional y la

---

<sup>28</sup> LABORIE, M.. *Desglobalización y pandemia global*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, abril de 2020, p. 14.

transformación del mundo del trabajo, de los medios de producción y del marco normativo de aquellas y, consecuentemente, si queremos hablar de trabajo y felicidad, la influencia de dichas normas es esencial, siquiera sea a lograr los objetivos propios de la Agenda 2030<sup>29</sup>.

No obstante, a lo anterior hay que sumar aspectos externos como son un sistema de protección social completo, que garantice no sólo la suficiencia de medios en caso de circunstancias que excluyan o limiten que una persona pueda trabajar, si no que, además, permitan su reintegro al mercado de empleo, en caso de ser posible y, por tanto, directamente relacionado con el marco regulador del Derecho del Empleo.

Pero también es preciso apostar por cambios de percepción en torno a qué supone a cada persona el hecho de trabajar. Y avanzar así en la implantación y mantenimiento de cambios sociales necesarios para impulsar un modelo de relaciones de trabajo mejor, con protagonismo de los agentes sociales, al ser impulsores y protagonistas de esas modificaciones. So pena, en caso contrario, de quedarse al margen y aumentar la percepción cada vez mayor por parte de diversos sectores de trabajadores de la obsolescencia del modelo sindical. O lo que es lo mismo, una mayor presencia de acciones específicas desde diversas perspectivas, más allá de la tradicional referencia a espectadores de las condiciones pactadas en la negociación colectiva, incluso de carácter transnacional, como ocurre con los Acuerdos Marco o los Convenios Colectivos supranacionales.

---

<sup>29</sup>Una línea que los ODS y la estrategia para su seguimiento ponen claramente como eje del cambio, por cuanto al menos 13 de los 17 items tienen un impacto mayor o menor en cuestiones laborales. Pero no estamos ante unos únicos instrumentos válidos, si no que tanto el papel de la UE, como de Organizaciones similares, como la CEPAL o la Unión de Países Africanos..., deben tomar un valor esencial en el impulso de garantizar paradigmas mínimos y de calidad en la creación de marcos normativos de las relaciones de trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CALDERÓN, O. “La educación para el trabajo en un mundo cambiante”. *Scripta Nova*. Número especial 6/2002.

CORREA CARRASCO. M. El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía. Edit. Bomarzo. Albacete. 2019

CRUZ VILLALÓN, J. “Oportunidades y Desafíos de los Derechos Fundamentales Laborales en las Relaciones Laborales”. *REVISTA Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. ADAPT.4/ 2016.

DORMIDO ABRIL, J. El arbitraje como medio de solución de los conflictos laborales. Tesis doctoral, 2023, pendiente publicación

DURÁN LIMA, J, “Cadenas de valor e integración regional: el aporte de las MIP”. México: Naciones Unidas, 2018.

GIMENEZ, I. “Felicidad en el trabajo”. *Observatorio de RRHH y RRL*. 138/2018.

GRAU PINEDA, C y RODRIGUEZ MONROY, A.G. “El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad”. *Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales: Experiencias y desafíos de una Protección Social centenaria*. Tomo I. Laborum .2020.

LABORIE, M.. *Desglobalización y pandemia global*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, abril de 2020

LANTARÓN BARQUÍN, D. “La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias”. *El trabajo decente como telón de fondo*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2019.

MIÑARRO YANINI, M. *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Universidad de Jaén/Librería Dykinson. 2022

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO. M. “El nuevo Derecho Digital y los problemas de Discriminación”, *Blog. Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. Us.es. Entrada 27 de Junio de 2022.

SANGUINETTI RAYMOND, W. “ Los derechos humanos laborales como objeto de protección del Derecho Transnacional del Trabajo.”. *Revista Actualidad Laboral*.. Ed. Wolters Kluwer nº 289/2023.

VVAA. *Realidad Social y Discriminación*. Dir. MORALES ORTEGA. “Planes de Igualdad y Colectivos LGTBIQ+”. Edt. Laborum.

VVAA. *El trabajo decente*. Granada, Comares, 2018.

## **INFORMES, DOCUMENTOS DE TRABAJO, RECOMENDACIONES Y NORMAS INTERNACIONALES:**

Congresos “Negociación Colectiva y Colectivo LGTBIQ\*”. UGT. Madrid 5-7 Julio 2022. Documentos de trabajo

OIT. El trabajo en tiempos de la COVID. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2021.

OIT, Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades. Ginebra. OIT, 2017.

OIT: Convenio 190.

OMS Salud Mental y sustancias. 2020.

United Nations. Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Documento ONU. 2015

United Nations. Shared responsibility global solidarity: responding to the socio-economic impacts of COVID-19, 2020.

Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales 1966.

Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. 2017

Plan Director Nacional Sobre trabajo Decente 2018-2020.

Reglamentos 2368/2002 y 2017/821.

Unión Europea. Reconstrucción y recuperación post-pandemia COVID-19 en clave de cohesión social.

IV Informe de La Fundación Adecco sobre Felicidad y trabajo.

## **OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS:**

Blog. ACSENDO.

Blog. RRHHDigital.

[www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains/es-ES](http://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains/es-ES)

Web Comparability.

Web. Sodexo.

## **SENTENCIAS DE REFERENCIA:**

-STC 67/2022..

-STC 153/2021.

-STJUE 16/7/2015 Asunto 83/14.

-STJUE 19/4/2016 Asunto 441/14 o STC 119/2022.

-STJUE (Gran Sala) de 28/6/2022 (C-278-20).



# A PROTEÇÃO JURÍDICA DA INTEGRIDADE DOS TRABALHADORES NO BRASIL NO CONTEXTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Rodrigo Coimbra

Professor permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil, cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, no qual desenvolve pesquisa, ministra disciplinas e orienta na linha de pesquisa “fundamentos da experiência jurídica nas relações privadas: transformação e organização socioeconômica, autonomia e proteção da pessoa”. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS.

## INTRODUÇÃO

Ao estimado maestro Prof. Dr. Felix Salvador Pérez, *in memoriam*, Professor titular de Direito do Trabalho e de Seguridade Social da Universidade de Sevilha, Espanha.

O presente artigo trata do tema das novas tecnologias e seus impactos nas relações de trabalho, tendo por delimitação a tutela da integridade física e mental dos trabalhadores no Brasil.

A pesquisa se justifica em razão do cenário de incertezas acerca dos riscos que as novas tecnologias e a inteligência artificial podem gerar a saúde e qualidade de vida do trabalhador e do posicionamento do Direito do Trabalho frente a essas inquietantes questões ocorridas no mundo dos fatos.

Essa matéria ganha importância quando relacionada aos efeitos das novas tecnologias e da inteligência artificial, pois muitos dos supostos efeitos são ainda desconhecidos.

Trata-se de assunto de alta complexidade e que se relaciona com outros âmbitos do conhecimento, além das normas jurídicas, exigindo um diálogo transdisciplinar com noções de Medicina e Segurança do Trabalho, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Economia e Sociologia, entre outros.

O estudo está dividido, no desenvolvimento, em duas partes, iniciando pela abordagem sistemática e transdisciplinar da globalização da economia, do pluralismo e das novas tecnologias e da inteligência artificial, relacionando essas matérias de alta complexidade de modo a contextualizar os importantes reflexos dessa conjuntura para o meio ambiente do trabalho.

Na segunda parte do desenvolvimento defende-se que o meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio é um direito fundamental do trabalhador no Brasil, propondo-se que seja efetivado a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Como método científico de abordagem do assunto será utilizado o método sistemático. A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Em função das peculiaridades da pesquisa qualitativa a mesma tende a ser menos estruturada, de modo a trabalhar com o que é importante para os indivíduos, sistemas sociais, políticos, jurídicos e econômicos, utilizando-se para tanto, da investigação profunda sobre o tema proposto na presente pesquisa. Desta forma a mesma parte de questões ou focos de interesse amplos, que vão se definindo à medida que o estudo se desenvolve.

# GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA, PLURALISMO, NOVAS TECNOLOGIAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A globalização, ou “os processos de globalização”, na expressão que dá maior dinâmica a este fenômeno que segue em andamento nos dias atuais, cunhada por Boaventura de Souza Santos<sup>1</sup>, é um tema que tem adquirido grande importância, sobretudo nas últimas décadas, tendo se caracterizado mais recentemente por um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais e jurídicas interligadas de modo complexo.

O sociólogo português acrescenta que a globalização das últimas três décadas, em vez de encaixar no padrão moderno ocidental de globalização, parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, da diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro<sup>2</sup>.

Impulsionada por elementos econômicos e por fatores políticos neoliberais, a globalização tem reclamado um dos ajustes estruturais mais selvagens, conforme Rodolfo Capón Filas<sup>3</sup>, modificando toda ordem econômica e social e gerando o deslocamento do trabalho (desemprego crescente em alguns países e aumento de postos de trabalho em outros), precarização de trabalho, deterioração

---

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: *A globalização e as ciências sociais*. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25.

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: *A globalização e as ciências sociais*. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 26.

<sup>3</sup> FILAS, Rodolfo Capón. Trabajo y globalización propuesta para una praxis popular alternativa. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, ano 18, n. 205, p. 10, jan. 2001.



da qualidade de vida, entre outros reflexos, como o crescimento da dívida externa nos países periféricos.

Os processos de globalização têm exigido outros tipos de observação a partir da constatação de que há muitas outras possibilidades de produção de direitos na sociedade. E, o Direito, nesse cenário, necessariamente deve ser observado de uma forma diferente – não apenas normativista –, a fim de promover uma visão plural do mundo (pluralismo)<sup>4</sup>.

No Direito do Trabalho, em particular, a ideia de pluralismo está presente desde sua formação histórica até os dias atuais, manifestando-se de diversos modos<sup>5</sup>, dentre os quais se destacam os princípios da proteção<sup>6</sup>, da autonomia coletiva<sup>7</sup> e da não discriminação<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177.

<sup>5</sup> Sobre a matéria, por exemplo: MARTINS, Sérgio Pinto. *O pluralismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001.

<sup>6</sup> O princípio da proteção também chamado de princípio protetivo e princípio tutelar é o mais importante entre os princípios específicos de Direito do Trabalho, e provavelmente o mais universal, por isso é chamado de mega princípio ou princípio *mater*; Sobre a matéria ver: PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 3.ed. São Paulo: Ltr., 2000, p. 61; DELGADO, Maurício Godinho. *Princípio de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 73; SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo : Ltr, 2002, v.1., p. 146-147.

<sup>7</sup> O princípio da autonomia coletiva privilegia a autonomia negocial dos entes coletivos (sindicato dos empregados, sindicato dos empregadores ou uma ou mais empresas), concretizado por meio da negociação coletiva de trabalho, sendo um dos diferenciais do Direito do Trabalho, na medida que possibilita a criação de normas jurídicas, pelos próprios destinatários da norma, de modo a proporcionar a melhoria das condições de trabalho de forma mais adequada, dinâmica e eficaz.

<sup>8</sup> O princípio da não discriminação talvez seja aquele que mais espelha atualmente a ideia de pluralismo nas relações de trabalho. O princípio da não-discriminação é um consectário, no Direito do Trabalho, do princípio da igualdade. Conforme

Nesse quadro de alta complexidade evidencia-se a grande importância da realização de diferentes formas de observação sobre os reflexos das novas tecnologias no ambiente de trabalho.

O meio ambiente do trabalho passou por muitas mudanças nos últimos trinta anos. A produção industrial encolheu, enquanto o setor de serviços ganhou maior importância. Este efeito se faz sentir não só no número total de empresas de serviço e de produção, mas também pelo fato de que no setor produtivo tradicional diminuiu a importância relativa do trabalho na máquina em relação ao trabalho administrativo e organizacional<sup>9</sup>.

Essa mudança encontra sua expressão na redução do número de operários em relação aos empregados administrativos nos escritórios, um fato de grande importância nos sistemas jurídicos que preveem diferenças significativas quanto aos direitos desses tipos de trabalhadores<sup>10</sup>.

A introdução da informática modificou as atividades em todas as áreas, levando ao mesmo tempo a uma redução do quadro de pessoal, o uso do computador facilitou o controle dos empregados e a introdução de novas tecnologias exigiu dos empregados um grande

---

Mallet, “discriminação supõe desigualdade” (MALLETT, Estevão. *Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2013, p. 20); Nas palavras de Américo Plá Rodriguez o princípio de não discriminação “leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima” (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 3.ed. São Paulo: Ltr., 2000, p. 445);

<sup>9</sup> COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. *Direito do Trabalho - I*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 37.

<sup>10</sup> WOLFANG, Daubler. *In O mundo do trabalho - Crise e mudança no final do século*. São Paulo: Scritta, 1994, p. 42.

esforço de adaptação. As novas tecnologias trouxeram, além disso, uma nova divisão dos trabalhos entre as empresas<sup>11</sup>.

A terceirização de serviços, da limpeza à entrega de componentes na indústria automobilística, revelou-se mais econômica e uma tendência mundial. Muitas empresas passaram a limitar-se a funções básicas, avançando para a terceirização de qualquer atividade, com consequências sobre o número de funcionários. No Brasil, a partir de 2017, é permitida a terceirização de quaisquer atividades da empresa tomadora dos serviços, inclusive de sua atividade principal (atividade-fim), de acordo com as Leis nº 13.429/17 e 13.467/17<sup>12</sup>.

As trajetórias das mudanças técnicas e os novos paradigmas de produção e organização do trabalho vêm revolucionando o perfil do trabalhador e as relações de produção.

Conforme estudo de Baiardi e Mendes<sup>13</sup>, além das inovações tecnológicas surgem as gerenciais como a flexibilização funcional (trabalhadores ocupantes de postos estáveis desempenhando várias funções) e a flexibilização numérica (fazer gravitar em torno de um núcleo um número muito maior de trabalhadores temporários), que reforçam a tendência ao desemprego estrutural e que ensejam novas relações de trabalho para os trabalhadores que permanecem diretamente ligados às plantas industriais.

---

<sup>11</sup> WOLFANG, Daubler. *In O mundo do trabalho - Crise e mudança no final do século*. São Paulo: Scritta, 1994, p. 42.

<sup>12</sup> COIMBRA, Rodrigo; BASTOS, João Rafael Gabbi Bastos. Terceirização de serviços e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública após a decisão do STF no RE 760.931. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev. 2020, p. 286-304.

<sup>13</sup> BAIARDI, Amilcar; MENDES, Janúzia. *Inovação tecnológica e trabalho: evolução e um breve enfoque sobre a contemporaneidade do relacionamento*. Disponível em: <[http://www.sep.org.br/artigo/9\\_congresso\\_old/ixcongresso60.pdf](http://www.sep.org.br/artigo/9_congresso_old/ixcongresso60.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2020.

No contexto, das novas tecnologias merece destaque especial atualmente a inteligência artificial.

A inteligência artificial tem ampla aplicação podendo salvar vidas (como o freio automático em carros), prever falhas, melhorar a eficiência e reduzir desperdícios ao meio ambiente, dentre outros.

Kai-Fu Lee<sup>14</sup> exemplifica que pesquisadores chineses estão aplicando algoritmos de código de abertura de ponta a produtos de inteligência artificial: estão planejando rotas de caminhões sem motoristas, instalando sistemas de reconhecimento facial no transporte público, dirigir carros, traduzir textos, fazer empréstimos, drones autônomos, entre outros.

São exemplos, dentro de tantas outras possibilidades de áreas de atuação, que dizem respeito ao mundo do trabalho e suas transformações atuais. Uma das maiores preocupações é com a perda de postos de trabalho substituídos e/ou superados pela inteligência artificial aplicada.

Em análise sobre a China e o Estados Unidos da América, Kai-Fu Lee<sup>15</sup> diz que a revolução da evolução artificial está inaugurando uma era de forte aumento da produtividade e de perturbações generalizadas nos mercados de trabalho com “grandes efeitos sociopsicológicos nas pessoas – à medida que a inteligência artificial tomar conta dos empregos humanos em toda as indústrias”.

---

<sup>14</sup> KAI-FU, Lee. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 105, 106 e 108.

<sup>15</sup> KAI-FU, Lee. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 18.

Além da perda de postos de trabalho e das mudanças na forma de trabalho dos trabalhadores que permanecerem, a inteligência artificial pode influir no controle da jornada de trabalho e na privacidade da pessoa do trabalhador. Conforme adverte Alvaro Sanchez Bravo<sup>16</sup> as modernas tecnologias permitem espiar de maneira mais eficaz, mais global e mais intrusiva. Isso se aplica as relações de trabalho. São algumas das muitas questões que envolvem a matéria.

Os reflexos das novas tecnologias no ambiente de trabalho, na atualidade, possuem muito mais perguntas do que respostas, tendo em vista que ainda sabe-se muito pouco acerca dos possíveis riscos e impactos à saúde humana e ambiental de muitas das novas tecnologias.

Para a avaliação desses impactos é necessário que sejam desenvolvidas pesquisas com objetivo de identificar, em relação a cada tipo de nova tecnologia ainda não catalogada utilizada no meio ambiente de trabalho, pelo menos: suas propriedades físico-químicas; seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente, entre os quais o meio ambiente de trabalho; sua toxicidade ambiental: e sua toxicidade com relação aos seres humanos.

Nesse contexto é fundamental o prévio, adequado e reiterado treinamento dos empregados para lidar com as inovações tecnológicas. A essa questão deve ser conjugada, numa visão mais ampla do fenômeno, a existência de uma efetiva proteção a saúde e a segurança do trabalhador e de uma atuante representação sindical<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías. In: *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. BAEZ, Narciso Leandro Xavier, et al [Orgs.]. Joaçaba, Unioesc, 2015, p. 65.

<sup>17</sup> WOLFANG, Daubler. In *O mundo do trabalho - Crise e mudança no final do século*. São Paulo: Scritta, 1994, p. 43.

Para que o Direito do trabalho permaneça na sua função de elevação da dignidade dos trabalhadores, é preciso um consenso mínimo sobre sua importância na esfera pública, e não exclusivamente privada. Relações de Trabalho com dignidade são também um interesse do Estado, para diminuir tensões sociais e diminuir o peso das prestações previdenciárias<sup>18</sup>.

Existe também o interesse do próprio sistema econômico capitalista, pois o Direito do Trabalho funciona como regulador indireto da concorrência e competitividade das empresas, além de ser um poderoso elemento motivador para ganhos de produtividade.

Do encontro dos interesses públicos e privados é que surge o consenso da necessidade de um direito que regule com eficácia as relações de trabalho num novo ambiente de trabalho repleto de novas tecnologias das quais muito pouco se conhece sobre muitos dos seus potenciais reflexos na saúde do trabalhador.

## **O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO EFETIVADO A PARTIR DA PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS E DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO**

O direito à saúde representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida<sup>19</sup>, não se constituindo uma proteção ao

---

<sup>18</sup> COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. *Direito do Trabalho - I*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 40.

<sup>19</sup> Conforme esclarece Hesse entre os direitos fundamentais há uniões sistemáticas, na medida em que podem se associar numa relação de especialidade, “quando um direito fundamental concretiza as garantias de outro direito fundamental”, relação que o autor define como de “coordenação material”<sup>19</sup>. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 245.

trabalhador em si mesmo, mas sim uma proteção ao cidadão. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 196<sup>20</sup>).

Não obstante, a condição de trabalhador, dentro das condições específicas da prestação de trabalho, enseja um tratamento jurídico especial, mais detalhado do que a proteção jurídica dada a qualquer cidadão. Proteger a vida, a saúde e dignidade são ideais perseguidos de um modo geral para toda a cidadania, contudo adquirem um matiz especial no tocante ao trabalho, em função das condições de risco em que se encontram determinadas atividades laborais. Por essa razão, o tema da saúde do trabalhador foi elevado ao nível constitucional no Brasil<sup>21</sup>, tanto no que diz respeito às proteções aos riscos inerentes ao trabalho quanto no que tange à seguridade social e às indenizações decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.<sup>22</sup>

Essa matéria ganha importância quando relacionada aos efeitos das novas tecnologias presentes na sociedade de risco, pois muitos dos supostos efeitos são ainda desconhecidos.

Outrossim, quando a Constituição Federal dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art.

---

<sup>20</sup> CF, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>21</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, em especial p. 7, mai.2010.

<sup>22</sup> CF, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

225<sup>23</sup>) está se referindo ao meio ambiente em sentido amplo, contemplando a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o trabalho.<sup>24</sup>

Reconhecendo a importância e as peculiaridades do meio ambiente do trabalho a Constituição Federal expressa no artigo 200, VIII, quando estabelece que uma das atribuições do sistema único de saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho.<sup>25</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito no que diz respeito à proteção à saúde do trabalhador. De um sistema exclusivamente privatista – no início do séc. XX – chegou-se a um sistema misto com normas de obrigação pública e normas de obrigação privada, que dão uma razoável proteção no que diz respeito a benefícios de natureza previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade laboral. Por outro lado, as Normas Regulamentadoras do Poder Executivo, exercendo competência derivada da lei, atuam fortemente na prevenção de acidentes e na criação de uma consciência de meio ambiente de trabalho.<sup>26</sup> Assim, a preocupação com a saúde dos trabalhadores deixou de ser

---

<sup>23</sup> CF, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>24</sup> PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 32.

<sup>25</sup> SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

<sup>26</sup> Para um estudo aprofundado sobre a evolução normativa sobre o tema da proteção do meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado ver: PADILHA, Norma Sueli. *Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador*. In: *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 507; ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil)*. *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, mai.2010.



assunto exclusivamente privado, discutido apenas entre empresas e trabalhadores, para também ser uma questão de interesse coletivo, por meio da intervenção do Estado tutelando pela via legislativa o trabalho e a saúde dos trabalhadores de forma específica, conforme ressalta Francisco Rossal de Araújo<sup>27</sup>.

De acordo com Norma Sueli Padilha<sup>28</sup> que houve uma mudança de perspectiva normativa: da proteção da saúde do trabalhador (desde a afirmação do Constitucionalismo Social a partir da Constituição Mexicana de 1917) para a proteção do meio ambiente do trabalho, principalmente em decorrência da influência exercida pelas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho que trata do tema segurança e saúde do trabalhador, destacando o avanço marcante dado pela Convenção n. 155 da OIT que se refere especificamente à segurança e saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho (aprovada em Genebra em 22.06.1981, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992 e promulgada por meio do Decreto 1.254/94<sup>29</sup>).

A saúde é considerada um direito fundamental no Brasil, assim prevista pela Constituição Federal de 1988 (art. 6º<sup>30</sup>), fruto de uma

---

<sup>27</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, em especial p. 12, mai.2010.

<sup>28</sup> PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 507.

<sup>29</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 273.

<sup>30</sup> CF, art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

longa luta e ampliação de consciência, que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional<sup>31</sup>.

De acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Um determinado direito é fundamental “não apenas pela relevância do bem jurídico tutelada em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais”, conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>32</sup>.

É por essa razão que um direito pode ser fundamental em um país e não ser em outro. Todavia, isso não significa dizer que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formalista ou mesmo nominal, como sendo apenas os direitos expressamente consagrados como tais, o que leva ao tema

---

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37. Para o estudo da perspectiva histórica dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das dimensões dos direitos fundamentais ver p. 36-57; Nesse sentido é a proposta de Zagrebelsky, reconduzindo o Estado Constitucional ao direito “miite”, “dúctil”, maleável, moldável, fluído, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007, p. 17-18).

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.76; Sobre a exigibilidade em juízo (“justicialidade”) dos direitos fundamentais a prestações positivas do Estado ver TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-155.

da abertura material do catálogo de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro.

Da norma contida no parágrafo 2º do art. 5º da CF de 1988<sup>33</sup>, seguindo a tradição do nosso direito constitucional republicado, desde a Constituição de fevereiro de 1891, pode-se extrair o entendimento de que, “para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”<sup>34</sup>.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>35</sup> todos os direitos dos trabalhadores expressa ou implicitamente positivados pelo texto constitucional são direitos fundamentais.

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio está dentro do catálogo de direito e liberdades positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista - o direito à vida e à integridade física da pessoa

---

<sup>33</sup> CF, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.76. Nesse sentido, ainda que a luz de norma semelhante contida na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991, p. 539.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal. In: *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20-28.

humana do trabalhador (art. 5º<sup>36</sup>, direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões) – quanto ao seu aspecto social/coletivo/transindividual: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio (direitos fundamentais de terceira dimensão<sup>37</sup>). Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador), no art. 7º, XXVIII.<sup>38</sup>

O Brasil além de ter elevado o direito à saúde do trabalhador à condição de direito fundamental por disposição expressa da Constituição, também o considera como direito humano, ao ser signatário das principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema<sup>39</sup>.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>40</sup> os direitos sociais, e expressamente o direito à saúde e os direitos dos trabalhadores,

---

<sup>36</sup> CF, art. 5: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

<sup>37</sup> Os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade, conforme COIMBRA, Rodrigo. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: Hs Editora, n. 16, p. 64-94, jul./set. 2011.

<sup>38</sup> Nesse sentido, o direito ao meio ambiente de trabalho saudável, essencial à sadia qualidade de vida do trabalhador, pode ser reconhecido como materialmente um direito fundamental, conforme SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 81.

<sup>39</sup> Convenções: 102, 113, 115, 119, 120, 124, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 159, 161, 163 e 182.

<sup>40</sup> “Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados), já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, <sup>20</sup> surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional

são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e direitos humanos pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana<sup>41</sup> e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, possuindo titularidade individual e coletiva (assim como difusa) em relação de coexistência e complementariedade.

Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ainda que essa vinculação não seja exclusiva), que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva

---

dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada, muito embora também esteja em causa a tutela de indivíduos integrantes de determinados grupos de pessoas em situação de desvantagem social, econômica e cultural” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, p. 13-39, em especial p. 19, set. 2011).

<sup>41</sup> Nesse sentido, Rubia Zanotelli de Alvarenga, defende que os direitos trabalhistas ligados diretamente à dignidade da pessoa humana têm natureza de direitos humanos (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 43 e 172); Especificamente em relação ao meio ambiente do trabalho equilibrado como direito humano e fundamental do trabalhador ver PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 517-524; Cabe observar que essa matéria não é pacífica na doutrina. Vicente de Paulo Barreto sustenta que os direitos humanos têm a ver com a defesa da liberdade do indivíduo contra as arbitrariedades do poder do Estado e que a dignidade humana situa-se noutra plano epistemológico tendo por essência a humanidade: “A dignidade humana situa-se no cerne da luta conta o risco de desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecno-ciência e do mercado. O inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo”. A partir disso conclui que “a dignidade humana encontra-se fora da esfera dos direitos humanos” (BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 66 e 68).

subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres<sup>42</sup>, como no caso estudado no presente trabalho.

No que tange ao aspecto transindividual difuso do meio ambiente do trabalho propõe-se o seu estudo a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais, a fim de dar maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade<sup>43</sup>.

A regra que dispõe sobre a proteção dos riscos inerentes ao trabalho tem caráter prospectivo (art. 7º, XXII, CF), pois se constitui um comando para o legislador futuro observar em termos de desenvolvimento normativo<sup>44</sup>, não obstante nenhuma norma Constitucional seja puramente programática ou prospectiva, sempre possuindo um mínimo de eficácia. Assim, a palavra “risco” pode ser interpretada como a adoção de uma postura mais objetiva em relação às consequências dos acidentes de trabalho. Senão, o legislador constituinte poderia ter redigido “proteção contra os danos inerentes ao trabalho”, e não “proteção contra os riscos inerentes ao trabalho”. Esse segundo tipo de interpretação tem sido utilizado para confrontar a teoria objetiva da reparação do dano com a teoria subjetiva, calcada no art. 7º, XXVIII, da mesma Constituição.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 141.

<sup>43</sup> Para um estudo aprofundado dos direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ver COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117-138, jul.-set 2013.

<sup>44</sup> Nesse sentido BRANDÃO, Cláudio. *ob. cit.*, p. 108.

<sup>45</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, em especial p. 14, mai.2010.

Sublinhe-se que a redução dos riscos inerentes ao trabalho prevista na Constituição preconiza não somente a redução quantitativa dos riscos, mas a eliminação dos agentes nocivos, explicitando um princípio de proteção à saúde do trabalhador, representando a concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana de modo evitando a sua degradação.<sup>46</sup>

A busca pela redução de riscos para a saúde laboral é anterior à promulgação da Constituição de 1988 e que hodiernamente convencionou-se denominar a matéria de “Direito Ambiental do Trabalho”<sup>47</sup> ou “meio ambiente do trabalho”<sup>48</sup>.

A busca pela redução de riscos para a saúde laboral é anterior à promulgação da Constituição de 1988 e que hodiernamente convencionou-se denominar a matéria de “Direito Ambiental do Trabalho”<sup>49</sup> ou “meio ambiente do trabalho”<sup>50</sup>.

A saúde do trabalhador e o meio do ambiente de trabalho equilibrado são direitos fundamentais, todavia devem ser efetivados na forma mais ampla. A reparação dos danos ao trabalhador e a punição das empresas é apenas um meio de se cumprir o comando da norma constitucional, mas não é o melhor. Políticas públicas preventivas contra riscos no ambiente de trabalho são muito mais eficazes. Não basta a criação de normas ou de teorias que visem

---

<sup>46</sup> BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 1, p. 24-29, jan. 2010;

<sup>47</sup> Por exemplo: STURMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

<sup>48</sup> Por exemplo: PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002, p. 32.

<sup>49</sup> STURMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65.

<sup>50</sup> PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 32.

reparar os danos causados ao trabalhador, o melhor é que tais danos não ocorram.<sup>51</sup>

Na trilha atual de reaproximação entre o direito material e processual<sup>52</sup>, ainda que em planos claramente distintos (ou seja, autônomos, mas relacionados), a jurisdição coletiva trabalhista precisa avançar rumo ao desiderato de concretização da Constituição e dos direitos fundamentais<sup>53</sup>, não obstante já atenda a uma das mais profundas diferenças entre o Judiciário do Estado liberal e o Judiciário do Estado Constitucional: não mais somente a de resguardar os direitos subjetivos, mas a de concretizar o Direito objetivo, bem como criá-lo, regulamentá-lo e estendê-lo.

Nesse sentido, em relação ao aspecto difuso do meio ambiente do trabalho propõe-se que seja efetivado a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais e da concretização do Direito objetivo, concentrando-se ações nas medidas ligadas a precaução e a prevenção dos danos ao meio ambiente de trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integridade física e mental dos trabalhadores expostos as novas tecnologias somente poderão ser alcançadas com a efetividade do direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado e sadio que concretize o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>51</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, em especial p. 31, mai.2010.

<sup>52</sup> TESHEINER, José Maria. Reflexões Politicamente Incorretas sobre Direito e Processo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, Jun. 2008, nº 110, p. 192; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 395-396; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 384; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 254-258.



Frente a essa realidade, cabe ao empregador que utilizar novas tecnologias e inteligência artificial em sua produção, considerar o trabalhador que está direta e habitualmente exposto aos riscos potenciais, tomando as medidas necessárias, dentre as conhecidas, para preservar a saúde destes e agir sempre sob o manto da precaução.

Além da participação comprometida de empregados e empregadores no desiderato de manter um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, o Estado precisa intervir de modo adequado e efetivo em termos de conscientização, regulamentação e fiscalização.

O princípio da precaução é (e deve ser) um forte aliado na busca da efetivação do direito à saúde e ao meio ambiente adequado, impondo-se a utilização deste princípio frente à falta de legislação específica, de modo que se preserve a integridade da saúde dos envolvidos e do meio ambiente, e assim, garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor do nosso sistema jurídico.

O meio ambiente do trabalho de um lado constitui-se em parte do meio ambiente em sentido amplo e como tal recebe a incidência de princípios e regras de Direito Ambiental no que tange a proteção do ser humano trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa, e de outro lado, recebe a incidência dos princípios e regras de Direito do Trabalho no que concerne as relações havidas entre o empregado e empregador, enquanto sujeitos do contrato de emprego.

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu no que diz respeito à proteção à saúde do trabalhador. De um sistema exclusivamente privatista chegou-se a um sistema misto com normas de obrigação pública e normas de obrigação privada, que dão uma razoável proteção no que diz respeito a benefícios de natureza

previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade laboral. Da proteção da saúde do trabalhador evoluiu-se para a proteção do meio ambiente do trabalho. Todavia, as normas existentes não são adequadas para as novas tecnologias.

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio no Brasil é um direito fundamental e humano, pois além de estar previsto expressamente na Constituição Federal no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, é reconhecido pelas normas internacionais, destacando-se o avanço marcante dado pela Convenção n. 155 da OIT que se refere especificamente à segurança e saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho prevista na Constituição (art. 7º, XXII), preconiza não somente a redução quantitativa dos riscos, mas a eliminação dos agentes nocivos, explicitando um princípio de proteção à saúde do trabalhador, representando a concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana de modo evitando a sua degradação. A saúde do trabalhador e o meio do ambiente de trabalho equilibrado são direitos fundamentais no Brasil e precisam ser efetivados na forma mais ampla.

Nesse sentido, em relação ao aspecto difuso do meio ambiente do trabalho propõe-se que seja efetivado a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais e da concretização do Direito objetivo, concentrando-se ações nas medidas ligadas a precaução e a prevenção dos danos ao meio ambiente de trabalho.

## **REFERÊNCIAS**

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos. São Paulo: Ltr, 2009.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). Justiça do Trabalho, n. 317, p. 7-32, mai.2010.

BAIARDI, Amílcar; MENDES, Janúzia. Inovação tecnológica e trabalho: evolução e um breve enfoque sobre a contemporaneidade do relacionamento. Disponível em: <[http://www.sep.org.br/artigo/9-congresso\\_old/ixcongresso60.pdf](http://www.sep.org.br/artigo/9-congresso_old/ixcongresso60.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2020.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías. In: O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais. BAEZ, Narciso Leandro Xavier, et al [Orgs.]. Joaçaba, Unioesc, 2015.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 1, p. 24-29, jan. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1993.

COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos direitos com objeto difuso. São Paulo: Ltr, 2015.

\_\_\_\_\_. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. In: Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre: Hs Editora, n. 16, p. 64-94, jul.-set. 2011.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, Francisco Rossal de. Direito do Trabalho – I. São Paulo: Ltr, 2014.

\_\_\_\_\_. BASTOS, João Rafael Gabbi Bastos. Terceirização de serviços e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública após a decisão do STF no RE 760.931. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípio de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2010.

FILAS, Rodolfo Capón. Trabajo y globalizacion propuesta para una praxis popular alternativa. Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS, ano 18, n. 205, jan. 2001.

KAI-FU, Lee. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MALLET, Estevão. Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. O pluralismo do Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber.

SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios do Direito do Trabalho. Tradução de Wagner Giglio. 3.ed. São Paulo: Ltr., 2000.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Adelson Silva dos. Fundamentos do direito ambiental do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: A globalização e as ciências sociais. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. Revista de Processo. São Paulo, v. 199, p. 13-39, set. 2011.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Jose Afonso da. Direito ambiental constitucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STURMER, Gilberto. Direito constitucional do trabalho no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT e outros Tratados. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2007.

\_\_\_\_\_;... [et al.]. Instituições de Direito do Trabalho. 20.ed. São Paulo : Ltr, 2002, v.1.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESHEINER, José Maria. Reflexões Politicamente Incorretas sobre Direito e Processo. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, nº 110, jun. 2008.

WOLFANG, Daubler. In O mundo do trabalho - Crise e mudança no final do século. São Paulo: Scritta, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 2007.

## EPÍLOGO

Como director de "Alma Mater", me encuentro en el honorífico lugar de escribir el epílogo de "LIBER AMICORUM", un libro que es un crisol de ideas y reflexiones, un testimonio de la diversidad y profundidad del pensamiento académico. Este volumen, dirigido por Álvaro Sánchez Bravo y coordinado por Ramón López Fuentes, es un homenaje "in memoriam" al Profesor Doctor Félix Salvador Pérez, un académico cuyo legado trasciende su campo de estudio.

Aunque muchos de los participantes, incluyéndome a mí, no tuvimos la oportunidad de conocer personalmente al Profesor Salvador Pérez, su influencia es innegable. A través de las conversaciones y los escritos de aquellos que tuvieron la suerte de trabajar con él, como el propio director y coordinador de este compendio, he llegado a apreciar la profundidad de su conocimiento, su pasión por la enseñanza y su compromiso con la excelencia. Su legado es un faro de inspiración para todos nosotros en el mundo académico.

"LIBER AMICORUM" es un reflejo de la diversidad de intereses y la profundidad de conocimientos que caracterizan al mundo académico. Cada capítulo, escrito por renombradas personalidades universitarias, aborda un tema distinto, desde la secuencia completa del genoma humano hasta reflexiones sobre la Doctrina Social de la Iglesia. Pero más allá de los temas académicos, este libro es un recordatorio de la humanidad que subyace en la búsqueda del conocimiento.

En nombre de "Alma Mater", y en mi propio nombre, quiero expresar nuestra profunda gratitud a Álvaro Sánchez Bravo y a Ramón López Fuentes por su labor en este proyecto. Su dedicación y esfuerzo han hecho posible este merecido homenaje al Profesor Salvador Pérez. Álvaro, que sí tuvo la fortuna de conocer y trabajar con él, ha llevado a cabo la labor de dirección de este libro con un profundo respeto y admiración.

Este libro es más que una colección de textos académicos; es un homenaje a la pasión por el conocimiento y a la dedicación a la enseñanza que caracterizaban al Profesor Salvador Pérez. Y aunque él ya no está con nosotros, su legado perdura, inspirando a futuras generaciones de académicos y estudiantes.

En memoria del Profesor Doctor Félix Salvador Pérez, y para que su legado perdure.

Iván Parrilla y Rojas  
Director General de Alma Mater



ISBN 979-88-51535-93-2



9 798851 535932 >

*Alma mater*