

Álvaro Sánchez Bravo (Director)

Laborum et Scientiae

Libro homenaje al Profesor
Dr. Juan Raso Delgue



am

Álvaro Sánchez Bravo (Director)

LABORUM ET SCIENCIAE

Libro homenaje al
Prof. Dr. Juan Raso Delgue

LABORUM ET SCIENTIAE

Libro homenaje al Prof. Dr. Juan Raso Delgue
VV. AA.

Editado por:

Editorial Alma Mater

Paseo de las Delicias, 30, 2º. Madrid (España)

info@editorialalmamater.com

www.editorialalmamater.com

Impreso en España

ISBN: 979-83-70272-04-2

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

PRÓLOGO	9
PREFÁCIO.....	13
LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS	
Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer.....	17
DUMPING LABORAL, COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO: A PROPÓSITO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE	
Alejandro Castello.	39
LA DESOCUPACIÓN Y EL SEGURO DE DESEMPLEO. A CUATRO DÉCADAS DE SU PUBLICACIÓN	
Álvaro Rodríguez Azcúe.....	57
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SALUD, TRABAJO Y DESIGUALDAD	
Álvaro Sánchez Bravo.....	67
CIBERMIGRANTES. HACIA LA GARANTÍA GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	
Amalia De La Riva López.....	83
TEMPOS CURIOSOS, PANDEMIA, PROTEÇÃO DE DADOS E O COMPLIANCE TRABALHISTA	
André Jobim De Azevedo.....	103
RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS EM FACE DA SAÚDE AMBIENTAL/DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO	
Celso Antonio Pacheco Fiorillo.....	117
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO EXIGENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE CIUDADANÍA ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988	
Clovis Gorczewski	143

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL Y SU COMPATIBILIDAD CON EL EMPLEO. UN ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL INGRESO MÍNIMO VITAL ESPAÑOL	
David Vila-Viñas	157
REPENSANDO LA DISCIPLINA JURÍDICO LABORAL: DEL TELETRABAJO AL METAVERSO	
Esperanza Macarena Sierra Benítez	179
LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: UN MODELO DE NEGOCIO PRECARIO PARA EL MERCADO LABORAL	
Federico Rosenbaum Carli	197
LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MATERIA LABORAL (ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN URUGUAYO)	
Felipe Rotondo	219
LA PAZ COMO IMPERATIVO ÉTICO: EL PROYECTO IRENISTA- COSMOPOLITA DE IMMANUEL KANT Y JÜRGEN HABERMAS	
Fernando H. Llano Alonso	245
MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL	
Gilberto Stürmer	277
LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE TELETRABAJO EN URUGUAY	
Gustavo Gauthier	299
BREVE DIAGNÓSTICO CRÍTICO ACERCA DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA	
Jesús Ignacio Delgado Rojas	341
REPENSANDO EL ALCANCE APLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO	
Jorge Rosenbaum Rimolo	351
GLOBALIZAÇÃO E RETROTOPIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DE ZYGMUNT BAUMAN	
José Alcebiádes de Oliveira Junior	379

TRIBUTACIÓN Y CAMBIOS CLIMÁTICOS EN BRASIL	
Marciano Buffon.....	391
NORMATIVA “DESAFINADA” PARA LOS MÚSICOS DE ORQUESTA SINFÓNICA	
Ma Carmen Aguilar del Castillo.....	405
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI	
Miguel Rodríguez-Piñero Royo.....	427
LA PROBLEMÁTICA DE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL METAVERSO	
Nuria Bellosó Martín.....	441
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES LABORAIS	
Paulo de Pauli.....	463
¿NUEVOS PARADIGMAS LABORALES?: ¿HACIA UNA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DEL TRABAJO DE CONSTRUCCIÓN “CONCEPTUALMENTE” TRANSNACIONAL?	
Ramón López Fuentes.....	483
NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL	
Rodrigo Coimbra.....	503
LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN BRASIL	
Temis Limberger.....	523

LABORUM ET SCIENCIAE

Libro homenaje al
Prof. Dr. Juan Raso Delgue



PRÓLOGO AL LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JUAN RASO

Esperanza Macarena Sierra Benítez.

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla.

Cuando comienzo a escribir este prólogo para el libro homenaje al profesor Juan Raso, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República (Uruguay), coordinado por el Dr. Álvaro A. Sánchez Bravo, leo en el diario *La República* de 11 de noviembre de 2022 que en Colonia del Sacramento se ha comenzado a construir una nueva metrópoli tecnológica, la primera *smart city* en Latinoamérica: +Colonia, una moderna urbe en un espacio que comprende 500 hectáreas (unos 5 kms.), con un bosque de pinos centenarios, playas de arenas blancas que dan al río de la Plata, dos canteras y una laguna. En este complejo moderno se espera alojar a unos 30.000 habitantes en total, en su mayoría jóvenes o parejas sin hijos que trabajen en diversos ámbitos tecnológicos como, por ejemplo, los de las *Fintech*, *gaming*, criptomonedas o *blockchain*. Para ello se van a construir instituciones educativas, negocios, centros médicos y comercios.

Esta noticia viene a colación a propósito de la investigación que el profesor está liderando a nivel mundial en torno a las relaciones laborales en la sociedad digital. Sobradamente conocido es “El blog de Juan Raso. Un espacio independiente de la información y debate en torno a las relaciones laborales” y su publicación a principios del año 2022, *Trabajar en el Metaverso*, realizando una descripción crítica sobre la realidad inminente en torno a las relaciones laborales en ese espacio virtual. Como es costumbre, en este año el profesor Raso ha participado como invitado en foros, congresos y seminarios internacionales para abordar esta temática y, en general, todas aquellas relacionadas con la investigación de las relaciones laborales en el siglo XXI, tanto en Latinoamérica como

en la Unión Europea. En su último post, *RRL 2022: Balance y perspectivas*, elabora hábilmente esta materia desde las tres perspectivas posibles: el “antes”, la “pandemia” y el “ahora y las perspectivas”, y realiza una defensa de la buena salud de la democracia, partiendo de la idea de que “vivimos un sistema particularmente dinámico de las relaciones laborales, en el que éstas se entrecruzan con la economía y la política”.

Me atrevería a decir que en la actualidad el profesor Raso se encuentra en el mejor momento de su dilatada carrera investigadora, profesional y académica, ya que se ha convertido en un sabio comunicador de su especialidad en el siglo XXI. Todas las personas estudiosas de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de nuestra comunidad iberoamericana conocemos esta trayectoria, por lo que entiendo que no es necesario abordarla. Lo que de verdad me interesa destacar en este prólogo es a esa persona que investiga, trabaja y transmite el conocimiento. El profesor Raso es alguien a quien admiro y respeto, e incluso me atrevo a llamar amigo, en una profesión que a veces resulta muy solitaria e individual. Uno de los momentos inevitables de la investigación es ese trabajo arduo y solitario, que deja de serlo cuando podemos transmitir los resultados de la investigación en foros con amigos, conocidos y profesionales.

En uno de esos momentos tuve la oportunidad de compartir con el profesor Raso una estancia en España a propósito de un congreso internacional que se celebraba en la Universidad de Granada y que organizaba una querida amiga, la Dra. Martha Monsalve, inmejorable embajadora de Colombia por el mundo. El profesor Raso estuvo unos días en Sevilla, y el profesor Sánchez Bravo y yo tuvimos la gran fortuna de pasearnos con él por esta bella ciudad riendo, charlando y debatiendo sobre cuestiones cotidianas y sobre el gran cambio en el mundo de las relaciones laborales. Estuvimos en el barrio de Santa Cruz, en los alrededores de la Catedral, la Plaza de España y, en general, en los sitios más emblemáticos de la ciudad. El profesor Raso ya conocía Sevilla, pero no las nuevas dependencias de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, las

cuales visitamos. Lo curioso fue una petición que me hizo: “Macarena. Me gustaría conocer el comedor de la Universidad. Es algo que no existe en mi país”. Así que desde la nueva sede de Viapol de la Universidad de Sevilla cogimos el tranvía camino al Rectorado, antigua sede de Derecho y edificio histórico de la ciudad que en su origen fue la Real Fábrica de Tabaco. Ese fue uno de los momentos más especiales de su visita: almorzar en el comedor del Rectorado, en las viejas dependencias de la Facultad de Derecho, en cuyas aulas y antigua cafetería generaciones de profesionales han vivido uno de los acontecimientos históricos más importantes de la vida política reciente de mi país: la “transición española”. La Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla fue un lugar de encuentros que contribuyó de forma decisiva a la restauración de la democracia en España.

Al pensar en Uruguay me viene a la memoria uno de los momentos más emotivos de mi carrera: mi participación en el acto de clausura del II Congreso Mundial de Cielo Laboral en el impresionante Paraninfo de la Universidad de la República. El profesor Raso estaba allí, junto a otros grandes investigadores latinoamericanos y europeos, como “ángel de la guarda”, la guarda del saber estar, saber ser y saber compartir. Gracias, Juan Raso, por tu amistad y por tus aportaciones en el campo de la ciencia jurídica. Salud, derecho y sentido común. Seguimos en contacto...

PREFÁCIO

Foi com muita alegria que recebi o convite do querido amigo Álvaro Sanchez Bravo, Professor da Universidade de Sevilla, Espanha, o convite para contribuir com um texto desse livro em homenagem ao também querido amigo, Juan Raso Delgue, Catedrático da Universidad de la República, Uruguai.

Mais do que contribuir com um artigo, dentre tantos e tão valerosos amigos e professores, o Professor Álvaro me distinguiu para prefaciar a obra. O livro é patrocinado pela Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, presidida pelo Professor Álvaro, e pela Editora Universitária Alma Mater de Punto Rojo Libros.

O Professor Juan Raso Delgue, amigo de longa data e confrade internacional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, é um expoente mundial da área laboral. Tive oportunidade de dividir eventos com o Professor Juan, bem como de recebê-lo na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, em congressos internacionais.

Juan é catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e, também, de Teoría de las Relaciones Laborales da Faculdade de Direito da Universidad de la República - Uruguai. Além de membro internacional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, o Professor Raso Delgue é membro da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e da Seguridad Social.

Entre tantos títulos no seu vasto currículo, o Professor Juan Raso trabalha na graduação e da pós-graduação, tendo defendido a tese “La Desocupación y el Seguro de Desempleo”, em 1982.

Desempenhou diversos cargos ligados ao Direito do Trabalho, tais como Coordenador da Carreira de Relações Laborais da Faculdade de Direito, Diretor do Instituto de Direito do Trabalho e

Seguridade Social, Membro Titular do Conselho da Faculdade de Direito, entre outros importantes atividades.

Tem atividades de investigação para além da docência, desenvolvendo as metodologias de educação semi-presencial, bem como temas de extensão universitária.

É autor de diversos livros na área trabalhista, tais como “Derecho del Trabajo T. II” (2012), “Derecho del Trabajo T. I” (2012), “La contratación atípica del trabajo” (2009), “La prescripción laboral” (2007), “La desocupación y el seguro de desempleo” (1983), “La Seguridad Social em el Uruguay” (1984), entre outros.

O Professor Juan Raso também é autor de dezenas de artigos, entre os quais se destacam “El sistema Uruguayo de relaciones laborales, entre autonomia y negociación” (Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012), “El Derecho del Trabajo y las nuevas tecnologías” (Isla Margarita, Venezuela, 2011), “Las transformaciones em el mundo del trabajo y los desafios del movimiento sindical” (2008), “Los cyber-derechos em el ámbito laboral Uruguayo” (Revista Derecho Social Latinoamerica, 2006), entre outros.

Destacam-se, ainda, a sua atuação como professor convidado no Uruguai, Argentina, Brasil, Chile, além de outros países latino-americanos, bem como europeus. O Professor Juan Raso é membro do grupo de investigação de “Derecho Laboral” fundado pelo Mestre Américo Plá Rodriguez, editor da Revista Relaciones Laborales (Uruguai), Consultor da OIT em matéria de emprego, formação profissional e negociação coletiva, além de membro do conselho editorial de diversas revistas internacionais na área de Direito do Trabalho.

Não fossem apenas as qualidades acadêmicas, o professor e amigo Juan Raso Delgue é um ser humano afável e de grande generosidade. É amigo dos seus amigos, companheiro de jornadas

acadêmicas e de eventos sociais decorrentes das mesmas, Juan é grande companhia em qualquer circunstância.

Por essas razões, mais uma vez me congratulo com o Professor Álvaro, cumprimentando-o pela iniciativa de realizar tão merecida homenagem e convido aos leitores a desfrutarem dos textos que se seguem nas áreas de Direito do Trabalho, Novas Tecnologias e Filosofia do Direito.

Porto Alegre, novembro de 2022

Gilberto Stürmer

Professor Titular de Direito do Trabalho

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS

Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer.
Catedrático de Derecho del Trabajo.
Consejero Permanente de Estado.

LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

La publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción que declara trasponer la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones en el Derecho de la Unión es el primer paso para establecer una regulación legal que tendrá una incidencia muy directa en los contratos de trabajo, donde esa protección habrá de jugar principalmente.

Así lo reconoce la propia Directiva 2019/1937 cuando en su considerando 1 declara que “las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella, en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por *whistleblowers*) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de

proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes presenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes”.

Esta declaración reconoce la trascendencia laboral de esa Directiva cuyo objeto es la protección de trabajadores informantes, alertadores o denunciantes de “infracciones del Derecho de la Unión”, como medio de “reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión” (art. 1).

A tal objeto, la Directiva prevé un régimen protector de empleados que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en sus empresas precisando respecto al “informante”, que esa información sobre tales infracciones ha de ser obtenida “en el contexto de sus actividades laborales” (art. 5.1.7), definiendo, además, “el contexto laboral” como “las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información” (art. 5.1.9) Así mismo, al referir la represalia se refiere al contexto laboral donde que se pueden causar perjuicios injustificados al denunciante (art. 5.1.11).

La continua referencia al contexto laboral confirma el objeto laboral de la protección aunque esta protección persiga también una tutela de intereses públicos, asegurar el cumplimiento del Derecho y de las políticas de la Unión, para que los sistemas nacionales y de la Unión puedan detectar, investigar y enjuiciar más fácilmente determinadas infracciones de ese Derecho, reforzando su aplicación

efectiva y la realización de esas políticas “en ámbitos específicos” como precisa su art. 1.

El art. 2.1, que regula el ámbito material de la Directiva determina las infracciones del Derecho de la Unión que son objeto de la protección de las personas que informen de ellas. El apartado 1 a) contiene el listado de las materias objeto de protección (la contratación pública, a los mercados financieros en blanqueo de capital y la financiación del terrorismo, la seguridad de los productos, la protección del medio ambiente y frente a las radiaciones y seguridad nuclear, la seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, la protección de los consumidores, la protección de la privacidad y de los datos personales) remitiéndose a la parte I de su Anexo que contiene el listado de las normas reguladoras de esas concretas materias.

La letra b) de este art. 2 se refiere a infracciones que afecten a intereses financieros de la Unión, y la letra c) a las infracciones relativas al mercado interior, incluidas las normas en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados. El art. 3.1 establece que cuando en los actos sectoriales de la Unión enumerados en la parte II del Anexo se establezcan normas específicas sobre la denuncia de infracciones, se aplicarán dichas normas y que lo dispuesto en la Directiva será aplicable “en la medida en que un asunto no se rija obligatoriamente por los citados actos sectoriales de la Unión”. Eso supone la aplicación preferente de las normas establecidas al respecto en las directivas o reglamentos sobre servicios, productos y mercados financieros, prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad de transportes y protección del medio ambiente, materias en que la Directiva será aplicable cuando no rijan obligatoriamente la regulación sobre esa materia contenida en las directivas y reglamentos que se incluyen ese listado.

En el art. 2 no se han incluido infracciones del Derecho de la Unión relativas a Directivas de materia “social”, aunque buena parte de

ellas desarrollan derechos y principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la discriminación, la protección de la seguridad y salud laboral, el tiempo de trabajo, la protección de los créditos salariales, etc. Ello confirma que en el trasfondo de la Directiva existe, ante todo, un objetivo de tutela de los intereses públicos afectados por las normas de la Unión Europea que se incluyen en los Anexos, por medio de la protección efectiva de trabajadores y personas conexas que “denuncien” esas infracciones conocidas en el curso de su trabajo en una organización pública o privada, para evitar que sufran perjuicios por informar de ellas, especialmente en su condición de trabajadores, con vistas a facilitar el detectar, investigar y enjuiciar de manera efectiva infracciones de las incluidas en el ámbito material de la Directiva. La protección del informante incide así de forma positiva en asegurar la aplicación de determinadas normas del Derecho de la Unión, cuya infracción podría provocar graves perjuicios al interés público y al de los particulares.

La regulación eurounitaria establece una normativa aplicable indiferentemente al empleo privado y al empleo público. Fue en el sector del empleo público donde se gestó originariamente este tipo de regulación, de origen norteamericano y en favor de los empleados federales que luego se extendió a otros empleos públicos, y que se exportó a otros países anglosajones. Hasta hace poco, la legislación laboral para el empleo privado solo se había ocupado marginalmente de la protección de los informadores y esa protección se había centrado sobre todo frente al despido a causa de la información o denuncia, una cuestión que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tratado aplicando el art. 10 sobre la libertad de expresión¹.

¹ TEDH Sentencia Heinisch v. Germany (núm. 28274/08, 21 de julio de 2001), que se refiere a la importancia del Derecho de libertad de expresión del trabajador en materia de interés general y su derecho a informar de conductas ilegales o incorrectas en el lugar de trabajo.

Más tarde se ha planteado en los países europeos la necesidad de protección laboral de los trabajadores “informadores” frente a las represalias. En este proceso ya el Derecho de la Unión había adoptado ya algunas medidas al respecto que se relacionan en la parte II del Anexo. Ahora la Directiva 2019/1937 ha dado un paso importante para asegurar la protección frente a represalias de los trabajadores informantes cuando se trate de las infracciones del Derecho de la Unión en las materias que menciona su art. 2. La Directiva declara que “las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comuniquen con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales” siendo la razón para protegerles “su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales” (Considerando 36). En todo caso “la protección, en primer lugar debe aplicarse a la persona que tenga la condición de trabajador” (Considerando 38) que es el centro principal de atención de la Directiva.

A tal fin, la Directiva ha establecido un complejo sistema que no solo regula las medidas de protección necesarias para impedir las represalias a favor de las personas que trabajan y también de otras personas afectadas, y, además, para facilitar esas denuncias regula con detalle las formas de comunicación de las denuncias y el modo de seguimiento de las mismas.

A tal efecto distingue dos sistemas.

En primer lugar, a través de “denuncias internas”. Se trata de un sistema de información dentro de la organización pública o privada en que se trabaje y que opera de forma preferente como “principio general” “siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias” (art. 7.1. y 2). Este sistema prevé el establecimiento obligatorio para empresas de una cierta dimensión de un canal de comunicación que informe, de forma verbal o por escrito, sobre esas infracciones, regulando su recepción, con acuse

de recibo, su seguimiento y su forma de gestión, ya sea interna, compartida o gestionada por un tercero. El establecimiento de canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento por las entidades públicas o privadas se ha de hacer previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional, con el fin de facilitar a los trabajadores comunicar información sobre infracciones así como a otras personas en contacto con la entidad en sus actividades laborales. Esa obligación se establece para las entidades jurídicas del sector privado que tengan cincuenta o más trabajadores y a todas las entidades jurídicas del sector público (permitiendo que los Estados puedan eximir de esta obligación a los municipios de menos de 6000 habitantes o con menos de 50 trabajadores).

Junto a este sistema, la Directiva prevé en su Capítulo III la comunicación a través de canales que estarán a cargo de autoridades competentes para recibir las denuncias, darle respuestas y seguirlas. Esos canales han de ser independientes y autónomos para la recepción y el tratamiento de la información sobre infracciones, estableciéndose plazos breves para responder al denunciante y transmitir la información contenida en la denuncia a las instituciones competentes (art. 11), regulándose en el art. 12 de la Directiva el diseño de esos canales para garantizar su independencia y autonomía, y la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información. Se regula, además, la revelación pública cuando no se hayan tomado medidas después de denuncias por canales internos y externos y el deber de confidencialidad. Además, se protege la revelación pública de información teniendo en cuenta los principios democráticos, la transparencia y la libertad de expresión conforme a la jurisprudencia del TEDH (considerando 33).

La Directiva advierte de que la misma no debe afectar ni a los derechos ni a las normas nacionales sobre derechos de información y consulta y de negociación colectiva en defensa de los trabajadores, sin perjuicio de la protección que la misma ofrece (Considerando 29).

El Capítulo VI regula unas medidas de protección, que incluyen la prohibición de represalias, y unas medidas laborales de apoyo y de protección del denunciante y de su identidad, garantizando el acceso pleno al derecho a la tutela judicial efectiva. Por último, prevé sanciones efectivas proporcionales y disuasorias a las personas físicas o jurídicas que impidan la denuncia, adopten medidas de represalia, promuevan procedimientos abusivos contra los denunciantes o conculquen el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de éstos. También se prevé el establecimiento de sanciones al denunciante que hubiera revelado o comunicado públicamente información falsa a sabiendas.

La Directiva debería haberse transpuesto a más tardar el 17 de diciembre de 2021, lo que no se hizo y explica la tramitación urgente del Proyecto de Ley encomendada a la Comisión de Justicia del Congreso.

EL PROYECTO DE LEY Y LA EXTENSIÓN DE SU ÁMBITO

El Proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción ha transpuesto fielmente el sistema de protección establecido en la Directiva.

Regula en su Título II el sistema interno de información, y lo hace de forma separada para el sector privado y el sector público, y en su Título III el “canal externo de información de la autoridad independiente de protección del informante A.A.I.” cuyo régimen jurídico, organización y régimen sancionador establece de forma detenida el Título VIII. Por su parte, los Títulos IV, V, VI y VII se dedican, respectivamente, a la publicidad de la información y registro de informadores, a la revelación pública, a la protección de datos personales y a las medidas de protección, una regulación que se aplica tanto al informante a través del sistema interno o del canal externo de información.

La norma proyectada se refiere en su título a “infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”, sin referencia específica al Derecho de la Unión. Ello refleja que la misma ha ampliado el ámbito material propio de la Directiva al incluir, además de las infracciones especificadas en la misma, las “acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave” (art. 2.1 b) del Proyecto). Como afirma el dictamen 1361/2022 del Consejo de Estado, sobre el texto del Anteproyecto del actual Proyecto “el prelegislador español ha optado en la presente propuesta por ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1937, extendiendo los medios de protección en ella previstos no sólo a quienes informen sobre las infracciones de Derecho de la Unión Europea previstas en la citada norma europea, sino también respecto a otras infracciones de alcance estrictamente interno, en atención a la especial gravedad de lo informado”.

La Directiva se proclama en su art. 1.1 de “mínimos comunes” art, 1 en su art. 2.2 declara que la misma “se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1”. Esa facultad puede entenderse no como una delegación sino un respeto de la autonomía reguladora de los Estados miembros. Anima a los Estados a extender el diseñado sistema de protección, sin que ello implique propiamente una ampliación en nuestro ordenamiento del ámbito propio de la Directiva y, por ello, la sujeción de su aplicación en lo que no se refiera al Derecho de la Unión Europea ni se somete al control de las autoridades de las Unión ni a su interpretación por el TJUE, que no será competente en todo lo que no se relacione con las infracción del Derecho de la Unión, respetando la autonomía del legislador español.

Las personas objeto de protección por la ley proyectada son las que determina su art. 3 al regular el ámbito personal de aplicación. Se trata en concreto de “informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional”.

El artículo proyectado incluye en su lista, además de los empleados públicos o los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores autónomos, a los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, incluidos los miembros del ejecutivo y a cualquier persona que trabaje para contratistas, subcontratistas y proveedores. Además, incluye a los informantes sobre infracciones conocidas en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, los voluntarios, becarios, trabajadores en período de formación y aquellos cuya relación laboral no haya comenzado si la información sobre infracciones se obtiene durante el proceso de negociación precontractual.

Las medidas de protección se aplicarán también a los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante, a las personas físicas que en el marco de la organización en que trabaje el informante asistan al mismo en el proceso, los compañeros de trabajo o familiares del informante, y las personas jurídicas para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral en las que ostente una participación significativa. Esa delimitación del ámbito de aplicación personal sigue muy de cerca el listado del art. 4 de la Directiva, muy centrado así en el contexto laboral en el que se obtiene y en el que se comunica la información. No obstante la Directiva advierte que los Estados deben garantizar la protección “atendiendo a todas las circunstancias y no sólo a la naturaleza de la relación.

El sujeto central de protección es, como en la Directiva, la persona que trabaja, y en ese trabajo obtiene información sobre infracciones, aunque las medidas de protección del informante se extienden también a otras personas, los aspirantes, los extrabajadores, los representantes legales de trabajadores que asesoren y apoyen al informante, a los que les asistan en el proceso u otros relacionados con informantes e, incluso, ciertas personas jurídicas relacionadas con el informante. De ahí la relevancia jurídico laboral del Proyecto que se observa en el listado de prohibición de represalias

y las medidas de protección frente a represalias, como luego se verá.

También en el Derecho comparado la protección de los informadores está muy vinculada a medidas de protección en el curso del contrato de trabajo y, por ello, a la legislación laboral. Precisamente la disposición final sexta del Proyecto incluye como título competencial, entre otros, las competencias reconocidas al Estado por el art. 149.1.7 CE, o sea la legislación laboral. Se reconoce así que el Proyecto contiene también “legislación laboral”, ya que el complejo sistema de protección que establece se refiere a personas que informen sobre infracciones normativas en un “contexto laboral”, prestando servicios o trabajos en una organización productiva, y la protección del informante incluye la protección en su situación laboral.

Desde esa perspectiva, la protección de trabajador informante tiene cierta relación con la llamada garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales, denominada entre nosotros garantía o principio de indemnidad, y que encontró su base en los derechos fundamentales del trabajador. El Tribunal Constitucional desde el primer momento había declarado la nulidad y carencia de efectos de los despidos y demás actos o decisiones empresariales de represalia considerados discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, que ha hecho que un sector de la doctrina haya incluido la garantía de indemnidad “en el nivel del derecho a la tutela judicial efectiva”². Esa carencia de efectos de las medidas de represalia con lesión de derechos fundamentales, aplicada originariamente para la protección de la libertad sindical se ha venido extendiendo a otras muchas situaciones generalmente en relación con el despido, especialmente por una aplicación extensiva al caso de represalias por acciones judiciales del trabajador por el incumplimiento de la regulación laboral.

² ALVAREZ ALONSO, D. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”, Bomarzo, 2005, pág. 48.

Se trata de una garantía que protege a quien ejercita acciones judiciales o denuncias frente a su empleador, que se ha extendido más allá de la protección frente al despido y que se extiende a cualquier menoscabo en la situación profesional o económica en la empresa³. Por eso, junto con la referencia que el TEDH hace a la libertad de expresión en relación con las denuncias del trabajador, la protección frente a represalias ha podido encontrar algún encaje en las denuncias del trabajador por infracción en el seno de las empresas tanto de normativa laboral (arts. 21.4, 29.4, 40.1 LPRL) como de otras materias.

En general se ha tratado de la protección del trabajador frente a denuncias o acciones que le afecten personalmente y “pro domo sua” defendiendo sus propios derechos o intereses. La Directiva 2019/1937 respecto a las infracciones del Derecho de la Unión que relaciona, se propone la protección del denunciante que defienda “objetivamente” el respeto de ese Derecho, sean cual sean los motivos personales para hacerlo, y dadas el tipo de infracciones que incluye, en general las denuncias, no se realizarán para un personal o directo beneficio, posibilidad que, sin embargo, la propia Directiva no excluye. No obstante, el Proyecto en su art. 35.2 b) excluye expresamente de la protección prevista en el mismo a aquellas personas que comuniquen o revelen “informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación”.

El hecho de que la Ley proyectada haya extendido su ámbito material a infracciones penales o administrativas graves o muy graves de nuestro ordenamiento supone que se puedan incluir infracciones de normas laborales o de Seguridad Social. Esas infracciones pueden afectar también personalmente al denunciante, pero el art. 35.2 b) las excluye en cuanto esa afectación sea individualizada, que afecten “únicamente al informante”, pero no cuando esas informaciones estén vinculadas a reclamaciones laborales que

³ STC 204/2001

afecten a un conjunto de trabajadores entre los que se encuentre el propio informante. Por otro lado, es evidente la protección de los informantes que lo hagan en representación colectiva de los trabajadores, especialmente los sindicatos o los representantes legales en la empresa. Esa protección ya se deduce de la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical, del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia constitucional. En todo caso, algunas normas laborales contienen ya protección de los denunciantes.

Algunas de esas normas ya cuentan con alguna protección de los denunciantes. Ello se refleja en lo dispuesto en el proyectado art. 2.3 (“la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de lo establecido en su normativa específica”), un sin perjuicio que puede extenderse a la protección del trabajador por denuncias respecto a otras infracciones laborales del empleador que no afecten solo al denunciante.

EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN

El Proyecto ha seguido el esquema regulador de la Directiva distinguiendo entre lo que llama el sistema interno de información y el canal externo de información.

El Capítulo I del Título II del Proyecto contiene las disposiciones generales o reglas comunes sobre el sistema interno de información, destacando que es el “cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones”, e imponiendo que las personas jurídicas (ha de sobreentenderse que también las físicas titulares de empresas) obligadas por el texto legal dispondrán de un sistema interno de información (art.9).

Ese sistema interno de información, regulado en el art. 10 habrá de establecerse “previa consulta con la representación legal de los

trabajadores”. Sin embargo, la Directiva se refiere a los interlocutores sociales, es decir a los sindicatos, y prevé que el Derecho nacional puede prevé la consulta o el acuerdo. Aunque hay una frecuente sindicalización de la representación legal de los trabajadores, la Directiva parece obligar a una intervención directa de los sindicatos que no son mencionados a todo lo largo del Proyecto salvo para imponerles un sistema interno de información, tratando en lo demás de huir de toda referencia directa a ellos, hablándose incluso de asociaciones más representativas respecto a la composición de la Comisión Consultiva de protección del informante (art. 54.2 k).

En el art. 5, siguiendo a la Directiva, se determinan con detalle las funciones y características del sistema interno, su independencia, el respeto a la confidencialidad, incluida la identificación del denunciante y la protección de los datos personales, criterios que se exigen también a la externalización de la gestión de ese sistema interno (art. 6). No solo se asegura el acceso del informante a ese sistema, sino que, además, se prevé una información de su existencia clara y fácilmente accesible de estos sistemas a los trabajadores y asimilados, en un lugar visible y en el sitio web de la entidad.

La comunicación o denuncia de la infracción se realizará a través del llamado “canal interno de información”, regulado en el art. 7, y podrá ser de distinta forma, verbalmente (en cuyo caso se grabará o transcribirá) o por escrito. Ese canal interno podrá estar habilitado para recibir informaciones sobre materias distintas a las previstas en el art. 2 “si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la Ley”. Esta reserva no excluye la protección del informante que pueda dispensarse por la normativa laboral u otras (piénsese p. ej. los casos de acoso moral o sexual, de condiciones de trabajo abusivas, etc.).

Esas informaciones comunicadas habrán de ser objeto de una gestión o tramitación en la que la persona afectada tendrá derecho a que se le informe y que se respete su presunción de inocencia. Solo se prevé la información al Fiscal si los hechos comprobados pueden tener carácter delictivo (art.9). La regulación proyectada responde a la declaración del Considerando 57 de la Directiva, según la cual es crucial informar al denunciante en la medida de lo posible y más completa sobre el seguimiento de la denuncia, comunicándole en un plazo razonable de las acciones adoptadas para seguir la denuncia y los motivos para elegir dicho seguimiento, que puede incluir la remisión a otros canales o procedimientos cuando la denuncia afecte exclusivamente a los derechos individuales del denunciante, el archivo del procedimiento unido a faltas de pruebas suficientes u otros motivos, la puesta en marcha de una investigación interna y, en su caso, a sus resultados y a toda medida adoptada para abordar el problema planteado, incluida la remisión a una autoridad competente para proseguir la investigación.

El Proyecto, tras regular con detalle ese sistema interno de información, establece una regulación diferenciada según si ese sistema opera en el sector privado o en el sector público, sobre todo para determinar cuáles son las entidades obligadas a establecer esos sistemas.

En el sector privado lo serán, según el art. 10, las empresas que tengan contratados 50 o más trabajadores. Además, sea cual sea el número de trabajadores las entidades incluidas en el ámbito de la normativa sobre servicios financieros, prevención de blanqueo o financiación del terrorismo, sistema que operará de acuerdo a la respectiva normativa eurounitaria, siendo de aplicación supletoria la ley proyectada y además, y en línea con la lucha española contra la corrupción los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales y las fundaciones creadas por ellas si reciben o gestionan fondos públicos. El art. 11 prevé que los grupos de

sociedades (o empresas) se aprueben una política general de información y de defensa del informante aplicable a todas las sociedades del grupo. Además, se prevé la posibilidad de establecer sistemas compartidos de información y tramitación de comunicaciones para las empresas que tengan entre 50 y 249 trabajadores (art.12).

Esa delimitación de la obligación de establecimiento del sistema interno de información y tramitación de comunicaciones no implica la desprotección de los demás trabajadores que siempre tendrán a su disposición el canal externo de información.

Las especialidades del sistema interno en el sector público consisten, sobre todo, en el amplio listado de entidades obligadas a establecerlo según el proyectado art. 13, sin imponer un número mínimo de trabajadores o empleados. Además, no se les permite la gestión del sistema por tercero externo, salvo que se acredite la insuficiencia de medios propios, conforme a la legislación de contratos del sector público (art. 15). La gestión con medios compartidos solo se permite para los municipios de menos de 10.000 habitantes y a las entidades pertenecientes al sector público dependientes de órganos de las Administraciones territoriales que cuenten con menos de 50 trabajadores. Los trabajadores del sector público han de utilizar por tanto el sistema interno de ese sector aplicable también a los empleados públicos, sin perjuicio de las posibles diferencias del sistema de protección de acuerdo al régimen jurídico de la relación de empleo.

EL CANAL EXTERNO DE INFORMACIÓN POR LA AAI

Conforme a la Directiva, el Título III del Proyecto prevé la existencia de un “Canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante” (en adelante AAI) y regula de forma detenida la comunicación de informaciones, regulando la

forma de comunicación y recepción de informaciones, su registro, el trámite de admisión y las causas de inadmisión y, en su caso, la transmisión según el caso de la información, sea a la Fiscalía sea a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación.

En materia laboral existen acciones u omisiones del empleador “que pueden ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave”. En caso de concurrir la transmisión podrá ser la autoridad laboral o de Seguridad social competente, en particular y en especial la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. De admitirse y no reenviarse a otra autoridad la información tendrá lugar la fase de instrucción para comprobar la verosimilitud de los hechos relatados, informando a la persona afectada por esos hechos para que pueda presentar alegaciones y en su caso realizar una entrevista garantizando su derecho de defensa pero sin comunicar la identidad del informante, permitiendo a los funcionarios de la AAI desarrollar tareas de información pudiendo obtener información complementaria de personas públicas o privadas.

Concluida la información, la AAI habrá de emitir un informe con las conclusiones alcanzadas en la instrucción y la valoración de las diligencias y de los indicios que las sustenten, tras lo cual acordará el archivo del expediente. La remisión al Ministerio Fiscal, el traslado de lo actuado a la autoridad competente (que puede ser la autoridad laboral o de Seguridad Social), o iniciar un procedimiento sancionador si concurren las infracciones y sanciones previstas en el Título IX. Se establece un plazo máximo de tres meses para la finalización del procedimiento, habiendo de comunicarse su resultado al informante. El art. 21 desarrolla una serie de derechos y garantías del informante distintas a las medidas de protección que desarrolla el Título VII.

El art. 24 se refiere a las informaciones sujetas a la competencia de las Autoridades independientes de protección a informantes, aclarando que la AAI será competente en principio para las

informaciones que afecten a la Administración General del Estado, al resto del sector público estatal, los órganos constitucionales y los de relevancia constitucional, así como las entidades privadas cuando la infracción comunicada se circunscriba al ámbito territorial de una comunidad autónoma. Esta previsión relativiza mucho en el plano laboral el papel de la AAI, y amplía el papel de la “autoridad independiente u órgano que pueda señalarse en cada comunidad autónoma” cuyo régimen jurídico se deja a la decisión de cada comunidad autónoma. No obstante, el modelo de AAI que diseña el Título VIII del Proyecto y la propia referencia a una “autoridad independiente” que responde al diseño de la Directiva hacen que las comunidades autónomas en cumplimiento de la misma deban asegurar la independencia del órgano que asuma en canal externo de información

El Proyecto diseña una AAI de protección al informante como un ente de Derecho público de ámbito estatal, de los de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará con plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones (art. 42.1), que operará sin perjuicio de las competencias propias de las autoridades autonómicas de protección del informante, pero cuya regulación puede servir de modelo de referencia.

A esa autoridad estatal corresponderá la gestión del canal externo de información regulado en el Título III, en el que se recibirán las informaciones, se admitirán o rechazarán, se instruirá para comprobar la verosimilitud de los hechos relatado para adoptar ya sea el archivo del expediente, la remisión al Ministerio Fiscal si hubiera indicios de que los hechos pudieran revertir el carácter de delito, ya remitir la comunicación a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente, ya la adopción de acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador, aplicando el régimen sancionador diseñado en el Título IX de la Ley cuando la competencia sancionadora no corresponda a las Comunidades Autónomas.

Al Presidente de la AAI, máximo órgano de representación y gobierno de la entidad, designado por un período de cinco años no renovables, se le reconoce en el art. 55 del Proyecto, aparte de la representación legal y la dirección y gestión interna del organismo, dictar “resolución en los procedimientos de materia sancionadora en los términos previstos en el Título IX”. No obstante, en ese Título la facultad sancionadora se concreta en el art. 61 que designa como autoridad sancionadora, además de la AAI, a los órganos competentes de las comunidades autónomas.

Desde la perspectiva jurídica laboral, el papel de la AAI no deja de plantear problemas en cuanto a la potestad sancionadora. Aunque la Ley proyectada prevea la remisión a las autoridades competentes en función de la naturaleza de la conducta infractora en este caso del empleador denunciado y también porque la lista de infracciones se refiere a las relativas al propio sistema de información cuya limitación por acuerdo colectivo se sanciona. No deja de ser relevante, en todo caso, que el proyectado art. 67 disponga que “el ejercicio de la potestad sancionadora, previsto en este título es autónomo y podrá concurrir con el régimen disciplinario del personal funcionario, estatutario o laboral que resulte aplicable en cada caso”. Pero esa concurrencia puede existir también, cuando no se incurra en *ne bis in ídem*, también con las infracciones en materia laboral y de Seguridad Social existentes o que puedan establecerse sobre el incumplimiento por el empleador de las obligaciones en materia establecimiento de un sistema interno de información y de prohibición de represalias.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR

Como se ha dicho, el Capítulo VI de la Directiva, referido a medidas de protección, contiene en su arts. 19, 20 y 21, respectivamente, un amplio listado de formas de represalia que en su mayor parte se refieren a medidas laborales del empleador (suspensión, despido, degradación o denegación de ascensos, o de formación, cambio de

puesto o de lugar de trabajo, percepción salarial o cambios en los horarios de trabajo, medidas disciplinarias, discriminación o trato desfavorable, no conversión de un contrato de trabajo temporal en indefinido, no renovación o terminación de un contrato de trabajo temporal), unas medidas de apoyo (de información y asesoramiento, asistencia jurídica y financiera) prestadas por una autoridad única e independiente, y medidas de protección frente a represalias liberando de responsabilidad por el acceso y el suministro de información, y las medidas necesarias para que se proporcionen medidas de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos.

El Proyecto, cuyo propósito es otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir los informantes (art. 1), regula en su Título VII esas medidas de protección y, en concreto, en el art. 36 la prohibición de represalias que define en su apartado 2 el trato desfavorable que sitúe a las personas que lo sufren en desventaja particular respecto a otras en el contexto laboral o profesional por su condición de informantes, y en su apartado 3, a título meramente informativo, da un listado similar al del art. 19 de la Directiva refiriéndose a la suspensión, despido o extinción de la relación laboral, la no renovación o anticipada de un trabajo temporal, la imposición de cualquier medida disciplinaria, la degradación o denegación de ascenso o cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con la salvedad de que esas medidas no se llevarán a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, ajenas a la presentación de la comunicación. También se incluye la evaluación negativa del desempeño, la anulación de una licencia o permiso, la denegación de formación y la “discriminación” o trato desfavorable o injusto. Además, el precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos que tengan por objeto impedir la presentación de comunicaciones y revelaciones así como los que constituyan represalias o causas de discriminación tras la presentación de aquellas, dando lugar a medidas correctoras disciplinarias y, en su caso, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado.

Por otro lado, el art. 38 protege al informante de cualquier exigencia de responsabilidad por la comunicación de la infracción, y que en su número 4 establece que “en los procedimientos laborales ante un órgano jurisdiccional relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública”.

El Proyecto encomienda a la AAI asumir la protección del informante, pero esa protección parece consistir sobre todo en sancionar las infracciones de las organizaciones productivas que limiten los derechos y garantías previstos en la Ley o que adopten cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes, pero no prevé ninguna medida de corrección o de anulación de la medida de represalia adoptada, es decir, asegurar que el trabajador vuelva al puesto de trabajo, no sea degradado, no sea discriminado, etc.

Llama la atención que el Proyecto limite esa ineficacia en el art. 36.4 a los “actos administrativos que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de comunicaciones o revelaciones, que serán nulos de pleno Derecho”. Tampoco deja claro el Proyecto la presunción de existencia de represalia, al imponer, como la Directiva quiere, la carga de la prueba al empleador de que una medida perjudicial no sea debida a esa presentación. La referencia expresa en el art. 38.4 a los procedimientos laborales relativos a los perjuicios sufridos por los informantes parece remitir a la legislación laboral la protección efectiva en el marco del contrato de trabajo de las personas que informen sobre las infracciones normativas a que se refiere el Proyecto. Y es en este tema donde habrá de plantearse la nulidad de la medida de represalia, que será más fácil declarar cuando se trate de actos concretos, que es clara

cuando afecte a derechos fundamentales, como a la no discriminación, pero que planteará problemas cuando se trate de omisiones, el no ascenso, la falta de formación, etc.

En todo caso, la Ley proyectada encomienda en última instancia a la legislación laboral la protección efectiva del informante. Desde luego a la jurisdicción del orden social, ante la que se podrán impugnar los actos de represalia, a la administración de trabajo en cuanto las medidas adoptadas estén tipificadas como infracciones o puedan tipificarles como tales, pero también a los interlocutores sociales y a la autonomía colectiva, que han de cumplir un papel importante al respecto.

DUMPING LABORAL, COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO: A PROPÓSITO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Alejandro Castello¹.

REGULACIÓN DE LA DIMENSIÓN SOCIO LABORAL EN LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

En la actualidad, es indiscutible la necesidad y justificación de utilizar instrumentos internacionales (convenios, tratados, pactos, protocolos, cartas sociales, recomendaciones, declaraciones, etc.) y supranacionales (por ejemplo, fuentes de Derecho derivado como los Reglamentos y las Directivas en la Unión Europea) para regular las condiciones de trabajo y empleo y de ese modo mejorar la calidad de vida de los trabajadores a nivel regional, continental y/o mundial, y de evitar el *dumping social*. Esa exigencia es más clara aun cuando los países celebran tratados de integración económica y comercial, que crean espacios regionales para fomentar el aumento de los intercambios comerciales y las inversiones, lo que puede generar problemas para las empresas y el empleo.

Es que, existe evidencia empírica de que si no se adoptasen normas internacionales que fijen un “piso o umbral mínimo” de derechos laborales y sociales, aquellos países que posee normas y condiciones socio-laborales más elevadas se encontrarían en una situación desventajosa en el mercado mundial y/o respecto de los

¹ Profesor Agregado (grado 4) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Dirección: acastello@rcj.com.uy

países con los cuales se integran, ya que deberían producir a costos más elevados que los demás países que conceden a sus trabajadores menores condiciones de protección, lo que en definitiva redundaría en perjuicio de los propios trabajadores que se verían privados de obtener nuevos beneficios sociales y laborales o ver directamente disminuidos o eliminados los ya conseguidos².

Fue previendo esa situación que el propio preámbulo de la Constitución de la OIT estableció en 1919 que *"si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países"*, lo que justifica entonces que la regulación de las condiciones de trabajo y empleo recurra a mecanismos internacionales de diversa índole³ que propicien el progreso de la protección laboral y social⁴.

Algunos de esos mecanismos son la inclusión de **cláusulas sociales** en los Tratados de Libre Comercio⁵ y la elaboración de **Cartas Sociales**⁶ en los sistemas de integración regional (por ej. Unión Europea, Comunidad Andina, Mercosur, etc.). En lo que concierne a las cláusulas sociales, según enseña **Plá Rodríguez** son aquellas *"que*

² CHARNOVITZ, S.; *"La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: Resumen histórico"* en Revista internacional del trabajo, vol. 107, N° 1, 1988, p. 75.

³ RASO DELGUE explica que además de los mecanismos tradicionales de regulación directa de los derechos laborales, tales como los Pactos, Tratados, normas de la OIT, etc., han aparecido nuevas formas de regulación indirecta, como son los códigos de conducta de las empresas multinacionales, el etiquetado social, las inversiones sociales responsables, la negociación colectiva supranacional, entre otros: *"La dimensión social de la globalización: entre cláusulas sociales y declaraciones."*; en rev. Derecho Laboral, tomo XLIII, N° 198, abril junio 2000, Montevideo, p. 388 y ss.

⁴ Véase más ampliamente: PLA RODRIGUEZ, A.; *Los Convenios Internacionales del Trabajo*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo 1965, p. 24.

⁵ BABACE, H. *"Cláusulas sociales"* en rev. Derecho Laboral, tomo XLIII, N° 198, abril junio 2000, Montevideo, p. 301 y ss.

⁶ Sobre la noción de Carta social véase: ERMIDA URIARTE, O. *Mercosur y Derecho Laboral*, FCU, Montevideo, 1996, p. 59 y ss.

fijan normas mínimas o equitativas de trabajo, como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados"⁷.

En los últimos 30 años la utilización de las cláusulas sociales en el marco de los TLC se ha tornado cada más frecuente. En tal sentido, **Diego López** señala que “desde la entrada en vigor de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998⁸, los acuerdos comerciales adoptados en América han incorporado expresamente el catálogo de derechos recogidos en ella, reconociendo que son imprescindibles para garantizar el comercio leal. Pero, además, han recogido otros derechos laborales, que también se consideran importantes para tutelar la lealtad del intercambio comercial”⁹.

Como señala **Jean-Marc Siroen**, pueden distinguirse cuatro objetivos principales que subyacen a la inclusión de cláusulas laborales en los TLC: 1) defender un “comercio leal”; 2) evitar los posibles efectos no deseados de la apertura comercial en el empleo y el desarrollo sostenible; 3) hacer respetar valores universales e

⁷ PLA RODRIGUEZ, A.; “Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio” en Globalización, integración, dumping social y cláusulas sociales, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho del Trabajo, Caracas 1998, p. 89 y ss.

⁸ Esta Declaración adoptada en la 86ª reunión en Ginebra, en junio de 1998, establece como convenios fundamentales los siguientes: 87 y 88, sobre la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 100 y 111, sobre la igualdad de remuneración y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; 29 y 105, sobre la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; y 13 y 8, sobre la abolición efectiva del trabajo infantil. Todo país miembro de la OIT está obligado a respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a derechos fundamentales reconocidos por estos convenios.

⁹ LOPEZ, D. “Derechos laborales y acuerdos de libre comercio” en Nueva Sociedad, Nº 202, Revista de la CEPAL, Santiago de Chile, 2005, p. 46-47.

internacionales reconocidos; y 4) promover el trabajo decente y el desarrollo sostenible¹⁰.

En síntesis, es muy clara la necesidad política, social, económica y jurídica de que la regulación de las condiciones de trabajo y empleo y del mundo del trabajo en general, supere los límites fronterizos nacionales y adquiere valor y eficacia supranacional. Solo de esa manera se puede generar un contrapeso social y laboral a los procesos de globalización, mundialización y regionalización de la economía¹¹.

EL ACUERDO DE COMPLEMENTACIÓN LABORAL DEL NAFTA DE 1993

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) o North America Free Trading Agreement (NAFTA en su sigla inglesa), que asociaba a Estados Unidos, Canadá y México para crear una zona de libre comercio, entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1994, conjuntamente con los Acuerdos Complementarios, siendo uno de ellos el de naturaleza laboral, fue uno de los primeros de su tipo que reguló las cuestiones laborales, sociales y ambientales, estableciendo compromisos de los países de no reducir su red jurídica de protección en esos campos, con la finalidad de obtener ventajas indebidas en el comercio mutuo.

El Acuerdo complementario Laboral, funcionaba como una cláusula social, ya que condicionaba el cumplimiento efectivo de la normativa laboral interna de cada país, para gozar de los beneficios arancelarios del Tratado de libre comercio. En ese sentido, reafirmando lo establecido en el Preámbulo, el art. 1º del Acuerdo establecía los objetivos primordiales, que consistían en: mejorar las

¹⁰ SIROEN, J-M.; “Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio: balance y perspectivas” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 132 (2013), núm. 1, OIT, Ginebra, p. 110.

¹¹ BABACE, H. *Derecho de la integración y relaciones laborales*, 3era. Edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 2015, p. 129.

condiciones de trabajo y los niveles de vida; estimular la cooperación para promover la innovación, así como los niveles de productividad y calidad crecientes; alentar la publicación y el intercambio de información; y promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes.

Los antecedentes de la negociación del Tratado de Libre Comercio indicaban con claridad que, la finalidad principal del Acuerdo Complementario, era evitar la competencia desleal entre los países a través del “dumping social”, o sea, rebajando los costos laborales artificialmente para obtener mejores posibilidades de competir.

En esa dirección, el Acuerdo establecía en su art. 2º que cada una de las Partes garantizaría que sus leyes y reglamentos laborales prevean altas normas laborales congruentes con lugares de trabajo de alta calidad y productividad y continuarían esforzándose por mejorar dichas normas en ese contexto.

A su vez, el art. 3 establecía que cada Parte debería promover la observancia de su legislación laboral y la aplicación efectiva a través de medidas gubernamentales adecuadas. De ese modo, el Acuerdo funcionaba como una “cláusula social”, con la particularidad de que la obligación que adquirirían los Estados no se refería al cumplimiento de normas mínimas comunes o internacionales¹², sino a las normas definidas por cada legislación interna¹³.

Con el objetivo de que las partes cumplieren efectivamente con las obligaciones asumidas, el Acuerdo instituía una serie de

¹² Normalmente, la cláusula social supone el establecimiento de estándares mínimos de orden laboral (por ejemplo, la ratificación en común de una serie de convenios internacionales del trabajo) que deben ser observados por todos los países pactantes, bajo pena de sanción -generalmente económica- en caso de incumplimiento.

¹³ APARICIO VALDEZ, Luis; “Integración, comercio internacional y Derecho del Trabajo en América” in Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo 1997, p. 58.

mecanismos y medidas que en lo sustancial se circunscribían a promover el nombramiento y capacitación de inspectores del trabajo; alentar el establecimiento de comisiones internas obrero patronales en las empresas; proveer y alentar el uso de servicios de mediación, conciliación y arbitraje; adecuar los procedimientos judiciales para agilizarlos; y difundir información relativa a la legislación laboral interna.

Para administrar el Acuerdo, se creaba una *Comisión para la cooperación laboral*, la cual estaba integrada con el Consejo de Ministros de Trabajo; un Secretariado; una Oficina Administrativa Nacional (OAN) en cada país y Comités Nacionales.

Otro punto trascendente del Acuerdo complementario, era que en caso de surgir divergencias se establecía un mecanismo especial de solución de controversias, de diversos escalones progresivos, que incluía la posibilidad de constituir un *Comité Evaluador de Expertos (CEE)*, compuesto de tres miembros elegidos de una lista de expertos elaborada en consulta con la OIT.

El CEE debía elaborar un proyecto de informe en el plazo de 120 días, el que debía contener una evaluación comparativa del asunto en cuestión, sus conclusiones y eventualmente recomendaciones prácticas que pudiesen ser de utilidad a las Partes. A su vez, cuando el tema en controversia se refiriese al trabajo de menores, a la seguridad e higiene o a los salarios mínimos, se tratase de un incumplimiento persistente, que involucrase una norma vigente en los tres países y que su violación generase ventajas comerciales indebidas, se podía convocar un Panel Arbitral, cuya actuación podía concluir en la imposición de una sanción. En la práctica, el mecanismo de solución de controversias nunca llegó a movilizarse ya que todas las denuncias que hubo sobre presunto incumplimiento

de normas laborales en un Estado parte del Acuerdo, fue resuelta a través del intercambio de informaciones y audiencias públicas¹⁴.

Finalmente, el Acuerdo contenía una serie de principios laborales que las partes se comprometían a promover, incluyéndose, entre otros: libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; derecho a la negociación colectiva; derecho de huelga; prohibición del trabajo forzado; restricciones al trabajo de los menores; condiciones mínimas de trabajo (salarios, horas extras, etc.); eliminación de la discriminación en el empleo; prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales; indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales y protección de los trabajadores migratorios.

RENEGOCIACIÓN DEL NAFTA: EL NUEVO T-MEC

Es sabido que una de las banderas que levantó Donald Trump durante la campaña electoral del año 2016, que terminara con su triunfo y asunción como Presidente de Estados Unidos, fue la necesidad de introducir cambios en la política comercial internacional de ese país, incluyendo la renegociación de varios Tratados de Libre Comercio vigente, como era el caso del NAFTA, así como la exclusión de ese país de los nuevos acuerdos de integración que se estaban negociando en ese momento (como era el caso del Acuerdo de Pacífico).

Según Donald Trump, el NAFTA era un tratado de libre comercio que había traído mucho más beneficios económicos y comerciales para México que para Estados Unidos, generando un enorme traslado de inversiones industriales desde un país hacia el otro, con pérdida de varios millones de empleos para los trabajadores

¹⁴ REYNOSO CASTILLO, Carlos; *“Nuevas normas laborales internacionales, experiencia mejicana en la globalización”*, publicado en IV Congreso regional americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II, Santiago de Chile, 1998, p. 108 y ss.

norteamericanos. Sobre esa premisa es que el Gobierno de Estados Unidos solicitó la renegociación del NAFTA, bajo la amenaza de que, si no se hacía, entonces ese país se retiraría del Acuerdo.

El 30 de septiembre de 2018, se anunció que Estados Unidos, México y Canadá habían llegado a un acuerdo para reemplazar el TLCAN o NAFTA, por un nuevo Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (**T-MEC o USMCA por sus siglas en inglés**).

El T-MEC, firmado el 30 de noviembre de 2018, establece diversos ajustes al NAFTA, conteniendo 34 capítulos (el NAFTA tenía 22) y 4 Anexos. Los cambios más importantes son en materia de productos lácteos, industria automotriz, Industria del acero, industria del medicamento (patentes), comercio digital, prácticas comerciales desleales, PYMES, entre otros. Se establece que tendrá una duración de 16 años, pero será sometido a revisión **cada seis años**.

Los objetivos del Tratado siguen siendo: (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación trilateral de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes; (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes; (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

El T-MEC comenzó a regir en julio de 2020, sustituyendo así al NAFTA. Con el nuevo Tratado, que regula el comercio en una zona del mundo en la que viven más de 480 millones de habitantes, también quedaron sin vigencia sus Acuerdos complementarios, incluyendo al de naturaleza laboral. Sin embargo, los temas laborales siguen siendo abordados en el nuevo Tratado de libre comercio,

pero regulando los mismos dentro del propio texto del acuerdo, siguiendo así el mismo tipo de tratamiento que se usó en otros TLC firmados por Estados Unidos con países latinoamericanos (Chile, Perú, Colombia, etc.).

EL CAPÍTULO 23 DEL T-MEC: REGULACIÓN DE LA DIMENSIÓN LABORAL

Como se dijo, la dimensión laboral que estaba regulada en un Acuerdo Complementario del NAFTA, ahora es abordada en un Capítulo específico del T-MEC, que es el **Capítulo 23**. De ese modo, la “cláusula social” no está contenida en un instrumento anexo al TLC sino que forma parte del mismo, utilizándose así el mismo modelo regulatorio que Estados Unidos acordó con otros países en el marco de los tratados de libre comercio celebrados en los últimos 20 años. El contenido del Capítulo 23 es muy similar a los Capítulos laborales de los TLC firmados con Chile, Perú, Colombia y Centro América.

En efecto, en esos Capítulos siempre se reafirman los compromisos asumidos por las Partes en el marco de la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, se garantiza la efectiva implementación de los derechos laborales fundamentales en la legislación de cada Parte, y promueve la transparencia en la aplicación de la legislación laboral interna.

Al igual que sucedía con el Acuerdo complementario laboral del NAFTA de 1993, en el Capítulo 23 del T-MEC se refuerzan los mecanismos de contralor de cumplimiento de las normas internas de cada país, se pone énfasis en la erradicación de violencia y discriminación en el trabajo y se establece la obligación de cumplir con las normas y principios fundamentales de la OIT.

Para lograr todo esto, se crea la figura de los AGREGADOS LABORALES con sede en México, cuya función es la de proporcionar

información a los tres Gobiernos sobre las prácticas laborales en México.

Veamos brevemente los lineamientos fundamentales del Capítulo 23.

COMPROMISOS LABORALES DE LOS GOBIERNOS

Uno de los ejes del Capítulo 23 es el compromiso de los Gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México, de respetar los derechos fundamentales en el trabajo contenido en la Declaración del año 1998, así como la observancia de los objetivos y fines establecidos en la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa del año 2008. Ambos instrumentos de la OIT recogen una serie de derechos humanos laborales cuya vigencia es universal.

Al respecto, en el Capítulo 23 se dispone en su **artículo 23.2: Declaración de Compromiso Compartido**.

*1. Las Partes afirman sus obligaciones como miembros de la OIT, incluidas aquellas establecidas en la **Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo y la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008)**.*

2. Las Partes reconocen el importante papel de las organizaciones de trabajadores y empleadores en la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

3. Las Partes también reconocen el objetivo de comerciar únicamente mercancías producidas en cumplimiento con este Capítulo.

Por su parte, el **artículo 23.3: Derechos Laborales** establece lo siguiente:

“1. Cada Parte **adoptará y mantendrá** en sus leyes y regulaciones, y en las prácticas que deriven de éstas, los siguientes derechos, tal y como se establecen en la Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo:

(a) libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

(b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

(c) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para los efectos de este Tratado, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y

(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

2. Cada Parte **adoptará y mantendrá leyes y regulaciones, y prácticas** que deriven de éstas, que regulen condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo”.

Otro pilar fundamental del Capítulo 23 consiste en el compromiso que asumen los Gobiernos de no actuar en detrimento de los derechos laborales reconocidos en las dos Declaraciones de OIT antes mencionada, así como también consagrados en la legislación interna, con el fin de incentivar el comercio o la inversión. Es decir que, existe un claro compromiso de no realizar *dumping laboral o social*.

En ese sentido, el **artículo 23.4** bajó el nomen iuris “**No Derogación**” dispone que: “Las Partes **reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones** otorgadas en las leyes laborales de cada Parte.

Por consiguiente, ninguna Parte **renunciará a aplicar o derogará** de otra forma, ni ofrecerá renunciar a aplicar o derogar de otra forma, sus leyes o regulaciones:

(a) que implementen el Artículo 23.3.1 (Derechos Laborales), si el renunciar a aplicar o la derogación fuese incompatible con un derecho establecido en ese párrafo; o

(b) que implementen el Artículo 23.3.1 o el Artículo 23.3.2 (Derechos Laborales), si el renunciar a aplicar o la derogación debilitaría o reduciría la adhesión a un derecho establecido en el Artículo 23.3.1 (Derechos Laborales), o a una condición de trabajo referida en el Artículo 23.3.2 (Derechos Laborales), en una zona comercial o aduanera especial, tal como una zona franca o una zona de comercio exterior en el territorio de la Parte; en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes”.

Ratificando lo anterior, el **artículo 23.5** dispone claramente que los Estados asociados no pueden utilizar las normas laborales para competir deslealmente en la zona integrada. Así, dicha norma establece:

“Aplicación de las Leyes Laborales.

1. Ninguna Parte **dejará de aplicar efectivamente sus leyes laborales** a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

2. Cada Parte **promoverá el cumplimiento de sus leyes laborales** a través de medidas gubernamentales adecuadas, tales como:

(a) nombrar y capacitar inspectores;

(b) vigilar el cumplimiento e investigar presuntas violaciones, incluso mediante visitas de inspección “in situ” no anunciadas, y dar

la debida consideración a las solicitudes para investigar una presunta violación a sus leyes laborales;

(c) buscar garantías de cumplimiento voluntario;

(d) requerir informes y el mantenimiento de registros;

(e) fomentar el establecimiento de comisiones obrero-patronales para abordar la regulación laboral en el centro de trabajo;

(f) proveer o fomentar los servicios de mediación, conciliación y arbitraje;

(g) iniciar, de una manera oportuna, procedimientos para procurar sanciones o remedios adecuados por violaciones a sus leyes laborales; y

(h) implementar remedios y sanciones impuestos por el incumplimiento con sus leyes laborales, incluyendo la recaudación oportuna de multas y la reinstalación de los trabajadores”.

El tercer eje o pilar del Capítulo 23 se desarrolla sobre la base del compromiso de los Estados de desarrollar políticas y medidas, tendientes a promover el respeto de algunos derechos fundamentales. Así, en los numerales 23.6, 23.7, 23.8 y 23.9 se establece el deber de asegurar que los trabajadores migrantes sean protegidos por las leyes laborales, sean o no nacionales de las Partes, toda vez que se reconoce la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes con respecto a las protecciones laborales. También el deber de promover la implementación y aplicación de medidas de protección contra la discriminación laboral basada en el sexo, incluyendo respecto al embarazo, acoso sexual, orientación sexual, la identidad de género y las responsabilidades de cuidado, debiendo otorgarse permisos de trabajo para el nacimiento o la adopción de infantes y el cuidado de los miembros de la familia y protección contra la discriminación salarial.

ESTRUCTURA ORGÁNICA

La administración de los compromisos asumidos en el Capítulo 23 se asigna a un **Consejo Laboral** (artículo 23.14), compuesto por miembros del gobierno de cada país con el propósito de revisar la aplicación efectiva de las medidas provistas en el Capítulo Laboral. La estructura orgánica, que es sumamente ligera, se complementa con la designación de un funcionario en la Secretaría del Trabajo de cada país o su equivalente, como encargado de tratar los asuntos relacionados con la implementación y el cumplimiento del Capítulo Laboral. Se trata de un mecanismo de enlace, que busca facilitar el suministro de información entre los gobiernos, de manera de resolver rápidamente cualquier tipo de denuncia o conflicto que pueda surgir.

COMUNICACIONES PÚBLICAS, COOPERACIÓN, DIÁLOGO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Finalmente, el Capítulo 23 dispone una serie de mecanismo tendientes a facilitar el cumplimiento y observancia de los compromisos y deberes, que incluye la participación de la sociedad civil y de entidades de gobierno.

en el Capítulo relativo a Solución de Controversias, se incluye el compromiso de definir un mecanismo de consultas por el que cualquiera de las Partes podrá solicitar a otra, información relativa al Capítulo Laboral.

En el artículo 23.11 se dispone que *“Cada Parte, a través de su punto de contacto designado conforme al Artículo 23.15 (Puntos de Contacto), dispondrá que las comunicaciones escritas de personas de una Parte sobre asuntos relacionados con este Capítulo sean recibidas y consideradas de conformidad con sus procedimientos internos.*

Cada Parte hará fácilmente accesibles y públicamente disponibles sus procedimientos, incluidos los plazos, para la recepción y consideración de las comunicaciones escritas.

Cada Parte: (a) considerará los asuntos planteados en la comunicación y proporcionará una respuesta oportuna a la persona u organización que presentó la comunicación, incluso por escrito según sea apropiado; y (b) pondrá la comunicación y los resultados de su consideración a disposición de las otras Partes y del público, según sea apropiado, de una manera oportuna.

Una Parte podrá solicitar a la persona u organización que presentó la comunicación la información adicional que sea necesaria para examinar el contenido de la comunicación”.

Artículo 23.13: Diálogo Cooperativo Laboral 1. Una Parte podrá solicitar en cualquier momento un diálogo con otra Parte sobre cualquier asunto que surja conforme a este Capítulo mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra Parte haya designado conforme al Artículo 23.15 (Puntos de Contacto). 23-12 2. La Parte solicitante incluirá información específica y suficiente que permita a la Parte receptora responder, incluyendo la identificación del asunto en cuestión, la indicación del fundamento de la solicitud conforme a este Capítulo y, cuando sea relevante, cómo se ve afectado el comercio o la inversión entre las Partes. 3. A menos que las Partes solicitante y receptora (las Partes dialogantes) decidan algo diferente, el diálogo debe iniciarse dentro de los 30 días a partir de la recepción de una Parte de la solicitud de diálogo. Las Partes dialogantes participarán en el diálogo de buena fe. Como parte del diálogo, las Partes dialogantes proporcionarán un medio para recibir y considerar los puntos de vista de las personas interesadas en el asunto. 4. El diálogo podrá sostenerse en persona o por cualquier medio tecnológico disponible para las Partes dialogantes. 5. Las Partes dialogantes abordarán todas las cuestiones planteadas en la solicitud. Si las Partes dialogantes resuelven el asunto, documentarán el resultado, incluyendo, de ser apropiado,

los pasos y plazos específicos que ellas hayan decidido. Las Partes dialogantes pondrán a disposición del público el resultado, a menos que decidan algo diferente. 6. En el desarrollo de un resultado de conformidad con el párrafo 5, las Partes dialogantes deberían considerar todas las opciones disponibles y podrán decidir conjuntamente sobre un curso de acción que ellas consideren apropiado, incluyendo: (a) el desarrollo e implementación de un plan de acción en una forma que les resulte satisfactoria, la cual podrá incluir pasos específicos y verificables, tales como la inspección, la investigación, o acción de cumplimiento en materia laboral, y cronogramas apropiados; (b) la verificación independiente del cumplimiento o implementación por los individuos o entidades, tales como la OIT, elegidos por las Partes dialogantes; y (c) los incentivos apropiados, tales como programas de cooperación y creación de capacidades, para fomentar o asistir a las Partes dialogantes a identificar y abordar asuntos laborales.

Si la información se considera insuficiente por parte de un Gobierno, se podrá instalar un panel de resolución de controversias.

REFLEXIONES FINALES

La Acuerdo Complementario laboral del NAFTA fue una de las primeras experiencias de regulación de los temas laborales, en un tratado de libre comercio, con la finalidad de evitar el dumping social.

La globalización, mundialización, regionalización y continentalización de los mercados han debilitado la soberanía de los Estados y con ello la pérdida de la **eficacia territorial** del Derecho laboral¹⁵, lo que genera la necesidad de que las cuestiones laborales sean tratadas a nivel internacional. En los procesos de integración económica regional, se ha hecho cada vez más frecuente que los tratados establezcan algún tipo de regulación de la dimensión socio laboral, e inclusive de aspectos ambientales, con la finalidad de

¹⁵ BRONSTEIN, A., *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*. OIT, Ginebra, 2010, p. 11

evitar que uno de los países asociados caiga en la tentación de mejorar sus ventajas competitivas, debilitando su red de protección legal. Frente a ellos, las cláusulas sociales en los tratados se han ido perfeccionando y mejorando. El modelo más usual parece ser recurrir a los derechos fundamentales en el trabajo, establecidos en la Declaración de la OIT de 1998, como estándar o núcleo común de normas y derechos que deben ser respetados por los países.

En ese orden, el Capítulo 23 del nuevo T-MEC que entró en vigor en julio de 2020, establece la obligación de los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México de observar los derechos fundamentales en el trabajo, de no hacer dumping social, de no reformar la legislación interna en sentido peyorativo para atraer inversiones, así como el deber de fomentar la cooperación y el diálogo social.

En sustancia, el Capítulo 23 del nuevo Tratado de Libre Comercio del América del Norte no tiene una gran diferencia con el Acuerdo Complementario Laboral del NAFTA del año 1993. Los fines son los mismos. El mecanismo para evitar el dumping social y laboral es muy similar. La estructura institucional es muy parecida. La gran ausencia -u omisión- sigue siendo la inexistencia de órganos o espacios formales de participación de los actores sociales. Su intervención es muy acotada, fundamentalmente a la posibilidad de hacer denuncias públicas sobre presuntos incumplimientos de derechos fundamentales en uno de los territorios, así como la participación en eventos, talleres o actividades similares que puedan organizarse, en el marco de los mecanismos de cooperación.

La experiencia ha demostrado que los capítulos laborales de los TLC celebrados en los últimos 20 años por Estados Unidos, han tenido muy poca trascendencia práctica. Probablemente, el déficit de participación de los actores del mundo laboral sea una explicación de ese fracaso.

LA DESOCUPACIÓN Y EL SEGURO DE DESEMPLEO. A CUATRO DÉCADAS DE SU PUBLICACIÓN

Álvaro Rodríguez Azcúe¹.

La tesis del Prof. Raso Delgue, *La desocupación y el Seguro de Desempleo*, cumple cuatro décadas².

Se publica en un momento muy especial del país, en la transición hacia la democracia, cuando la sociedad avanzaba con entusiasmo hacia la recuperación de las libertades públicas.

El autor forma parte de una generación de laboristas brillantes, bajo el liderazgo de los Maestros Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata, referentes de la escuela uruguaya de Derecho del Trabajo.

El magisterio de Plá Rodríguez, en el *Grupo de los Miércoles* y en el ámbito universitario, encuentra en un conjunto de jóvenes juristas, como Juan Raso Delgue, Oscar Ermida Uriarte, Eduardo J. Ameglio, Jorge Rosenbaum, Cristina Mangarelli y Santiago Pérez del Castillo, entre otros; un campo fértil para promover el estudio,

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho-Universidad de la República). Profesor Asistente de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH y Profesor de Derecho de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Dirección electrónica: alvarezcue@hotmail.com.

² La tesis es defendida en el año 1982. Raso Delgue, Juan, *La desocupación y el seguro de desempleo (Con comentarios de la ley N° 15.180)*, AMF, Montevideo, 1983.

la investigación y la difusión del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Una combinación óptima: liderazgo, talento y vocación de un grupo humano de excepción.

Desde entonces nuestro país ha consolidado la vida democrática y el funcionamiento del Estado de Derecho; en ese contexto, la *escuela uruguaya de Derecho del Trabajo* ha incidido, directa o indirectamente, en la agenda de la política laboral y de seguridad social del país, con sus matices y con el más amplio pluralismo, jugando un papel relevante en la generación de un marco teórico y práctico de progreso social, promoviendo la modernización de la legislación laboral y de seguridad social, y de sus instrumentos de integración e igualdad social³.

Durante estas cuatro décadas la obra de Raso Delgue, amplia y profunda, ha aportado una mirada lúcida sobre los desafíos del mundo del trabajo, tanto en el plano del Derecho *Individual* como *Colectivo*, enriquecido con la perspectiva interdisciplinaria de las *Relaciones Laborales*, así como con el estudio y el desarrollo de

³ Por ejemplo, *La concertación social. Estudios en homenaje al Profesor Plá Rodríguez*, AMF, Montevideo, 1985. En dicha obra se destaca el aporte del homenajeado, junto al profesor Eduardo J. Ameglio, sobre la política de concertación social en Italia.

nuevos tópicos⁴, pero también ha sabido ocuparse del estudio de la *Seguridad Social*⁵, como es el caso de su tesis.

En el prólogo de la obra el Maestro Américo Plá Rodríguez califica al autor como uno de los *laboralistas jóvenes más emprendedores, inteligentes y dinámicos*, atributos que el homenajeado conserva intactos, destacando que “no aborda solamente los aspectos jurídicos del problema, sino también los apasionantes aspectos sociológicos, económicos, históricos y prácticos”, concluyendo, con las siguientes palabras: “estamos ante una obra realmente valiosa que prestará extraordinaria utilidad a todos los que se interesen por este tema clave, desde cualquiera de las perspectivas posibles.”⁶

⁴ La obra más ambiciosa y reciente es *Derecho del Trabajo*, junto a Alejandro Castello como coordinador; 4 tomos publicados entre 2012 y 2021, que totalizan 1623 páginas en donde nos presentan un panorama completo, actualizado y profundo de la disciplina. Pero también ha concitado un enorme interés *La contratación atípica del trabajo*, AMF, Montevideo, en sus dos ediciones de 2000 y 2009, marcando el rumbo de la doctrina y la jurisprudencia. Estudios sobre la *Prescripción laboral*, FCU, Montevideo, 2007, en coautoría con Mario Garmendia Arigón y el suscrito, dando continuidad a estudios anteriores: *La prescripción de las acciones laborales (Ley N° 15.837)*, AMF, 1987; *Nuevo régimen de prescripción de las acciones laborales (art. 29 de la Ley N° 16.906)*, AMF, 1998. Editor y director de la Revista Relaciones Laborales con sus 20 ejemplares y autor de numerosísimos artículos de doctrina publicados en revistas nacionales y extranjeras.

⁵ Revista Derecho Laboral: “*Las nuevas modificaciones al régimen tributario de la seguridad social*”, t. XXIII, pág. 294; “*El convenio italo-uruguayo en materia de seguridad social*”, t. XXIII, pág. 858; “*Primeras anotaciones a la ley 15.180 sobre prestaciones por seguro de desempleo*”, t. XXIV, pág. 532; “*Beneficio de la seguridad social para los trabajadores independientes y su financiamiento*”, t. XXVI, pág. 665; “*Una nueva ley de regulación de aportes y beneficios para buenos pagadores del BPS*”, t. XLIX, pág. 871; “*Primera lectura de la nueva normativa sobre el seguro de desempleo*”, t. LII, pág. 394.

En obras colectivas: “*La financiación de la seguridad social*”, en AA.VV., *La Seguridad Social en el Uruguay*, FCU, 2da. Ed. 1991, pág. 119 y siguientes; “*Envejecimiento y Seguridad Social en América Latina: contexto, causas y desafíos*”, en AA.VV., *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Ed. Bomarzo, 2020; “*Uruguay: el sistema del BPS y el largo camino de acceso a la justicia*”, en Revista de la Facultad de Derecho Núm. 52 (2021).

⁶ Raso Delgue, J., *La desocupación ...*, ob. cit., pág. 10.

Efectivamente, la obra se convirtió en un clásico de la literatura jurídica *iuslaboralista*, constituyendo un pilar central para todos aquellos que nos asomamos al estudio e investigación de la Seguridad Social.

El libro consta de 334 páginas y se organiza en cinco capítulos donde aborda con rigor, profundidad y originalidad los siguientes aspectos: i) la desocupación, ii) la política de empleo, iii) la colocación obrera, iv) los seguros de desempleo y, finalmente, v) el régimen de seguro de desempleo en Uruguay.

Si bien la desocupación es un fenómeno conocido desde épocas remotas, anota Raso Delgue, “ha adquirido en este siglo características y dimensiones tales, señalándose hoy como uno de los grandes problemas que enfrentan los estados modernos”⁷, afirmación que adquiere una significación mayor en el siglo actual.

En similar sentido -cuatro décadas antes- decía Beveridge que “la ociosidad es el más grande y el más feroz de los cinco gigantes y el que más importa atacar. Si podemos destruirlo, todos los demás fines de la reconstrucción se ponen a nuestro alcance. En caso contrario, están fuera de él y es inútil que intentemos realizarlos.”⁸

El autor homenajeado escribe desde una perspectiva de alta sensibilidad por la cuestión social, enfoque que atraviesa toda su producción intelectual, hasta su más reciente publicación sobre *El despido*, que se asienta, en realidad, en la marcada preferencia por la estabilidad en los puestos de trabajo, evidenciada, por ejemplo, cuando afirma que la estabilidad “ha significado siempre la búsqueda de un espacio de libertad contra los riesgos impuestos por la propia inestabilidad de la relación laboral.”⁹

⁷ Raso Delgue, J., *La desocupación ...*, ob. cit., pág. 11.

⁸ Beveridge, William, *Las bases de la seguridad social*, FCE, México, 1987, pág. 53.

⁹ Raso Delgue, J., *El despido. Estudio sobre el despido común y dieciséis regulaciones especiales de indemnización*, FCU, 2022, pág. 28.

Agrega el autor, “la tutela en el empleo significa sin duda uno de los derechos “centrales” del contrato de trabajo. La mayor o menor estabilidad en el trabajo expresa no solo una garantía de seguridad en la percepción del salario -única renta de la mayor parte de los trabajadores-, sino también un resguardo importante contra los caprichos y arbitrariedades de los empleadores. Un trabajador con mayor estabilidad en el trabajo es indudablemente un trabajador, que puede resistir con mayor fuerza -a nivel individual y colectivo- las decisiones de su empleador.”¹⁰

Adviértase que ambas producciones intelectuales, *La desocupación ...* y *El despido*, nacen en el epicentro de dos crisis: la primera, en el año 1982, de índole económica, social y política; la segunda, entre los años 2020 y 2022, de naturaleza sanitaria, pero con fuerte impacto en lo económico y social.

Para dimensionar la crisis de 1982 en nuestro país, es oportuno recordar que entre ese año y el 1984 el PIB per cápita cae un 18,2%.

Señala Oddone París que, como consecuencia de esa circunstancia, “la tasa de desempleo se elevó por encima del 17% y el gobierno militar se vio obligado a iniciar un proceso de apertura democrática sinuoso pero sostenido.”¹¹

¹⁰ Raso Delgue, J., *El despido. ...*, ob. cit. pág. 28.

¹¹ Oddone París, Gabriel, *El declive. Una mirada a la economía de Uruguay del Siglo XX*, Ed. Linardi y Risso, Montevideo, 2da. Ed. 2012, pág. 139.

Señala Raso Delgue que “con la crisis recesiva de comienzos de 1980, la economía uruguaya tuvo que hacer frente a un proceso de aumento incesante de la tasa de desempleo que pasó del 10,08% en el período diciembre 1981-febrero 1982 al 14,38% para el trimestre diciembre 1982-febrero 1983. El brusco aumento de la desocupación debe fundamentalmente atribuirse al cierre de numerosas empresas en el período mencionado.” (*La desocupación ...*, ob. cit., pág. 54).

La segunda crisis, se inicia a partir de la pandemia por la covid-19, en marzo de 2020, arrastrando severas consecuencias a la vida económica y social¹².

La primera, se desarrolla en los albores de la “*revolución conservadora*”, marcada por la política de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, referentes del neoliberalismo y del desmontaje del Estado de bienestar; la segunda, con el agotamiento del experimento neoliberal, y el rescate, en alguna medida, de un rol activo del Estado en la otrora llamada *cuestión social*, inspirado en una especie de pensamiento *neokeynesiano*.

La respuesta conceptual del autor en ambas crisis presenta una coherencia absoluta, postulando: primero, la necesidad de protección de la estabilidad en el empleo¹³; segundo, la protección de la

¹² Rodríguez Azcúe, Á., “*Respuesta sociolaboral al COVID-19*”, en Revista Derecho del Trabajo, Año VIII, N° 28, julio/setiembre 2020, La Ley, Montevideo, pág. 69. Se ha señalado que “Gracias a la combinación de las estrategias sanitarias y de las medidas económicas implementadas para apoyar a las empresas, a los trabajadores y a las familias, la economía mundial fue superando, a lo largo de 2021, los impactos económicos de la pandemia de la COVID-19.” Pero agrega: “Sobre este escenario se agregó en el mes de febrero de 2022 la agresión de Rusia a Ucrania, agravando los problemas que ya venía sufriendo la economía global. En la región, ello ha tenido impactos directos negativos, derivados del aumento de los precios internacionales de la energía y de los alimentos, e impactos indirectos relacionados con el deterioro general de la economía mundial.” (Maurizio, Roxana, *Un crecimiento débil y crisis global frenan la recuperación del empleo en América Latina y el Caribe Septiembre*, OIT, 2022).

¹³ La preocupación del autor por la estabilidad laboral se remonta a su primera publicación, en el año 1977, cuando afirma: “*El análisis de diversos textos de derecho comparado demuestra que existe en muchos países la firme tendencia de limitar las facultades del empleador de prescindir unilateralmente el contrato de trabajo. En efecto, se ha advertido que los despidos arbitrarios atentan contra el trabajo, bien jurídico no sólo del trabajador, sino de toda la sociedad.*” (“*La indemnización por rescisión arbitraria del contrato de trabajo*”, en revista Derecho Laboral, t. XX, pág. 273).

seguridad social ante la contingencia del flagelo del desempleo¹⁴ y otros riesgos sociales.

Seguramente dicha concepción estuvo muy influenciada por el pensamiento de su Maestro, Américo Plá Rodríguez, cuando señala conceptos de Paul Durand, tales como “el deseo de seguridad es uno de los rasgos más típicos del hombre contemporáneo hasta el punto de que en la historia de la humanidad, uno de los legados que dejará el siglo XX será sin duda, la idea de la seguridad social.”¹⁵

La obra del autor ha resaltado siempre la responsabilidad que le cabe al Estado, tanto en la protección del trabajo, ordenada por el artículo 53 de la Constitución de la República, como en la necesidad de una amplia cobertura de la seguridad social en las nueve ramas previstas en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)¹⁶, en la medida que ambos son derechos humanos fundamentales¹⁷.

Resulta ilustrativo en ese sentido la consideración de esta última como uno de los cometidos fundamentales del Estado; en efecto afirma, “es más, a través de la redistribución de las rentas que produce el sistema, el Estado puede estructurar la política social que responda a su concepción social y económica.”¹⁸

¹⁴ El tema será revisitado por el autor en oportunidad de la reforma del marco jurídico del seguro de desempleo, en el año 2008 (*Primera lectura de la nueva normativa sobre el seguro de desempleo*”, en revista Derecho Laboral, t. LII, pág. 394).

¹⁵ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Biblioteca de Derecho Laboral N° 2, 1975, Montevideo, pág. 141. En la cuarta edición publicada por Fundación de Cultura Universitaria de 2015 la cita se encuentra en la página 193.

¹⁶ Convenio ratificado por la Ley N° 18.609 de 2 de octubre de 2009.

¹⁷ Raso Delgue, J., *“El futuro de la seguridad social y el impacto del convenio Núm. 102 sobre normas mínimas de seguridad social en Latinoamérica: Uruguay”*, en la Revista Latinoamericana de Derecho Social N° 8, 2009, México, pág. 272.

¹⁸ Raso Delgue, J., *“La financiación de la seguridad social”*, en AA.VV., *La Seguridad Social en el Uruguay*, FCU, 2da. Ed. 1991, pág. 119 y siguientes

En relación con la responsabilidad que le cabe en la generación de puestos de trabajo¹⁹, postula el *derecho al trabajo*, cuyos orígenes se remontan al programa de la fallida Revolución de 1848, apoyándose en el pensamiento del Maestro Héctor-Hugo Barbagelata, que lo integra al cuadro de derechos fundamentales del hombre según la conciencia jurídica universal²⁰.

En la actualidad nuestro país se encuentra abocado a la reforma del sistema de jubilaciones y pensiones²¹, en el que, como consecuencia de la trayectoria demográfica de envejecimiento, se propone incrementar -lógicamente- la edad mínima de jubilación, entre muchas modificaciones, pasando de 60 a 65 años²².

En tal contexto adquieren particular relevancia las reflexiones de nuestro homenajeado, cuando centra la atención en la discriminación en el trabajo por edad avanzada, acudiendo a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²³, donde se establece en artículo 18 que “la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad.”

Este derecho, afirma el autor, “se complementa con la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole “para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado”.

¹⁹ Raso Delgue, J., *La desocupación ...*, ob. cit., pág. 14.

²⁰ Barbagelata, H-H., “*Sobre la estabilidad en el empleo*”, en revista *Derecho Laboral*, t. XXI, pág. 331 y 332. Posición que Barbagelata desarrollará magistralmente en su última publicación, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, FCU, 2da. Edición, 2009, Montevideo, pág. 223 y siguientes.

²¹ Proyecto de ley del Poder Ejecutivo de 20 de octubre de 2022.

²² Art. 35 del Proyecto de ley.

²³ Convención ratificada por Uruguay mediante la Ley N° 19.430 de 8 de setiembre de 2016.

Esta obligación debe complementarse con políticas que faciliten una transición gradual a la jubilación y al mismo tiempo propicien que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor. Estas políticas deberán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados.”²⁴

Se trata de una auténtica hoja de ruta para los responsables de definir las políticas laborales y de seguridad social.

Continúa el autor: “Si bien las normas internacionales son claras con relación a las medidas que deben tomarse para favorecer la inserción y evitar el desempleo de las personas mayores, comprobamos que el actual sistema de relaciones laborales -invadido por cambios tecnológicos avanzados- favorece el desempleo de franjas de población con edad superior a los 45 años y lejos de alcanzar la edad de jubilación. Aunque sea duro reconocerlo, en el Siglo XXI, la mayor parte de los trabajadores a partir de los 50 años se están volviendo disfuncionales para el modelo productivo.”²⁵

Aparece allí, también, en uno de sus trabajos más recientes, la necesidad de la protección de la estabilidad laboral, promoción de la formación profesional y seguridad social, universal y suficiente.

Resultará nuevamente necesario que referentes de nuestro Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, como es el caso del Prof. Juan Raso Delgue, vuelvan a incidir, directa o indirectamente, en la agenda de la política laboral y de seguridad social, instalando la

²⁴ Raso Delgue, J., *“Envejecimiento y Seguridad Social en América Latina: ...”*, ob. cit., pág. 223.

²⁵ Raso Delgue, J., *“Envejecimiento ...”*, ob. cit., pág. 223.

idea acerca de la necesidad de protección laboral del trabajador maduro²⁶.

En suma, el Prof. Juan Raso Delgue ha sido un muy destacado discípulo de sus Maestros, pero también de sus colegas de generación; a su vez, seguramente sin proponérselo, se ha erigido en Maestro de sus colegas y de sus discípulos, que a esta altura pertenecen a diversas generaciones y nacionalidades.

Finalmente, deseo expresar mi más honda satisfacción por formar parte de una obra colectiva en homenaje al Prof. Juan Raso Delgue, que cierro haciendo mías sus palabras manuscritas en la dedicatoria que me obsequiara en uno de sus libros más fermentales, *La contratación atípica del trabajo*, en la que se aprecia la calidez humana y la sencillez de un auténtico Maestro: “*con el afecto y respeto intelectual construidos en la vida universitaria.*”

²⁶ Ver: Duran, Beatriz, *Discriminación para el acceso al empleo por edad madura*, FCU, 2018.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SALUD, TRABAJO Y DESIGUALDAD*

Álvaro Sánchez Bravo.
Dpto. De Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho - Universidad de Sevilla.

El trabajo, o al menos, a través de éste, se buscan asegurar las necesidades básicas, y eso que, genéricamente, se denomina prosperar en la vida. Como lo define el Diccionario RAE, en algunas de sus acepciones, es “ocupación retribuida” y “esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital”¹.

Los derechos humanos, como señala Pérez Luño², aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. El derecho al trabajo es un derecho esencial, sustrato, para otros derechos humanos, que arranca de su indisoluble conexión con la dignidad.

A mayor abundamiento, el profesor de la Hispalense, indica que “en los derechos fundamentales se conjugan su raíz con su vocación jurídica. A tenor de ella, los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica, implican exigencias éticas de deber ser, que legitiman su reivindicación allí

* Texto revisado y actualizado de mi artículo “Covid e impactos socio-laborales: reflexiones desde la filosofía del derecho”, en *La revolución de las formas de empleo en el siglo XXI* / Francisco Javier Calvo Gallego (dir.) Árbol académico, Macarena Hernández-Bejarano (dir.), Miguel Rodríguez-Piñero Royo (dir.), Laborum, 2021, págs. 21-36.

¹ RAE-ASALE, Diccionario de la Lengua Española, en <https://dle.rae.es/trabajo?m=form>. Consultado el 2 de mayo de 2021.

² PÉREZ LUÑO, A.E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2005.

donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas”³.

El derecho al trabajo se revela, por tanto, como esencial para la realización de otros derechos y constituye una parte inseparable de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. Como señaló Pedrajas Moreno, “los derechos de la persona, entre ellos, los derechos laborales son aquellos que preexisten al surgimiento del vínculo laboral, no es el surgimiento de un vínculo contractual el que los origina, solo los objetiva, el derecho a trabajar, por tanto, el trabajador potencial ya lo posee y el vínculo contractual-laboral, sólo añade nuevos derechos, también amparados constitucionalmente”⁴

El derecho al trabajo puede articularse en torno a tres elementos fundamentales:

- 1) libertad para ejercer cualquier profesión lícita sin injerencias de ninguna autoridad pública;
- 2) derecho a tener un trabajo, lo que implica obligaciones positivas para el Estado, a fin de fomentar las circunstancias propicias para generar empleo;
- 3) dignidad, toda vez que el trabajo debe cumplir con un mínimo de condiciones justas.⁵

³ PÉREZ LUÑO, A.E, et alii, Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Tecnos, Madrid, 1ª edic, 1997, p. 222.

⁴ Pedrajas Moreno, A., Despido y derechos fundamentales, Edit. Trotta, Madrid, 1992, p.15.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18, el Derecho al Trabajo, aprobada el 24 de noviembre. Ginebra,

El trabajo sobrepasa con creces el mero ámbito de las relaciones laborales proyectándose al ámbito económico, social y político, de ahí la exigencia inexcusable de que bajo la teoría de los derechos humanos se asegure de que el trabajo se desarrolle con las garantías que los derechos fundamentales de la persona que trabaja, para que se desarrolle con dignidad, y que los valores de la igualdad y no discriminación sean completamente respetados.

Asimismo, existen diversos derechos que inciden en el ámbito laboral de las personas. El derecho al trabajo es un derecho individual, de pertenencia a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba a todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo.

La OIT⁶ ha establecido un lo que se conoce como el contenido del derecho internacional en materia de derechos humanos laborales al considerar en su acta de constitución que existen condiciones de trabajo que suponen tanta injusticia, miseria y privaciones para un gran número de personas, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; considerando que es urgente mejorar dichas condiciones⁷.

Pero, junto al derecho al trabajo, como unión inescindible, se incluye el derecho a la seguridad social como garantía de acceso a los sistemas de salud y protección social. Así se expresa en los Objetivos Desarrollo sostenible (ODS), en su Objetivo 1, Meta 3: “Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de

Naciones Unidas, 2005. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%-2f18&Lang=en Consultado el 12 de junio de 2021.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf> Consultado el 12 de mayo de 2021.

⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, Derecho Humano al Trabajo y derechos humanos en el trabajo, Ciudad de México, 2016, p. 14.

protección social para todos y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables”.⁸

Su relevancia es absolutamente capital para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de la vida. Como ha señalado recientemente la OIT, “a protección social desempeña un papel decisivo en el logro del desarrollo sostenible, la justicia social y el derecho humano a la seguridad social para todos. Las políticas de protección social constituyen elementos esenciales de las estrategias nacionales de desarrollo para reducir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida, y respaldar el crecimiento inclusivo y sostenible. Las políticas de protección social aumentan los ingresos de los hogares, impulsan la productividad y el desarrollo humano, aumentan la demanda interna, facilitan la transformación estructural de la economía y promueven el trabajo decente”.

Especial importancia asume, en estos tiempos de pandemia, lo relativo a la cobertura de salud universal. La pandemia no sólo ha puesto de manifiesto las dramáticas consecuencias de la asimetría en la riqueza y disfrute de derechos a nivel mundial en lo tocante a la distribución de las vacunas, si no ha traído de nuevo a la palestra los déficits en materia de atención básica, acceso y garantías a un derecho humano como es la salud.

La cobertura de salud universal, que da acceso al menos a la atención de salud esencial, incluso a los cuidados de larga duración, es fundamental para conseguir los ODS, en particular el ODS 3⁹.

⁸ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> Consultado el 12 de mayo de 2021.

⁹ Especialmente lo señalado en sus Metas 3.8 “Lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos”, y 3.b “Apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles de

Las estimaciones indican que el derecho a la salud sigue sin ser realizado en muchos lugares del mundo, en especial en las zonas rurales, donde el 56 por ciento de la población carece de la cobertura de salud, frente al 22 por ciento de la población urbana. Se estima que se necesitan unos 10 millones en personal de salud para lograr la cobertura de salud universal a nivel mundial. Pero para ello, es fundamental asegurar la igualdad de acceso a servicios asistenciales de calidad y una financiación basada en criterios de solidaridad.

Pero, cuando nos referimos al trabajo, no es sólo una cuestión de cantidad, sino fundamentalmente de calidad, lo cual nos lleva a la consideración de unos ingresos o rentas dignas vinculadas al trabajo. El trabajo de calidad¹⁰ es una de las principales herramientas de inclusión social, fuente de ingresos de los hogares, dador de ciudadanía y sobre todo una de las dimensiones fundamentales para erradicar la pobreza. Este “derecho a un ingreso digno” debe considerarse como aquel que permite la obtención de un salario mínimo vital, que le permita disfrutar de una vida digna.

Como ha señalado, igualmente, la OIT “el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo

conformidad con la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, en la que se afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio en lo relativo a la flexibilidad para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a los medicamentos para todos”.

¹⁰ Entendemos por trabajo de calidad la noción desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) bajo la denominación de trabajo decente caracterizado como aquel que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, con ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, con protección social y diálogo social. Véase http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.”¹¹

En la actualidad se estima que, a nivel mundial, 57 millones de trabajadores «voluntarios» no remunerados cubren el déficit de personal necesario para brindar este tipo de cuidados a personas adultas y niños y se encargan de una parte sustancial de este trabajo; en su inmensa mayoría, son las mujeres quienes se dedican al cuidado informal de sus familiares. Los servicios de cuidados pueden crear millones de puestos de trabajo que podrían resolver la carencia de trabajadores de salud calificados, estimada en 13,6 millones a nivel mundial. Es preciso también esforzarse para mejorar las condiciones de trabajo de muchos trabajadores de salud y cuidados, en particular por lo que respecta a los derechos laborales y al debido nivel de remuneración, a fin de transformar el trabajo no remunerado en puestos de trabajo decentes y contribuir al pleno empleo y al crecimiento inclusivo.

La situación, según la OIT, dibuja un panorama poco halagüeño: pese al importante avance conseguido en la extensión de la protección social en muchos países del mundo, el derecho humano a la seguridad social sigue sin realizarse para la mayoría de la población mundial. Solo el 45 por ciento tiene cobertura efectiva por al menos un beneficio de protección social, mientras que el 55 por ciento restante –unos 4000 millones de personas– no tienen protección alguna.

Es por ello que se hace imprescindible, entre otras medidas:

¹¹ 3 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Trabajo decente. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> Consultado el 12 de mayo de 2021.

- Aumentar el nivel global del gasto público en el sector, en particular en los países de las regiones de África, Asia y los Estados Árabes, donde no se invierte lo suficiente en esta esfera.

- Considerar la suficiencia de los beneficios, pues las prestaciones de protección social son a menudo tan bajas que no alcanzan para sacar a la población de la inseguridad y la pobreza.

- Para promover el trabajo decente y erradicar la pobreza es fundamental extender la cobertura de la protección social a quienes forman parte de la economía informal, y facilitar su transición a la economía formal. La extensión de la cobertura puede conseguirse de diversas formas, siendo la más habitual una combinación de regímenes contributivos y no contributivos.

- Los ajustes de austeridad o de consolidación fiscal de corto plazo están socavando el desarrollo a largo plazo. Las reformas suelen tener un objetivo fiscal que lleva a recortar gastos, ignorando las consecuencias sociales negativas en términos de reducción de cobertura y/o insuficiencia de las prestaciones, y por lo tanto ponen en peligro el avance hacia la consecución de los ODS. Son necesarios más esfuerzos para impedir que las políticas de consolidación fiscal de corto plazo desestabilicen los importantes avances logrados¹².

No obstante, esta situación, como señala Novick, nos encontramos ante nuevos escenarios del trabajo, propiciado por tres elementos concurrentes. Por un lado, las transformaciones producidas por las distintas olas de cambio tecnológico que se vienen produciendo no solo desde la Primera Revolución Industrial, sino en los últimos 40 años producto de un importante avance de los procesos de

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf Consultado el 14 de mayo de 2021.

automatización, de la revolución en las telecomunicaciones, en la digitalización, en la masividad y velocidad de transmisión.

Por otro, se deben considerar los cambios organizacionales, no solo a nivel de las firmas a nivel individual, sino de las cadenas globales de valor que produjeron y producirán cambios de magnitud en las relaciones interempresas a nivel global, todos ellos facilitados por las nuevas aplicaciones tecnológicas o estrategias y formas de implementación de las técnicas puestas en práctica con anterioridad. Se trata de procesos de interconexión de producción y logística facilitados por el marco de globalización financiera actual producto de los avances tecnológicos, pero también caracterizados por nuevas modalidades de empleo y contratación. En las últimas décadas la producción global se ha fragmentado en diferentes tareas de los procesos de producción, los que se realizan en distintos países a lo largo de las cadenas mundiales de suministro aumentando la interconexión entre las empresas y trabajadores de diversos sectores. A su vez, esto ha tenido repercusiones en el mercado laboral, ya que numerosos puestos de trabajo se han convertido directa o indirectamente en vínculos de producción entre países.

En tercer lugar, deben considerarse las nuevas formas de empleo o modalidades de contratación y la pérdida de calidad del empleo¹³.

No solo deben, por tanto, analizarse los temas asociados con la estructura productiva, los cambios tecnológicos y el empleo, sino también como hemos indicado anteriormente con la protección social.

La pobreza y la desigualdad no son solo el resultado de diferencias en los ingresos laborales (la principal fuente de ingresos del 80% de las familias), sino del acceso equitativo a bienes públicos de

¹³ Novick, M., El mundo del trabajo. Cambios y desafíos en materia de inclusión, Naciones Unidas, Santiago, 2018.)

calidad desde el nacimiento hasta la muerte. El mercado de trabajo es el eslabón clave que vincula la estructura productiva con una alta desigualdad del ingreso de los hogares, relacionada con una distribución muy diferenciada de las ganancias de la productividad y con un acceso fuertemente estratificado al empleo de calidad y a la protección social. Asimismo, se reconoce cada vez más que la desigualdad es un fenómeno que se expresa en múltiples dimensiones y es causado por diversos factores. La noción de igualdad, por lo tanto, no se refiere solo a una igualdad económica o de medios. Sin duda, la igualdad de medios es una dimensión central de la igualdad que alude tanto a la distribución de los ingresos monetarios de que disponen las personas y las familias para procurar su bienestar y desarrollar sus capacidades, como a la distribución funcional del ingreso entre capital y trabajo, y a la distribución de la propiedad de activos financieros y no financieros¹⁴.

Todos estos escenarios, ya de por sí preocupantes, se han visto explosionados con la irrupción del Covid-19¹⁵, cuyos impactos, de todo género, son brutales. Ni en nuestros sueños más lúgubres hubiéramos imaginados vivir la situación que se nos presenta ante nosotros. La realidad una vez más supera a la ficción. El mundo vive una crisis sanitaria, humanitaria y económica sin precedentes en el último siglo, mientras las economías se paralizan, generando una situación solo comparable a un contexto de Guerra.

¹⁴ CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Panorama Social de América Latina 2016 (LC/PUB.2017/12-P), Naciones Unidas, Santiago, 2017 http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf.

¹⁵ Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). La COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto el nuevo virus como la enfermedad eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

Todavía se desconoce cuál será su duración y cuál su extensión y las formas en la que tan la anhelada recuperación llegará, pero lo que es claro y determinante es que cuanto más rápido y contundente sean las respuestas, menores serán los efectos negativos.

“Los trabajadores y las empresas se enfrentan a una catástrofe, tanto en las economías desarrolladas como en las que están en desarrollo”, ha declarado el director general de la OIT, Guy Ryder, a través de un comunicado. “Tenemos que actuar con rapidez, decisión y coordinación. Las medidas correctas y urgentes podrían marcar la diferencia entre la supervivencia y el colapso”. Según el organismo internacional, los efectos se dejarán sentir tanto en las economías desarrolladas como en las en desarrollo”¹⁶.

Este nuevo escenario requiere asimismo, según nuestro modesto entender, de una redefinición del concepto de empresa, de ganancia, de lucro.

Señala Grace, que “la opinión generalizada según la cual el espíritu empresarial está impulsado principalmente por la ganancia es perjudicial e inexacta. Es perjudicial porque distorsiona la política pública en beneficio de los que su única preocupación consiste en ganar dinero. También es inexacto porque el principal motivo de cualquier empresario digno de ese nombre es conseguir un resultado que tenga valor humano. La ganancia sigue siendo una medida esencial del éxito de cualquier empresa, pero cuando se convierte en el objetivo primordial, es más que probable que la iniciativa pretenda explotar tanto a los clientes como a los empleados. La conexión entre el espíritu empresarial y el valor humano es más que un noble ideal: pone de relieve el valor de hacer negocios en la sociedad humana. Ninguna sociedad se beneficia de aquella cuya única

¹⁶ <https://www.lavanguardia.com/economia/20200407/48376032939/oit-empleo-paro-covid-19-coronavirus-pandemia-crisis.html> Consultado el 27 de septiembre de 2022.

preocupación es la ganancia. El empresario, por su parte, tiene un papel insustituible en la promoción del bien común”¹⁷

Se impone, por tanto, la necesidad de sustitución de un modelo empresarial orientado al beneficio, por uno basado, bajo una democrática supervisión política, en la contribución al bien común y en el cuidado solidario del planeta. De ahí que sea relevante, como señala el Papa Francisco, hacer de la actividad empresarial “una noble vocación orientada a producir riqueza y mejorar el mundo para todos”¹⁸.

Un elemento personal, de sana naturaleza económica, puede ser la clave de bóveda de este nuevo modelo económico, que obtenga en la satisfacción, más allá del dinero, su verdadera relevancia social en conjunción con los trabajadores y la sociedad donde se imbrica.

De nuevo Grace, viene en nuestro auxilio, con una atentísima y sensible reflexión: “Esta actitud de alabanza, en el contexto de la empresa, no va en detrimento de los resultados prácticos. Si el sentimiento de satisfacción del que surge el elogio no va acompañado de organizaciones bien gestionadas, no puede sobrevivir. Una buena gestión requiere una atención concreta al comportamiento humano y a la motivación. Al igual que el acto de invertir, requiere un elemento de intuición que ninguna lógica o cálculo puede sustituir. Esta experiencia de la relación con la naturaleza humana es otra razón para explicar la influencia de las empresas en los responsables de la toma de decisiones. Para sobrevivir en su función, los líderes empresariales deben desarrollar un agudo sentido de cómo el comportamiento humano interactúa con la economía y la sociedad. Este «sentido de los negocios» no puede ignorarse

¹⁷ GRACE, E. , El espíritu empresarial y el planeta Tierra, en <https://www.laciviltacattolica.es/2022/02/18/el-espiritu-empresarial-y-el-planeta-tierra/>. Consultado el 20 de octubre de 2022.

¹⁸ 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. CELS, 129.

trivialmente, pues puede distorsionarse o perderse, ya que el éxito alcanzado al generar un negocio puede llevar a la adulación y a la pérdida de la perspectiva crítica.

Los que quieran permanecer firmemente arraigados en esta perspectiva deben mantenerse en sintonía con los cambios que continuamente se producen en la sociedad humana. En la transición hacia una economía verde, las ideas del mundo empresarial, debidamente centradas en el reto que se avecina, tendrán mucho que ofrecer. Un rasgo distintivo de las buenas iniciativas empresariales es la voluntad de abordar las complejas cuestiones que apuntan al lado más oscuro e incierto de la naturaleza humana. Cualquiera que desee alcanzar algún resultado significativo debe enfrentarse siempre a una dimensión de irracionalidad inherente al comportamiento humano. Los gobiernos pueden frenar esta irracionalidad castigando los delitos. Las empresas, por su parte, están llamadas a encontrar formas no coercitivas de superar el reto de la irracionalidad¹⁹.

Ahora bien, este nuevo modelo, exige considerar nuevos formatos organizativos empresariales y de relaciones con los trabajadores, lo que conlleva superar la noción economicista de asalariado.

Es habitual considerar que la labor del poder público en este sector debe quedar limitada a la supervisión de las actividades económicas, dentro de una economía de libre mercado; y a la protección de los trabajadores, dentro de cada vez sistemas más abiertos y favorables a la libre contratación y el consecuente despido.

Quizás, la raíz de esta situación la hallamos en la ampliación del concepto de sociedad, como un *totum revolutum*, frente a otras

¹⁹ GRACE, E., El espíritu empresarial y el planeta Tierra, en <https://www.lacivilta-cattolica.es/2022/02/18/el-espiritu-empresarial-y-el-planeta-tierra/>. Consultado el 20 de octubre de 2022.

formas, más adecuadas para un novedoso empresariado, como puede ser la “comunidad”.

Señala Parrot, a este respecto, siguiendo la Doctrina de los Santos Padres que: “En todo caso, debe tender a que la empresa sea una auténtica comunidad humana, cuya influencia bienhechora se deje sentir en las relaciones de todos sus miembros y en la variada gama de sus funciones y obligaciones», escribió el Papa Juan XXIII en 1961, en su encíclica *Mater et magistra*. Treinta años más tarde, en 1991, con motivo del centenario de la encíclica fundamental *Rerum novarum* del Papa León XIII, Juan Pablo II recordaba que «la empresa no puede considerarse únicamente como una “sociedad de capitales”; es, al mismo tiempo, una “sociedad de personas”, en la que entran a formar parte de manera diversa y con responsabilidades específicas los que aportan el capital necesario para su actividad y los que colaboran con su trabajo»²⁰.

Pero esa sociedad de personas no podrá construirse si no redefinimos el concepto de productividad. El modelo clásico de economía capitalista fomenta actitudes egoístas, en garantía del valor supremo de la seguridad, más preocupada de la eficacia que del rendimiento. Pero, insistentemente, nos asalta una pregunta, siguiendo de nuevo a Parrot : ¿«Productivo» en qué? ¿Para quién? ¿Para cuándo? ¿En qué circunstancias? Para un capitalista, lo productivo es lo que genera una ganancia, una renta, un interés monetario y, en definitiva, algún tipo de beneficio. Pero, ¿para el resto de los *stakeholders*? ¿«Útil» para quién? ¿En qué situación concreta? ²¹.

Si nos consideramos estas cuestiones, podemos entrar en un callejón sin salida, donde, como está sucediendo, el progreso técnico ya no sirva para aumentar la productividad del trabajo. Ante esto, sólo

²⁰ PERROT, E., Empresa, sociedad y comunidad humana, en <https://www.laciviltacattolica.es/2022/11/04/empresa-sociedad-y-comunidad-humana/> Consultado el 12 de noviembre de 2022.

²¹ *Ibíd.*

queda una respuesta desde el capitalismo: reducir el valor del trabajo.

Para garantizar esa pretendida “seguridad” capitalista caben, entonces dos soluciones: reducir el valor de los bienes y servicios que precisan los trabajadores, con clara cortapisas a las demandas sociales y al aumento racional y digno de los salarios; o, “importar” mano de obra (cuando no, esclavos) que compita con los trabajadores.

Hemos globalizado los mercados, no los derechos humanos, ni la dignidad que los sustenta. Los capitales y productos pueden circular a discreción, mientras miles de personas son rechazadas diariamente en las fronteras, o simplemente mueren ahogadas, al intentar formar parte de esa globalización que no los contempla, salvo como “externalidades”.

Y debemos tener claro y siempre presente que la globalización no es un fenómeno espontáneo, casual. Todo lo contrario, es el resultado de una ideología dominante, que, bajo diversas denominaciones, ha permanecido agazapada, socavando, lenta pero persistentemente, nuestro Estado de bienestar, para instaurar un sistema planetario de control y gobierno efectivo que supera los órganos nacionales e internacionales, que no se somete a controles democráticos, que no rinde cuentas, pero que impone inexorablemente sus mandatos ²².

Se impone, por tanto, una opción más próxima a los trabajadores y empresarios, fuera de la tradicional concepción de los mercados. Y no podemos alegar desconocimiento. Han transcurrido varios

²² SÁNCHEZ BRAVO, A., Prognosis marxista sobre globalización y la crisis del Estado, en *Crise e transformações do Estado: apontamentos e perspectivas*, coord. a cargo de Álvaro A. Sánchez Bravo, Thiago Luiz Rigon de Araújo y Jean Mauro Menuzzi, Editora Deviant, Brasil, 2018, pp. 13-29.

siglos ya desde que el modelo clásico de beneficio, interés, lucro, no ha logrado; sino ahondado en las desigualdades.

Nuestra tradicional apelación al Estado como garante de nuestros derechos, no debe ocultar nuestro compromiso individual y colectivo. Debemos esforzarnos por cambiar, adaptarnos a la nueva vida que está por llegar, y que supone, y supondrá, renunciaciones y sacrificios a los que no estamos acostumbrados. Lo que está en juego es nada menos que la propia vida.

Es complicado, pero la utopía debe mantenerse, y ser un estímulo para otro mundo diferente. Pero esta crisis, sanitaria, económica y cultural, puede ser también una oportunidad para modificar errores, repensar nuestro camino y nuestro futuro y tomar conciencia de nuestra dependencia de la Naturaleza y nuestra relación con ella.

De repetirse la crisis planetaria, el apocalipsis puede manifestarse en toda su contundencia, y no habrá más historia que contar.

CIBERMIGRANTES. HACIA LA GARANTÍA GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Amalia De La Riva López¹.

AL PROFESOR JUAN RASO DELGUE

Tuve la dicha de conocer a Juan Raso durante mis cursos de grado, generándose un vínculo mantenido y acrecentado a lo largo de tantos años de convivencia académica, en los estudios de posgrado, en la actividad docente y en la vida universitaria en general. Puedo decir además, con enorme alegría y profundo orgullo, que Juan me ha acompañado en los momentos más importantes también de mi vida personal, en los más felices y en los más amargos².

La proyección internacional del homenajeado es tan notable que, es difícil dimensionarla desde la cercanía personal y profesional. No hubo espacio que se resistiera a su deslumbrante presencia intelectual, permanentemente bañada por su coloquialidad y proximidad proverbiales.

Desde el punto de vista de la actividad científica y académica de Juan Raso, todas las opiniones sin dudas pueden coincidir en su enorme potencial de reflexiva anticipación³ sobre los fenómenos

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Facultad de Derecho, Universidad de la República. Uruguay.

² Recuerdo su presencia afectuosa en mi casamiento y su compañía a la hora del temprano fallecimiento de mi padre: atesoro su cariñoso mensaje en tan triste momento.

³ Como muestra únicamente mencionar su tarea constructora de la Licenciatura en Relaciones Laborales de la Universidad de la República historia a la que en 2012 nos acerca en "La licenciatura de Relaciones Laborales. Crónica de un desafío", y por otra parte, sus recientes análisis sobre el Metaverso y sus implicancias en el campo del trabajo. De más está decir, la vigencia de su Blog, que trata temas de enorme actualidad y condensa habitualmente en pocas palabras reflexiones de gran profundidad.

laborales. Un pensador incansable, un crítico certero, un cuestionador implacable, un intelectual de espesor único, un hacedor formidable, un jurista de fuste, un precursor de nuevas generaciones de juslaboralistas que, como uno de los más insignes representantes de la escuela uruguaya de derecho del trabajo, ilumina el camino de todos los que nos hemos visto honrados por su amistad.

Es prácticamente imposible convocar un tema vinculado al Derecho del Trabajo o a las Relaciones Laborales, que Juan Raso no haya estudiado en profundidad y sobre el que además, no haya aportado lúcidas reflexiones. Su dedicación tanto a temas propios de la trama más fundante del Derecho del Trabajo, como a aquellos novedosos y casi de ciencia ficción, son el soplo que han dado - entre otros factores- origen a las reflexiones que aquí se presentan y cuyas aristas integran fenómenos de ambos tipos.

INTRODUCCIÓN

Fuerte ha sido el impacto histórico de cada una de las revoluciones industriales, arrojando consecuencias tanto en las formas de producción o comercialización de bienes y servicios, y por consiguiente en el modo en que se entablan las relaciones de trabajo. Los instrumentos normativos creados para la gobernanza del sistema son hijos de su propia época, sin perjuicio de anotar la enorme plasticidad con que han podido adaptarse a nuevos y no pocas veces impensados desafíos.

La cuarta Revolución Industrial a la que asistimos desde hace algunas décadas, promete ser de una profundidad tal que es capaz de hacer estremecer las bases mismas del modo en que entendemos el trabajo, el sujeto que trabaja y el derecho que lo regula.

La difusión de las tecnologías de la información caracterizada por una interconexión masiva de sistemas y dispositivos digitales, y en especial por la inteligencia artificial acompañada de la acumulación de inmensas cantidades de datos (conocida como *big data*), y el

uso de algoritmos para su procesamiento, es una de las claves de nuestra era.

El enorme grado de digitalización y de interconexión de los procesos, a la vez que la infinita posibilidad de uso de los sistemas de comunicación y procesamiento de datos, han borrado para siempre las fronteras nacionales de la producción.

Situación que se enlaza con la presencia y desarrollo cada vez más vertiginoso de las cadenas mundiales de valor⁴, lideradas por las empresas multinacionales, que capitalizando las herramientas propias de esta cuarta revolución industrial han potenciado su vigor.

La propuesta que se realiza desde estas páginas es invitar a la reflexión sobre un nuevo concepto nacido de la Revolución Industrial 4.0, adherido a la prestación de servicios, en tiempo real y fuera de fronteras, y que hemos denominado cibernigrantes⁵.

⁴ Las diversas formas que adopta el capital para organizarse provoca un entramado de sujetos y responsabilidades que les son propias, verdaderamente complejo. A la regulación vernácula se le suma toda la pléyade instrumental de las propias empresas, el sistema de normas internacionales y los tratados aplicables, lo que lejos de sumar capas o niveles de protección provoca, una práctica ausencia de los mismos.

⁵ Este concepto vio la luz en el XXII Congreso Mundial de la SIDTSS que tuvo lugar del 4 al 7 de setiembre de 2018 en la ciudad de Turín, Italia, en oportunidad de la presentación del trabajo de esta autora denominado: Cibernigrantes. cruzando las fronteras de la realidad virtual.

En el presente estudio se intenta continuar el camino de la reflexión allí iniciado, y que luego fue profundizado en “Los cibernigrantes: Un concepto Jurídico 4.0” en Revista de Derecho Comparado del Trabajo y la Seguridad Social, COMPTRA-SEC, Num. 3, 2019. y posteriormente, en la realización de una propuesta transversal: cibernigrantes, recogida en Sanguineti Raymond, W., (Coord) “Grupo de Investigación. Comercio Internacional y Trabajo” Sociedad Internacional y Derecho del Trabajo, y más recientemente en “Cibernigrantes: de la construcción del concepto a la estrategia de aplicación, en Sanguineti Raymond, W. Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Desde hace décadas, y al influjo de la búsqueda de la maximización de la rentabilidad del capital, se ha venido produciendo el traslado de la actividad productiva desde los países centrales a aquellos donde el costo de producción fuera inferior, lo que ha traído como consecuencia que las más de las veces se opte por deslocalizar la producción de bienes, a espacios territoriales donde especialmente el valor de la mano de obra fuera sensiblemente inferior al correspondiente al lugar de asiento de la empresa principal.

La Revolución 4.0 nos sitúa frente a un redimensionamiento de esta situación, que implica que ese proceso, originariamente vinculado a la producción de bienes materiales con componentes -en especial de mano de obra- extraterritoriales, puede ahora y desde tiempo reciente, también darse en relación a los servicios.

El fenómeno de las cadenas globales de valor, es entonces la más viva expresión de la transformación de las relaciones de producción y sobre todo de la división mundial del trabajo, al calor de las facilidades que el progreso tecnológico ha puesto a su disposición.

En efecto, la prestación de servicios debía hasta no hace tanto tiempo, necesariamente, realizarse en el propio lugar en que ese servicio era consumido, y habitualmente de modo casi instantáneo. Pero, de la mano de la irrupción de las autopistas de la información y de la comunicación en la organización del trabajo, a lo que ha de sumarse el experimento que en términos laborales debió llevarse a cabo a consecuencia de la emergencia sanitaria mundial, justo es decir que el panorama ha variado sustancialmente.

En tal sentido, puede notarse que ya no resulta necesario producir el servicio, cuándo y dónde se consume, sino que es posible realizarlo en el mismo momento en que se consume, pero en otro lugar. Y este lugar, puede ser además, fuera de fronteras. Así, una

entidad financiera que recibe en su oficina, una solicitud de crédito cuyo análisis será realizado por un funcionario a miles de kilómetros y tal vez entregado personalmente al cliente en la propia sucursal, pocos minutos después. O un hospital que realiza estudios médicos cuyo aspecto clínico se realiza en la propia institución mientras que el informe se produce a distancia, pero en forma instantánea por estar enlazado quien lo produce con la plataforma de toma, almacenamiento y envío de imágenes, informando al paciente casi en el acto. O el mecanismo que se dispara cuando se extravía la tarjeta de crédito y al otro lado de la línea -telefónica o informática- es esta cancelada, en un servicio prestado de modo instantáneo por un trabajador que estará tal vez a miles de kilómetros.

En definitiva, el servicio se produce, no sólo en el exacto momento del aprovechamiento por la empresa y eventualmente su cliente, sino “realmente” dentro de los límites del propio país, aunque paradójicamente desde fuera de fronteras.

De tal modo entonces la deslocalización de la prestación de servicios es posibilitada por las nuevas tecnologías⁶, dibuja la silueta de buena parte de la Revolución Industrial 4.0, y pasa a formar parte del proceso mundial de producción desde diversos emplazamientos, todo lo que converge en un desafío global de gobernanza ética del sistema.

⁶ De acuerdo al informe de 26 de marzo de 2019 Transformación empresarial: nuevas oportunidades para las organizaciones empresariales, OIT Bureau for Employers' Activities (ACT/EMP), “El 56% de los encuestados señalaron la innovación tecnológica como la tendencia mundial con mayor repercusión general en las empresas. En la actualidad, la tecnología facilita el acceso a nuevos mercados; crea oportunidades para nuevos modelos empresariales digitales; acelera el desarrollo de nuevos productos y servicios; permite nuevas modalidades de trabajo (como los equipos virtuales internacionales y el trabajo a distancia), y expande las redes digitales de proveedores y socios empresariales”.

LA ORGANIZACIÓN TRASNACIONAL DEL TRABAJO Y SUS DESAFÍOS

El modelo tradicional de empresa convive con la presencia de cadenas globales de valor que han grabado a fuego un signo transformador a las relaciones de producción y la división internacional del trabajo que supone como regla general, la localización de los centros de dirección en los países desarrollados, mientras que, en los países emergentes se radica, por su parte, la casi totalidad de la actividad productiva de base.

Este modelo de organización de capital y trabajo produce impactos verdaderamente severos en el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores implicados en los procesos transnacionales, cuyo signo más habitual es la pérdida de efectividad de los mecanismos tradicionales de regulación de conductas, de la mano de una intensa presión a la baja de las condiciones de los Estados receptores como modo de atraer inversión extranjera.

La realidad apuntada es históricamente relevante en el caso de las cadenas de manufactura, precursoras de esta modalidad de producción con eje en la industria textil o agrícola, pero también es clara actualmente, en las actividades con alto contenido intelectual, científico o técnico profesional desarrolladas en el sector servicios.

Si bien como se apunta por parte de la Organización Internacional del Trabajo en “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro” la integración en las cadenas de valor pueden y de hecho en algunos casos crear trabajo decente de la mano del crecimiento económico que proveen al país receptor, no es menos

cierto que sobre todo en los eslabones inferiores de las cadenas de suministro se constata una fuerte precariedad del empleo⁷.

Así, la división hemisférica entre Norte y Sur, lo que a estos efectos es también la habitual división entre empresa matriz y trabajo deslocalizado remotamente, encuentra un actor especialmente relevante en los Estados, de uno y otro espacio, aunque con diverso signo.

La ausencia, relativamente frecuente en los Estados de acogida, de un decidido rol protectorio de la dignidad de sus propios ciudadanos, en buena parte de los casos estará teñida por la existencia muchas veces de políticas económicas centradas en el lucro empresarial como finalidad concordante del Estado y sus clases dirigentes, otras veces debidas a la fragilidad institucional o democrática, o a la presencia de aspectos político filosóficos de base, elementos todos cuyas consecuencias suelen recaer en los menos favorecidos.

De este modo, se potencia la dificultad de respuesta que tiene las normas heterónomas e incluso las convencionales para atrapar en su red de contención, a un fenómeno que no reconoce fronteras nacionales, ni soberanías específicas.

La construcción de respuestas apropiadas, éticamente sostenibles, y socialmente responsables, ha sido decididamente laboriosa, y ha estado marcada por la presencia de una protección multinivel, propulsada desde diversos ejes.

En este camino, los instrumentos privados de regulación, han sido una opción acertada, con la responsabilidad social empresarial como sustento deontológico del sistema, que según algunos

⁷ “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro” Conferencia Internacional del Trabajo, Informe IV, 105.ª reunión, 2016.

autores⁸ tiene que ver con la convergencia entre la universalización de los valores propiciada por la globalización, la denominada ciudadanía del consumo y el efecto del activismo social en tal sentido⁹.

Este proceso que cuenta con el núcleo empresario principal como abanderado, explota la posición en que el mismo se encuentra como modo de vehiculizar una protección determinada e inocularla en toda la cadena de valor, lo cual sin dudas es revolucionario en tanto se aparta de las estructuras jurídicas tradicionales de encauzamiento de cualquier fenómeno laboral.

En este contexto es que la denominada Debida Diligencia¹⁰ ha cobrado un papel fundamental, proponiendo que la misma empresa analice las consecuencias de su comportamiento y en su caso detecte y eventualmente repare las vulneraciones a los derechos humanos, producto tanto de su accionar directo como del de los empleadores situados en los eslabones descendentes en la cadena, pudiendo demostrar algunos resultados positivos aunque resulta ciertamente difícil obtener resultado empíricos de su aplicación¹¹.

⁸ Cf. Sanguinetti Raymond, W. “Retos de los sistemas de legislación laboral y seguridad social”, Ponencia Oficial, Congreso Mundial, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2021, pág. 110.

⁹ En este sentido, por otra parte es imposible no detectar un cierto rasgo eurocéntrico en las afirmaciones, por cuanto, en las multinacionales que operan en el Sur global, la conciencia de los consumidores no puede o no quiere involucrarse en el tema, resultando también al menos ingenuo pensar que el propio entramado empresarial puede convertirse casi de motu proprio en el guardián del establecimiento de estándares laborales compatibles con la dignidad humana.

¹⁰ Sin dudas Sanguinetti Raymond, W. ha sido uno de los juristas que ha estudiado más a fondo este sistema, puede consultarse entre muchos, una visión actual en: “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos”, en Trabajo y Derecho, Monográfico, Número 14 año 2021, Colección Laboral, Palomeque López, C. (Dir), Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B (Coord).

¹¹ Tal como se indica en “La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Ginebra, 25 a 28 de febrero de 2020), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Gobernanza y Tripartismo, Ginebra, OIT, 2020”, pág.23

Inquieta ciertamente que la efectividad de los derechos humanos deba ajustarse no ya al cumplimiento normativo sino al estándar de la diligencia debida o cualquier otra manifestación del *soft law*, particularmente, además cuando las reglas de cumplimiento acechan sobre el Derecho del Trabajo debilitando en consecuencia la efectividad de los derechos sustanciales¹².

Pero, naturalmente, no puede pedirse a una iniciativa privada, por compartida, ambiciosa o ética que ella sea, lo que ha de pedirse a quienes están dotados de poder de imperio o a los organismos que a ellos nuclean, y por ello, como estrategia de reforzamiento se han adoptado diversos instrumentos. Así el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, que desde el año 2000 se interesa por promover los principios relacionados con la protección de los derechos humanos en las cadenas de producción, respecto de lo que ha elaborado infinidad de documentos, el último de ellos, lanzado el 25 de octubre de 2022: “Herramientas para ayudar a las empresas en la gestión de los DD.HH. en la cadena de suministro”¹³, del mismo modo que la aprobación en 2011 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Por su parte lo propio ha realizado la OCDE a través, entre otros instrumentos de las líneas directrices para empresas multinacionales, o de la Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable del año 2018, por mencionar algunos, fuera del campo propio de la OIT¹⁴ que cuenta con varios instrumentos al respecto.

¹² Cf. Barretto Ghione, H. quien concluye: “La diligencia debida aparece así como un intento de introducir en el discurso de la OIT - a través de un documento de “conclusiones” de una comisión- un elemento que rompe el equilibrio de flexibilidad y rigor de las normas internacionales a favor del primero polo...” en “El lento, imperceptible y cuestionable arribo del enfoque de la Diligencia debida en el Derecho del Trabajo. Revista Derecho Laboral T. LX , número 265, enero-marzo 2017

¹³ <https://sustainableprocurement.unglobalcompact.org/es/>

¹⁴ Es de interés la atenta lectura de Servais, J.M. “Las empresas multinacionales y la OIT: ¿hacia una mayor eficiencia? *Revista Jurídica Del Trabajo*, 1(2), 1-30. Recuperado a partir de <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/32>

Pero como puede notarse, nuevamente, estos documentos y aquellos otros de su tipo, se sirven del poder privado de las empresas, específicamente de las matrices para, aprovechar su posición en la cadena y de tal modo, a través de ellas se pueda derramar los contenidos de trabajo decente, lo que como se dijo dista de ser suficiente.

Tampoco es suficiente, aunque es ciertamente un mojón de especial importancia, la aprobación de diferentes normas, que con un potencial regulador creciente han sido aprobadas en el mundo. Es el caso de la Ley de Transparencia en la Cadena de Suministros, California, 2010, la británica Ley sobre esclavitud moderna de 2015, o sobre todo, la Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas que ejercen el control, 2017¹⁵.

Es entonces, teniendo en consideración este panorama y especialmente las debilidades apuntadas, que se propone la idea de la cibernmigración como germen de un derecho trasnacional del trabajo, desligado de la tarea que como parte de la diligencia debida lleven a cabo las empresas, y asimismo, desvinculada de las propias acciones de los Estados receptores, y sobreponiéndose además a las debilidades del movimiento sindical en el plano trasnacional. Todas, sin perjuicio de lo dicho, herramientas válidas, y eficaces en su propia medida para coadyuvar a la gobernanza ética del fenómeno.

CIBERMIGRACIÓN

La presentación de este nuevo concepto supone, identificar un punto de intersección de tres nociones, a saber, teletrabajo¹⁶, e-

¹⁵ Al respecto puede consultarse excelente análisis de Daugareilh, I. "El deber de vigilancia "a la francesa": ¿Una oportunidad para los acuerdos marco internacionales? En Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Directores) "La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales", pág. 370y sigs.

¹⁶ las conceptualizaciones del teletrabajo giran generalmente en torno a dos elementos esenciales: por un lado, un trabajador que se encuentra fuera de la sede de la empresa, y por otro lado, el uso intensivo de la tecnología de la comunicación y la información como medio imprescindible para desarrollar la tarea. Esta idea ha

work¹⁷ y trabajo migrante, de modo que, implica concebir al cibermigrante como aquél sujeto que sin anclaje físico en la empresa, localizado fuera de fronteras, desarrolla un servicio posibilitado por un indispensable, y esencial, soporte tecnológico, en beneficio de otro sujeto que lo dirige, controla y remunera.

Como es notorio, el concepto luce estructurado sobre una base de deslocalización. Es decir, se trata de un sujeto que vive fuera de las fronteras del país donde el servicio es efectivamente consumido, y además trabaja fuera de la empresa que lo remunera¹⁸.

En definitiva, ni se encuentra inserto físicamente en un espacio empresarial, ni se encuentra inserto físicamente en el país donde el servicio satisface a su destinatario.

sido trabajada desde diversos enfoques, incluso desde la tradicional conceptualización del trabajo a domicilio, como surge del Convenio Internacional de Trabajo número 177 de 1996 (vigencia a partir de 22 de abril de 2000) y la Recomendación número 184 de 1996, de donde se desprende que el teletrabajo se encontraría atrapado por sus previsiones a partir de la inclusión de la prestación de servicios como contenido posible del trabajo a domicilio. Por su parte, Gallardo Molla, R. destaca la pretensión de globalidad de la protección del trabajo a domicilio a partir de la cobertura de aspectos básicos, que incluye tanto el antiguo como el moderno trabajo a distancia en “El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador”, Móstoles, Madrid 1998. En Uruguay, no es posible analizar el tratamiento dogmático del Teletrabajo, si no se recurre a las reflexiones de Gauthier, G. en Teletrabajo, Introducción al estudio del régimen jurídico laboral, que ha visto su segunda edición en agosto 2022.

¹⁷ El e work se revela en relación al teletrabajo, como una figura que comprende todo tipo de tarea, en régimen de subordinación o no, realizada a través de medios tecnológicos usados de modo intensivo

¹⁸ Vale decir, no se dirige a un call center ni a una sucursal de la empresa que lo contrata porque si así lo hiciera, se trataría de un trabajador típico en una empresa típica, sometidos a la regulación local, aunque justo es decirlo podría pensarse en la extensión a tales prestadores, de algunos de las propuestas que se realizan de la mano de esta nueva conceptualización.

Por lo tanto, hay una total disociación física entre empleador y trabajador y también, hay una total disociación física entre consumidor del servicio y trabajador que lo presta.

Pero esa doble disociación física, se encuentra compensada por una hiperconexión virtual, que es la que habilita el desarrollo de la tarea encomendada, suplantando el anclaje físico del trabajador en el puesto laboral determinado, en una empresa determinada, en un país determinado, para prestar el servicio a ese consumidor que lo recibe, en ese mismo país.

Esos trabajadores extranjeros, localizados fuera de fronteras, realizan idéntica tarea a la que llevarían a cabo si estuvieran físicamente en el mismo lugar, en el mismo momento que el servicio se consume como tradicionalmente ha sucedido¹⁹, por lo tanto, él es creador de riqueza en aquél país en que se aprovecha el servicio que por definición en el caso en estudio, es diverso a aquél país desde el cual se produce.

Vale decir, no se trata de un trabajo diferente, sino de un modo diferente de prestar el servicio, signado ahora por la ausencia de comunidad física, por cuanto los cibermigrantes trabajan directamente para la empresa, fuera de su sede incluso a veces en otro continente, pero pueden realizar la labor en función de una conexión interactiva (*two way line*), bajo el paradigma de las nuevas formas de organización del trabajo trasnacional globalizado.

¹⁹ Alarcón Caracuel, lo expresa gráficamente con el siguiente ejemplo: “cuando uno utiliza el servicio de información de la Compañía Telefónica de España para preguntar por el número de teléfono del Museo del Prado, y una voz con tono claramente magrebí, le pregunta que en qué ciudad se encuentra ese museo. No es que la Compañía haya contratado en España a un magrebí -que tendría que cobrar al menos el salario mínimo español- sino que lo ha contratado en Marruecos o en Túnez, cobrando mucho menos”. Alarcón Caracuel, M.R. En “La informatización y las nuevas formas de trabajo” Nuevas tecnologías de la información y la comunicación en Derecho del Trabajo, Bomarzo 2004, pág.12

La digitalización de la economía ha transformando entonces, la estructura de los servicios a nivel mundial, de modo que la transferencia fuera de fronteras que se inició con la producción de bienes, abarca ahora también a los servicios de prestación directa, en un proceso que seguramente está lejos de considerarse acabado²⁰.

Nos enfrentamos así, a una suerte de migración de capacidades y no de corporalidades, una migración no física, sino una cibermigración.

Ese cibermigrante, en cuanto al valor que incorpora al producto de su trabajo y que directamente se adscribe al empleador, es idéntico al migrante que físicamente se traslada, en definitiva el empleador se sirve de él con igual provecho pero sin cargar a su respecto seguramente con las mismas responsabilidades, lo que genera un vacío de gobernanza que es de orden integrar.

La modalidad apuntada, alienta muchas veces, prácticas alejadas del cumplimiento de estándares de dignidad, tratándose de un trabajador que además, es invisible para el Estado donde reside, ya que, las más de las veces no tendrá registro laboral, y por ello no estará protegido por las regulaciones locales, en la medida que las hubiera. Pero también es invisible para el Estado donde crea riqueza, ya que ni siquiera reside en él. Todo lo cual no se ve alterado por la posibilidad –en muchas ocasiones real– del pago de un interesante salario en comparación con el percibido por quienes hagan lo mismo para empresas locales.

²⁰ “El comercio de servicios ha aumentado en las últimas décadas: su porcentaje del comercio total en términos de valor añadido pasó del 31 por ciento en 1980 al 43 por ciento en 2009”, según Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Ginebra, 25 a 28 de febrero de 2020), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Gobernanza y Tripartismo, Ginebra, OIT, 2020; pág. 9.

Los desafíos de la protección de los derechos individuales²¹, y del amparo a la seguridad social²², así como de la acción colectiva²³ son fácilmente imaginables.

Por ello es que este trabajador 4.0, debe ser mirado desde una perspectiva 4.0., lo que, como se ha hecho, comienza por brindar herramientas que permitan categorizarlo jurídicamente, en lo que como se propone, puede denominarse cibernigrante.

²¹ Que se encuentra no sólo con un déficit de protección sino incluso con la dificultad de analizar los propios elementos constitutivos de la relación de trabajo. Sierra Benítez, E.A. ha mencionado en reflexiones propias para la UE pero totalmente aplicables al presente: “Se plantea la necesidad de que se regulen las nuevas formas de empleo de modo que se puedan identificar con claridad los sujetos de un contrato de trabajo: el empleador y el trabajador. La digitalización y en general la Industria 4.0, está dando lugar a nuevas formas de empleo que, en principio, se están regulando solo en el ámbito de la aplicación del contrato de trabajo”; en Sierra Benítez, E. A. “Sostenibilidad Social en la industria 4.0. Desafío para la UE-2030”, pág. 413 y sigs.

²² Dando por cierto que, la protección social en el mundo entero gira de regla en torno al eje de la labor formal, estos trabajadores se encuentran totalmente desfavorecidos. Podrán a lo sumo, aspirar a prestaciones no contributivas, en general escasas y de baja cobertura, sobre todo en los países no desarrollados.

²³ Si ya se visualiza el problema de la configuración del ámbito subjetivo de los convenios colectivos, para el caso de aquellos trabajadores típicos que son momentáneamente trasladados fuera de fronteras, imagínese las complejidades adicionales que se presentan en el caso de los cibernigrantes. Molina Martín, A.M. en “Movilidad geográfica internacional de trabajadores y ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos” en XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, pág. 111 y sigs, analiza aquél supuesto, que se visualiza en la ribera de la cibernigración de modo tal que incluso podríamos hacer el ejercicio de pensar el trabajo de estos cibernigrantes, en paralelo con aquél trabajo de los expatriados temporalmente, pero en un marco sin tiempo limitado.

LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL CIBERMIGRANTE

De esta manera, el reconocimiento de esta entidad denominada cibernmigrante, es el punto de partida para una nueva vía de atención al fenómeno del trabajo transfronterizo vía tecnología, en clave de derechos humanos.

Teniendo presente a estos efectos, que la única diferencia entre el migrante típico, y el cibernmigrante es que éste no ha cruzado las fronteras entre Estados, sino que se ha valido de la autopista de la información para producir riqueza en aquél país donde el servicio se consume, pero en el que él no reside.

Como se ha visto, muchas herramientas se han convocado a la hora de timonear el supuesto vinculado al trabajo fuera de fronteras y especialmente aquél prestado al interior de las cadenas de valor. Así pueden mencionarse los tratados multilaterales o a los acuerdos de libre comercio, pueden verificarse también visiones desde los tratamientos impositivos, los códigos de conducta, la responsabilidad social empresaria²⁴, la debida diligencia o el softlaw, todas teniendo presente además, las dificultades provocadas por las barreras vinculadas a las soberanías nacionales.

Desde estas reflexiones se pretende convocar otra herramienta, esto es, la aplicación del derecho vinculado a las migraciones laborales, que surge de una nueva mirada sobre el fenómeno, y propone capitalizar la pluralidad de instrumentos internacionales

²⁴ Con total acierto indica Daugareilh, I. "La Responsabilidad social de las empresas se ha desarrollado en un contexto económico particular, el de la globalización de la economía, y en un contexto jurídico inadaptado a este nuevo orden internacional" expresión sin duda de perfecta aplicación a cualquiera de los otros mecanismos de contención jurídica del fenómeno del trabajo trasnacional. En "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y perspectiva jurídica. Cuadernos de Relaciones Laborales 2009, 27, núm. 1 77-106".

dedicados al punto así como, la necesaria puesta en marcha de los dispositivos de aseguramiento del cumplimiento de ellos²⁵.

En este sentido, el vasto marco regulatorio de las migraciones, tiene vocación de aplicación a los cibermigrantes, y en definitiva puede proveerles de la misma protección que se acuerda a los trabajadores locales, situados en el ámbito físico de la empresa principal. Se logra de tal modo, el objetivo de la ausencia de discriminación laboral por razón de nacionalidad, bajo el entendido de que su trabajo crea riqueza en el país en que efectivamente se goza sus frutos.

Es este un camino que permite apuntar a una globalización²⁶ de los servicios, socialmente sostenible²⁷, poniendo freno al dumping social, al menos en esta área, permitiendo un control internacional derivado de los sistemas de aplicación de cada una de las normas

²⁵ De modo que no se trata de proponer la toma de nuevas medidas nacionales con implicancias extraterritoriales respecto de aquellas empresas con sede en el país, pero agregando valor en el servicio por el aporte de la mano de obra allende fronteras. Mucho menos se trata de establecer legislación nacional pasible de ejecución extranacional.

²⁶ Ha dicho el informe de 26 de marzo de 2019 Transformación empresarial: nuevas oportunidades para las organizaciones empresariales, OIT Bureau for Employers' Activities (ACT/EMP) "Pese a recientes contratiempos, la globalización de la economía mundial es un hecho, y evoluciona a gran velocidad. Las economías emergentes, que en otros tiempos se situaban en la periferia de las cadenas mundiales de suministro (principalmente como proveedores de bienes de bajo coste, recursos naturales no procesados o servicios básicos), están convirtiéndose en centros neurálgicos de capital, innovación y talento".

²⁷ Sin dejar librado el tema exclusivamente a declaraciones de principios fundamentales, a acciones de responsabilidad social empresaria, o a la incidencia de la denominada "soft law", sin perjuicio de reconocer su relevancia en este campo en el cual han proveído de buena parte de la red de contención de la actividad laboral y del disfrute de algunos derechos básicos. Aquellos tópicos han sido analizados en profundidad por Daugareilh, I. en Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica Cuadernos de Relaciones Laborales, 2009, 27, núm. 1, p. 77-106

convocadas y, que por otra parte no vulnera las fronteras geográficas.

Así como los bytes borran las líneas de demarcación soberana entre los países, la aplicación de las normas sobre trabajo migrante atenúa las barreras en el campo de los derechos.

De lo que se trata entonces, es de optar por una visión de los conceptos tradicionales desprovista de anteojeras, que permita ver como la idea de cibermigrantes encaja, con poco esfuerzo, en la de migrantes tradicionales, resultando efectiva, cualquiera sea la forma en que la migración se opere: física o cibernética.

En definitiva, se trata de tomar un estatuto común, pensado para la migración tradicional, y redimensionar su poderío para, por encima de las barreras nacionales, focalizarse en el reconocimiento de que es posible migrar laboralmente, sin desplazarse en forma corpórea.

Más aún, y aunque como fue dicho el camino de estas reflexiones se inició con anterioridad, honra la línea expresada por la Organización Internacional del Trabajo en su documento “Trabajar para un futuro más prometedor” en tanto propone “tomar medidas innovadoras para afrontar la diversidad cada vez mayor de situaciones en las que se presenta el trabajo y en particular el fenómeno emergente del trabajo digital”²⁸.

Puede, en definitiva, considerarse esta idea, en dicho rumbo²⁹, en el concierto de una respuesta jurídica plural para atender el fenómeno.

²⁸ “Trabajar para un futuro más prometedor - Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2019, pág.15.

²⁹ Naturalmente, y aunque no todos son peligros, otros desafíos se ciernen sobre la humanidad, a caballo de la convergencia de los intereses de las empresas tecnológicas y las multinacionales, el impacto de la crisis sanitaria provocada por el

CONCLUSIONES

La cuarta revolución industrial ha borrado para siempre las fronteras nacionales de la producción, y envuelve el trabajo en el sector servicios en la mecánica de las cadenas globales de valor.

Como ha sido puesto de manifiesto, gracias a las autopistas de la información, hoy, la diferencia entre un trabajador nacional que presta servicios directamente al cliente de su empleador situado en otro Estado y el extranjero que hace lo propio desde su país, es exclusivamente su lugar de residencia, y conforma en la actualidad, un modo corriente de prestación de servicios en la economía global.

Urge atender las complejidades que presenta la nueva figura del cibernigrante, reconociendo que la batería de herramientas aplicadas hasta el día de hoy, no ataca debidamente los espacios más duros de la explotación del trabajo humano especialmente en las economías emergentes. Realidad común tanto para quienes se desempeñan en los eslabones vinculados a producción de bienes, como en aquellos derivados de la prestación de servicios, respecto de los que pretende por el presente ponerse el foco.

El déficit de gobernanza en clave de derechos humanos, puede como se vio, abordarse por muchos instrumentos y de modo convergente. En estas reflexiones, desde la conceptualización de la cibernigración, y las consecuencias que de ello se derivan, se plantea uno adicional.

El núcleo de la propuesta consiste entonces, en reclamar la aplicación práctica a estos cibernigrantes, de toda la red de contención laboral y el apoyo al disfrute de los derechos humanos, construida

Covid y concepciones filosóficas transhumanistas, que deben ser punto de atención decidida. Al respecto puede consultarse Llano Alonso, F. H. "Globalización y revolución tecnológica ante la crisis del paradigma humanista" en VV.AA. Globalización, Capitalismo e Ideología. Sánchez Bravo, A. (ed.), 2021.

desde hace décadas, en referencia a los trabajadores migrantes que hoy podrían denominarse migrantes típicos o migrantes físicos³⁰.

En tal sentido, los instrumentos internacionales pensados para la migración física, pueden verse resignificados en tanto, resultan perfectamente compatibles con la protección que requieren los cibernigrantes, asegurando la no discriminación por razón de nacionalidad o lugar de residencia, en equilibrio con la adecuada protección de la idea de soberanía de los países involucrados.

Especialmente, además, si se atiende a los instrumentos provenientes de la Organización Internacional del Trabajo, cuya aplicación se convoca, esta formulación capitaliza también todo el anamiae de vigilancia normativa que le es propia, y así enfrentar el tradicional déficit de control del trabajo en las cadenas globales, al mismo tiempo que supera la inquietud acerca de si las normas internacionales del trabajo serían apropiadas para la consecución del trabajo decente en las cadenas globales de suministro³¹.

No permitiendo por tanto, que la complejidad del entramado empresarial funcione como un eximente práctico de la responsabilidad jurídica que le cabe a los empleadores principales que han decidido estructurar su funcionamiento en torno a acuerdos con el objetivo frecuente de reducir sus costos y riesgos, aunque

³⁰ Otra arista interesante, y de cierto modo opuesta y complementaria podría decirse, es la idea de nómades digitales, cuya recepción normativa en determinados aspectos ha puesto de manifiesto Sierra Benítez, E. M. en “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómades digitales”, en e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 6, Num.2, 2021.

³¹ Cf. “Conclusiones relativas al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”. 105ª Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, núm. 25.

manteniendo el control funcional de los aspectos fundamentales del trabajo encomendado³².

En conclusión, puede por lo tanto, de la mano del concepto de cibernigración, iniciarse un camino que inaugure la protección social laboral, a nivel mundial, con abstracción de las líneas fronterizas, al menos, en algún supuesto de base como es el que se ha pretendido poner de manifiesto. De este modo, se promueve la convergencia en el establecimiento de condiciones equitativas de contratación de mano de obra, y asimismo, del equilibrio en la competencia comercial mundial, necesarias para lograr la justicia social, y la protección de la dignidad de la persona que trabaja.

Damos así, una respuesta –entre tantas otras plausibles– a las interrogantes que el homenajeado en estas páginas, propuso³³ en su momento: “¿qué protecciones imaginamos para una sociedad en la que se modifica el modelo del trabajo? Las generaciones futuras pedirá cuenta a las actuales: ¿qué sistema social fueron Uds. Capaces de construir en la época de la Industria 4.0?”

³² Cf. “Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza. 106 Reunión conferencia Internacional del Trabajo, Informe IV Oficina Internacional del Trabajo 2007”, pág. 77.

³³ Raso Delgue, J. “Breves reflexiones sobre el trabajo en la era digital”, CIELO Laboral, noticias, número 9, 2018.

TEMPOS CURIOSOS, PANDEMIA, PROTEÇÃO DE DADOS E O COMPLIANCE TRABALHISTA

André Jobim De Azevedo¹

TEMPOS DE MUDANÇAS VELOZES

Homenagear ao amigo Prof. Dr. Juan Raso, Catedrático de Derecho da Universidad de La Republica do Uruguay é um privilégio. A iniciativa do Prof Álvaro Sanches Bravo, presidente da Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible e da Editora Universitaria Alma Mater de Punto Rojo Libros não poderia ser mais própria e justa. Celebrar em livro a brilhante carreira de Juan Raso é um reconhecimento à este grande jurista do querido país vizinho Uruguai e que já tem indelével sua marca no âmbito do Direito Social do Trabalho. O tempo não o abranda, ao contrário, atento à este novo mundo comunica-se inclusive por seu respeitado BLOG, onde discute todas as questões contemporâneas do mundo do trabalho e seu direito, com fundamentadas ponderações, qualificadas por sua profunda experiência. Mis saludos!

E é neste mundo, tão bem percebido por Juan Raso que vivemos, em enorme expectativa e alguma apreensão.

O mundo do trabalho mudou e muda constantemente. Mudar não seria novidade, senão pela velocidade e profundidade dessas ocorrências, em um mundo de enorme tecnologia em toda a vida e em

¹ Membro titular da cadeira nº 89 da ABDT e da cadeira nº 02 da ASRDT. Professor Adjunto do curso de Direito da PUCRS. Mestre Direito.Especialista em Processo Civil e Especialista em Direito Internacional Advogado sócio do escritório Faraco de Azevedo Advogados.: andre@faracodeazevedo.com.br.

especial no mundo do trabalho, com consequentes desdobramento no direito que envolve a vida.

Sempre o mudo mudou e mudará, agora, contudo, aceleradas pelos meios de comunicação (internet, app, redes sociais) e de transporte que, de fato, apequenaram o globo. Isto porque, de várias maneiras incrementaram as relações produtivas e comerciais entre os estados soberanos, gerando inclusive uma certa desterritorialização do trabalho. A ideia de melhor produzir, onde quer que se possa fazê-lo, buscando maior resultado e produtividade estabeleceu-se. Hoje além de globalização produtiva, por assim referir, a tecnologia de comunicação permite a prestação do trabalho a partir de qualquer ponto do planeta e a transposição do resultado - produtos ou dados- se dá com certa facilidade.

As formas de trabalho se alteram e ainda sem segurança 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 regar 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 bastante imprevisível, se impondo 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.

Daí o porque 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.

PANDEMIA

A pandemia da Covid-19 mudou, inesperadamente, a vida diária de toda a população do mundo, em todos os seus aspectos imagináveis ou não, devido ao surgimento e à veloz propagação do vírus. Uma situação que se iniciou na China e países vizinhos asiáticos, e que rapidamente se espalhou pela Europa, Estados Unidos, por todo o mundo, até chegar ao Brasil em fevereiro de 2020. Reconhecida sua existência, pela Organização Mundial da Saúde (OMS)², no dia 11 de março de 2020, como sendo a primeira pandemia do Século XXI.

É um vírus cuja transmissão se deu através de pequenas gotículas que partem do nariz e boca, podendo ser depositadas em objetos e superfícies ao redor da pessoa contaminada, e pode contaminar – como de fato contaminou aos milhões – outras pessoas que dividem ambientes não ventilados, ou mantinham proximidade ou contato físico, sem a devida hiper higiene sanitária.

No período de inexistência da vacina, os protocolos adotados para conter a propagação do vírus foram o isolamento social e a quarentena dos indivíduos, com a finalidade de evitar maior circulação de pessoas, e conseqüentemente do vírus. Esta condição acabou por afetar diretamente a economia e a situação econômico-financeiras de todos os países que as adotaram, pois, sendo um fenômeno inesperado, precisaram ser implementadas novas políticas de estruturação e planejamento.

As dúvidas acerca do novel desconhecido vírus obrigaram a estabelecer protocolos de saúde pública com efeito direto criando

² Organização Mundial da Saúde. Perguntas e respostas sobre coronavírus (COVID-19). Disponível em <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronavirus>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

“novas” relações de trabalho. Por conta disto, foi inafastável a adaptação de empresas e seus empregados, em verdade em todas as relações produtivas e de trabalho, em todas as suas modalidades. A resposta não foi simples, e na prática a adaptação ainda gera consequências, levando em conta a abrupta situação de calamidade pública sanitária mundial causada pelo vírus da Covid-19, refletindo na movimentação e adequação dos sujeitos das relações de trabalho de forma reativa e urgente.

Os impactos da pandemia alcançaram e alcançam a todos os países do globo tendo efeitos, ainda presentes. Segundo o diretor-geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, Guy Ryder, a pandemia não configura apenas uma crise global relacionada à saúde, mas também uma grande crise econômica e no mercado de trabalho.

Um mundo novo emerge da pandemia, acelerando abruptamente processos de modernização, e com ela a sensível circulação de dados, cuja proteção adequada ora realça em importância.

LGPD

Outro assunto necessariamente pautado é a questão da adaptação das empresas para o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A par do que muitos especialistas tratam no sentido de que as empresas brasileiras não estão preparadas para os cumprimentos das normas estabelecidas na lei, cabe salientar que, com o advento do enfrentamento à pandemia do Covid-19, nunca se exigiu tanto de métodos/meios tecnológicos para ampliar e desenvolver pesquisas e estudos sobre o vírus.

³ OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm> Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020⁴, disciplinando e promovendo a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil, visando garantir pleno controle de cada indivíduo da população sobre suas informações pessoais, requerendo o consentimento explícito para poder reunir e usar dos dados, além de obrigar a oferta de opções para o usuário ter conhecimento, corrigir e/ou excluir esses dados recolhidos⁵. O objetivo central da lei é zelar pelos dados pessoais dos indivíduos, estabelecendo que nenhuma instituição utilize estes dados sem devida permissão. Trata-se dos maiores valores deste século como têm sido observados por pesquisadores, e estudiosos, apenas à guisa de exemplo o Yuval Noah Harari, em seus *best sellers*, tão provocativos e de leitura obrigatória.

Sob influência da regulamentação europeia, a *General Data Protection Regulation*, (GDPR), a LGPD traz consigo possibilidades para o tratamento de dados pessoais, são elas: o consentimento do indivíduo titular, para o cumprimento de encargo legal ou regulatório pelo responsável pelo tratamento, pela administração pública para execução de políticas públicas, para a realização de estudos, por órgão de pesquisa, que não necessitam a individualização do indivíduo, para resguardar a vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, para a tutela da saúde, desde que o procedimento seja realizado por profissionais da saúde ou por entidades sanitárias, para a execução de um contrato ou procedimento preliminar a este, desde que a parte que é titular quando a seu pedido, para fins em processos judiciais, administrativos ou arbitrais e, para a proteção do crédito, consoante o Código de Defesa do Consumidor⁶.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

⁵ Agência Senado. Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>> Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

⁶ Ibid.

Outro ponto característico relevante da LGPD versa sobre a responsabilidade civil, pontuando que é o responsável obrigado a reparar dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, que causar em virtude da atividade de tratamento de dados. Cabendo ao juiz a possibilidade de inversão do ônus da prova a favorecer o titular dos dados quando julgar plausível a alegação, quando a produção de provas se tornar excessivamente onerosa ou se houver hipossuficiência para fins da mesma pelo titular.

A Lei Geral de Proteção de Dados não coíbe o uso de dados, mas estabelece um sistema de normas e regras para o uso legal e adequado dos dados pessoais. Considerando a ampla e vasta aceleração das tecnologias e que as empresas estão cada vez mais utilizando ferramentas eletrônicas para o trabalho, em algum momento o cuidado e proteção dos dados utilizados e tratados deveriam ser resguardados por legislação específica, e o foram pela LGPD. Neste sentido, atualmente, cabe às empresas terem conhecimento da legislação e aplicarem suas exigências e condicionantes ao cotidiano, sob pena da penalização na forma da lei e indenizações, a fim de proteger da forma mais correta possível os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à liberdade das pessoas naturais que compõem o corpo empresarial ou com ele se relacionam.

Com a implementação em caráter de urgência das normas regidas pela LGPD, muitas empresas ainda não conseguiram se adequar, boa parte por consequência da pandemia que afetou a tudo e a todos, principalmente no âmbito financeiro.

No cenário internacional, especificamente a GDPR, que passou a vigorar no dia 25 de maio de 2018, influencia na implementação da LGPD, segundo relatório de janeiro de 2021 do time de cibersegurança e proteção de dados do escritório de advocacia DLA Piper, a legislação europeia de proteção de dados registrou um aumento de 19% das notificações de infrações comparadas ao ano de 2019. Infrações essas que resultaram em multas no valor de 272,5 milhões

de euros pelas autoridades de proteção de dados de países do continente europeu⁷.

Em janeiro de 2021 o Brasil passou por uma onda de vazamento de dados pessoais de 223 milhões de pessoas, relativos ao CPF dos indivíduos. Logo, no mês seguinte houve um novo vazamento de dados de, aproximadamente, 100 milhões de pessoas, incluindo dados bancários e números de telefones. Consoante este contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD), veio a público para informar que está apurando elementos e informações no caso do vazamento de dados relacionados ao CPF dos brasileiros e que está tomando providências para análises e procedimentos devidos e, assim, promover a responsabilização e a punição dos entes envolvidos⁸.

Consoante este cenário, como procederá a ANPD para responsabilizar os causadores do dano se as sanções de natureza administrativa da LGPD que só passaram a vigor a partir de agosto de 2021, *ex vi legis*? Não havia possibilidades de multas, até o mês de agosto, para os responsáveis pelos vazamentos estrondosos de dados de milhões de brasileiros, diferentemente de como já ocorre na Europa. A proteção de dados se tornou de extrema importância, ainda mais no momento pandêmico pelo qual estamos passando, pode a autoridade brasileira responsável pela proteção de dados fundamentar seus estudos e análises, a fim de criar um adequado controle das violações e descumprimentos, a olhar para a experiência europeia. A questão é a seguinte: o tempo de adaptação à norma é importante? É inegavelmente, mas não deveria abrir

⁷ DLA PIPER'S CYBERSECURITY AND DATA PROTECTION TEAM. DLA Piper GDPR fines and data breach survey: january 2021. DLA Piper, 2021. Disponível em: <<https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2021/01/dla-piper-gdpr-fines-and-data-breach-survey-2021/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

⁸ ANPD está apurando no caso do vazamento de dados de mais de 220 milhões de pessoas. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-esta-apurando-no-caso-do-vazamento-de-dados-de-mais-de-220-milhoes-de-pessoas>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

margem para grandes vazamentos de dados pessoais sem a devida responsabilização dos envolvidos.

COMPLIANCE TRABALHISTA

O *Compliance* é um termo originário do verbo “to comply” que significa estar em conformidade e constitui no ato de adequação às normas legais e regulamentares, partindo da alta administração empresarial e a todos os envolvidos e relacionados atingindo. No âmbito empresarial expressa a implementação de métodos e mecanismos a fim de garantir que a empresa execute e realize todos as normas impostas e que, com isso, previna riscos, demandas judiciais e possíveis sanções seja qual for o caráter, e sobretudo proteja a titularidade dos dados.

Após a entrada em vigor da lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a busca por empresas para a implementação do *compliance* nas suas instituições se acentuou. Atualmente as técnicas de *compliance* se inserem em diversas áreas corporativas, inclusive na esfera trabalhista, com técnicas de avaliação de riscos e crises, auditorias e desenvolvimento de códigos de conduta e regimentos internos, por exemplo, sempre visando a prevenção e manutenção empresarial segura a fim de não gere reflexos e consequências danosas para a instituição. Segundo André Cabbete Fábio⁹

O *compliance* é uma prática corporativa que pode ser tocada por um departamento interno da empresa ou de forma terceirizada. Seu objetivo é analisar o funcionamento da companhia e assegurar que suas condutas estejam de acordo com as regras administrativas e legais, sejam

⁹ FÁBIO, André Cabbete. O que é compliance. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática. Disponível em <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que-%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras-t%C3%AAm-aderido-%C3%AO-pr%C3%A1tica>>. Acesso em 15 fevereiro de 2021.

essas regras externas (do país, Estado e cidade onde ela atua) ou internas (da própria empresa).

Para que seja efetiva a utilização das técnicas do *compliance* no âmbito empresarial e trabalhista, caberá, primeiramente, um estudo investigativo do histórico empresarial seguido da implementação de práticas específicas e preventivas para determinada empresa. Como tratam Daniel Sibille e Alexandre Serpa¹⁰

É muito importante que antes de se falar em avaliação de riscos, se conheça os objetivos de sua empresa e do seu programa de *compliance*, pois este pilar é uma das bases do sucesso do programa de *compliance*, uma vez que o código de conduta, as políticas e os esforços de monitoramento deverão ser construídos com base nos riscos que forem identificados como relevantes durante esta fase de análise. A efetiva condução de uma análise de riscos envolve uma fase de planejamento, entrevistas, documentação e catalogação de dados, análise de dados e estabelecimento de medidas de remediação necessárias.

O *Compliance* Trabalhista Empresarial tem por finalidade principal é a de garantir o desenvolvimento da atividade econômica da empresa com observação dos direitos dos empregados e outros tantos que igualmente participam das relações de trabalho indiretamente, sendo uma ferramenta de gestão que possibilita identificar, prevenir e corrigir práticas que possam violar o regulamento trabalhista. Para tal, é essencial o desenvolvimento de mecanismos e procedimentos de prevenção e gerenciamento de crises, onde o *compliance* atue em dois âmbitos: o da elaboração de políticas e sistemas internos a fim de observar à legislação e jurisprudência

¹⁰ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de *compliance*. Disponível em <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

laboral e vigilância adequada e efetiva do seu cumprimento, tanto interno quanto externamente¹¹.

Pode-se dizer que a LGPD trouxe consigo um novo mecanismo, o *compliance*, mais especificamente, o relatório de impactos à proteção de dados pessoais (RIPD), que visa abarcar toda “a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que possam gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco¹²”, ferramenta na qual o objetivo central é o de minimizar riscos e evitar crises na proteção de dados pessoais.

LGPD NA ESFERA TRABALHISTA

Na legislação que visa a proteção de dados (LGPD), não contempla dispositivo que se refere nomeadamente à proteção destes dados pessoais no ambiente de trabalho, mas consoante o artigo 1º da referida lei é nítido observar que resguarda os direitos de pessoas naturais, sejam pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ou público, e, portanto, alcançando a todos envolvidos nas relações de trabalho, direta o indiretamente:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade

¹¹ NOVELLI, Breno. Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9732/Implementacao-de-programa-de-compliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

¹² CARLOTO, SELMA. Lei Geral de Proteção de Dados exige novo comportamento das empresas. Entrevista concedida a FETPESP, Sou + Ônibus, SP. Ed. 23. novembro/dezembro. 2019. p. 8-12. Disponível em <http://setpesp.org.br/newsite/wp-content/uploads/2020/12/Souonibus_023.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural¹³.

Tendo em vista a conceituação de tratamento de dados, expresso no artigo 5º, X, da LGPD (Lei 13.709/18), como sendo toda operação realizada, no qual se expõe a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados pessoais dos envolvidos.

Nas relações de trabalho, é verificado, regulamente e em todas fases da contratação, o uso do tratamento de dados dos empregados e prestadores de serviço. Advém na fase pré-contratual com a aquisição de currículos com dados de identificação do indivíduo; no decorrer do contrato de trabalho com o registro de dados do empregado para cumprimento das obrigações contratuais específicas e correlatas; E, posteriormente o término do contrato de trabalho com o armazenamento de informações de antigos empregados para fins previdenciários, por exemplo. Muitas vezes projetando-se para momento posterior à extinção das relações, onde igualmente se aplica.

Não há que se questionar o impacto da pandemia do Covid-19 no âmbito da proteção de dados pessoais. Neste sentido, é de se observar a importância da aplicação e implementação da LGPD na esfera trabalhista, abordada nesse breve estudo, visando resguardar os direitos de proteção dos dados pessoais dos empregados e parceiros, mas especialmente o empregado por conta da subordinação jurídica que une as partes.

¹³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

CONCLUSÃO

No cenário pandêmico atual 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

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 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 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 antecedente e posterior ao vínculo. Resta configurado que o empregado é titular dos seus dados que são ou serão objeto de tratamento por um controlador, este sendo o empregador a quem incumbe o legal uso e 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 .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Senado, **Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>> Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

ALVES, Amauri Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. **Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD**. Síntese. V. 31, n. 375, 2020. p. 25-39.

ANPD. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **ANPD está apurando no caso do vazamento de dados de mais de 220 milhões de pessoas**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-esta-apurando-no-caso-do-vazamento-de-dados-de-mais-de-220-milhoes-de-pessoas>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

AZEVEDO, A. J; GUNTHER, L. E; VILLATORE, M. A. **Coronavírus no direito do trabalho**. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

BELMONTE, A. A; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. (Coord.) **Direito do trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

CALEGARI, Luiz Fernando. **A influência da LGPD nas Relações de Trabalho: a necessidade de as empresas se adequarem à nova legislação**. Síntese. V. 31, n. 375, 2020. p. 21-24.

CARLOTO, SELMA. **Lei Geral de Proteção de Dados exige novo comportamento das empresas**. Entrevista concedida a FETPESP, Sou + Ônibus, SP. Ed. 23. novembro/dezembro.. 2019. p. 8-12. Disponível em <http://setpesp.org.br/newsite/wp-content/uploads/2020/12/Souonibus_023.pdf> Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

DLA PIPER'S CYBERSECURITY AND DATA PROTECTION TEAM. **DLA Piper GDPR fines and data breach survey: january 2021**. DLA Piper, 2021. Disponível em: <<https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2021/01/dla-piper-gdpr-fines-and-data-breach-survey-2021/>>.

Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

FÁBIO, André Cabbete. **O que é compliance. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática**. Disponível em

<<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que-%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras-t%C3%AAm-aderido-%C3%AO-pr%C3%AAtica>>. Acesso em 15 fevereiro de 2021.

NOVELLI, Breno. **Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista**. Disponível em <<https://www.direito-net.com.br/artigos/exibir/9732/Implementacao-de-programa-de-compliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Quase 25 milhões de empregos podem ser perdidos em todo o mundo como resultado da COVID-19, diz OIT**. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilianoticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm> Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Perguntas e respostas sobre coronavírus (COVID-19)**. Disponível em <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance**. Disponível em <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS EM FACE DA SAÚDE AMBIENTAL/DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

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.

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 Supremo Tribunal Federal em 30/08/2018, a saber, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252¹, com repercussão geral

¹ 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

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.

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. A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte:

Tema	Leading Case	Tese
725	RE 958252	É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS QUE PRESTAM SERVIÇOS A TERCEIROS EM FACE DAS ATIVIDADES PREVISTAS NO ÂMBITO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: SEUS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL CONFORME ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA 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 Fiorillo² ,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

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022

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 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 ³em “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

³ SANDRONI, Paulo NOVÍSSIMO DICIONÁRIO DE ECONOMIA São Paulo:Editora Best Seller,1999

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, conforme já tivemos oportunidade de observar⁴, de se verificar que a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano 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.

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.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022.

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, inclusive evidentemente as empresas transnacionais, 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 TRANSNACIONAIS 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 já tivemos oportunidade de dizer, um conceito fundamental relacionado ao direito ambiental constitucional brasileiro⁵ 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.

⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022.

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 Transnacionais 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 causados⁶.

⁶ A respeito do tema vide de forma detalhada FIORILLO, Celso Antonio Pacheco O uso sustentável das commodities por parte das empresas transnacionais e sua regulação em face do direito ambiental constitucional brasileiro Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco As empresas transnacionais em face da soberania ambiental brasileira e os denominados acordos internacionais vinculados ao meio ambiente Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco A gestão sustentável das empresas transnacionais e sua regulação em face do direito ambiental constitucional brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE SUJEITANDO OS INFRATORES, INCLUSIVE EMPRESAS TRANSNACIONAIS 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 Fiorillo⁷ “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 Fiorillo⁸, “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.

⁷ 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.

⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022.

Primeiramente, adverte Celso Fiorillo ⁹ 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.

⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2021.

ATIVIDADES CONSIDERADAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO/SAÚDE AMBIENTAL SUJEITANDO OS INFRATORES, INCLUSIVE EMPRESAS TRANSNACIONAIS 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 geral¹⁰, 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.**

O fundamento de tal direito foi reconhecido no art. 32 da Constituição¹¹ e, embora recebendo algumas críticas, como a de

¹⁰ Vide de forma detalhada FIORILLO, Celso Antonio Pacheco O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil São Paulo: Saraiva, 2000

¹¹ “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes. Ninguém pode ser

Gianpietro¹² 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 italiana¹³.

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 saúde¹⁴.

Com efeito.

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

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.”

¹² GIANPIETRO F. La responsabilità per danno all'ambiente Milano: Giuffrè, 1988

¹³ Cass. SS. UU. 6-10-1979, *Jurisprudência Italiana*, 1980.

¹⁴ 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.

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 Malinconico¹⁵ em sua obra clássica dentro de uma concepção destinada a impedir que o meio ambiente, como sustentam Celso Fiorillo e Renata Ferreira¹⁶ 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 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.

¹⁵ MALINCONICO, Carlo I Beni Ambientali Padova: CEDAM, 1991.

¹⁶ 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

Exatamente nesse sentido a lição de Giannini¹⁷ quando afirma que o meio ambiente não pode ter um tratamento fragmentalizado ou isolado em setores estanques 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 Cappelletti¹⁸ do abismo criado entre o “público e o privado”, 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

¹⁷ GIANNINI MS Ambiente ;saggio sui dibersi suoi aspetti giuridici Riv.Trim.Dir.Pubbl. Milano: Giuffre',1973

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

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^a 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^a da Lei 8.176/91”

HC 89.878, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20-4-2010, 2^a Turma, DJe, 14-5-2010.

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO DE OURO. INTERESSE PATRIMONIAL DA UNIÃO. ART. 2^a 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. 2^a 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 19-9-2005, 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.

TUTELA JURÍDICA DA SAÚDE EM FACE DO 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.

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 frequentam¹⁹.

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:

(...)

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

¹⁹ Cf. Franco Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 113.

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 enfocado está relacionado à *saúde* da pessoa humana em harmonia com o art. 1º, III, da Carta da República.

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 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 e pela Portaria n. 3.214/78, que aprova diversas normas 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 Federativa 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”²⁰.

De qualquer forma, cabe reafirmar que²¹ 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.

²⁰ 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.

²¹ 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, em nossa visão é a proteção ao meio ambiente onde o *trabalho humano é prestado*, seja em que condição for.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO EXIGENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE CIUDADANÍA ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

Clovis Gorczewski¹

CONSIDERACIONES INICIALES

El concepto de ciudadanía, como individuo que participa políticamente en su comunidad, no es nuevo, nació con la experiencia democrática ateniense a partir del siglo VII a.C. Sin embargo, son las reflexiones de filósofos y pensadores, desde Aristóteles hasta Kymlicka, pasando por la feroz disputa entre Voltaire, Rousseau y Sieyès para consolidar su propia teoría de la *citoyenneté*; las obras de Locke, Mill, Humboldt, Max, Marshall y muchos otros que, a lo largo de los siglos, alterarán profundamente su concepto.

La idea de ciudadanía pasa a incorporar la ideología de la época en que se presenta: una radicalización en la libertad individual llevada a cabo por los Iluministas del siglo XVII, una vinculación directa a los derechos sociales por el socialismo, un individuo inseparable de su comunidad por el comunitarismo, el derecho a tener derechos presentado por Marshall, hasta la vehemente crítica de Marx, argumentando que los derechos del ciudadano no son universales, sino históricos de la clase burguesa en su lucha contra la aristocracia.

¹ Abogado, doctor en Derecho (*Universidad de Burgos*, 2001), posdoctor por la Universidad de Sevilla (CAPES 2007) y por la Universidad de La Laguna (CAPES - *Fundación Carolina* 2010). Profesor-investigador del Programa de Posgrado em Derecho - Magíster/Doctorado de la Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Profesor de la Faculdade de Direito João Paulo II, Porto Alegre.

A pesar de todo esto, a principios de este tercer milenio asistimos a un ruidoso resurgimiento de las discusiones sobre el tema. En los últimos años la expresión ha sido invocada constantemente por los medios de comunicación, por los políticos en general, por los estudiantes, por los intelectuales, los líderes de clase e incluso por la gente común de las clases menos favorecidas. Los estudios, conceptos y teorías se han multiplicado.

EL CIUDADANO EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

La Constitución de la República Federativa de Brasil del 5 de octubre de 1988 eligió la ciudadanía como fundamento del Estado brasileño, dejándola absolutamente expresada en el artículo 1 de la Carta Magna: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania.”

El presidente de la Asamblea Constituyente, al promulgarla, se refirió a ella como Constitución Ciudadana. Desde entonces, la expresión ciudadanía o ciudadano ha sido invocada sistemáticamente en todos los segmentos de la vida nacional. Tenemos la radio ciudadana, el periódico ciudadano, la universidad ciudadana, la unión ciudadana... todo hoy es ciudadano.

Pero ¿cuál es el real y efectivo concepto de ciudadano al que se refería el Constituyente? A fin de cuentas, existen innumerables matices políticos teóricos para definir el término:

Podemos conceptualizar a los ciudadanos bajo el matiz liberal - que parte de una noción abstracta del individuo y destaca el individualismo, los derechos individuales, la autonomía. Este concepto surge en el Iluminismo con teóricos liberales como Locke, Montesquieu, Rousseau, Mill y Kant, quienes arraigaron la ciudadanía en la

igualdad y en el ejercicio de la libertad religiosa, política y económica, libre de toda intervención.

Podemos conceptualizar a los ciudadanos bajo un matiz social, que enfatiza los derechos económicos y sociales. Con el final de la Segunda Guerra Mundial, surgió el Estado Social. La idea de ciudadanía comienza a apuntar a una base igualitaria de derechos. El Estado abandona su conducta de omisión y pasa a garantizar los derechos sociales a la población. La noción de ciudadanía se asocia con la de igualdad material. Entonces, un ciudadano es aquel que tiene derechos sociales.

Podemos hablar del ciudadano comunitario, - que parte de una idea mística de la tribu, asigna toda primacía a la comunidad, no necesariamente al individuo. Sostiene que el ciudadano no puede ser entendido al margen de los lazos sociales que lo constituyen como sujeto. El individuo no existe fuera de la sociedad, ya que su existencia se debe a la vida social en la que participa. Así, son las creencias morales, compartidas por un grupo, las que deberían dar sentido a cualquier sistema jurídico.

También está el matiz del ciudadano posnacional - que defiende la aceptación de una nueva realidad social, multiétnica y plurinacional como superación de la modalidad Estado-Nación.

Tenemos el ciudadano cosmopolita - basado en la creación de un sistema global de derechos y deberes universales, independientemente del lugar de nacimiento y residencia.

Todavía tenemos al ciudadano transnacional; el ciudadano transcultural; el ciudadano multicultural; el distinguido ciudadano.

Siempre hay un trasfondo, una razón de ser para todo análisis de ciudadanía, que normalmente no se tiene en cuenta a la hora de presentar un concepto.

Si bien la ciudadanía se reconoce como resultado de un proceso histórico, existe una tendencia a la simplificación que discute sus derechos, desconociendo el contexto político-social al que se refieren.

Esto ocurre porque, al intentar definir ciudadano, se tiene en cuenta la ideología, versiones teóricas de diferentes tradiciones filosóficas y diferentes consideraciones históricas, mezclándose con las realidades contemporáneas. Y el resultado es una mezcla de distintas facetas donde no hay unanimidad ni acuerdo. Actualmente, hay una tendencia implícita a concebir la conquista de derechos como modelo de ciudadanía.

Entonces, podríamos decir simplemente que un ciudadano es aquel que tiene derechos. Y no estaríamos demasiado equivocados, al menos en el imaginario popular moderno e ideologizado.

En general, las personas no consideran que los deberes sean, o deban ser, intrínsecos al término, especialmente los de participación en las decisiones de su comunidad.

Al no identificar un matiz político, parece que el constituyente brasileño de 1988 intentó congregar todos los matices : el **liberal** - garantizar la libertad de todos; el **social** - atribuir o destinar a todos protección social; el **multicultural** - respetando las diferencias culturales; el **distinguido** - que fundamenta las políticas públicas de discriminación inversa.

Pero, entendemos que, sobre todo, el constituyente enfatizó el matiz republicano. Este modelo prioriza la participación activa en los asuntos públicos. El ciudadano republicano es alguien que participa activamente en la configuración de la dirección futura de la sociedad a través del debate y la toma de decisiones públicas. El republicanismo es el autogobierno de los ciudadanos que, en su gestión política, antepone la causa común a sus intereses individuales. Los ciudadanos pueden, a través del debate y la discusión

abierta, llegar a un grado sustancial de consenso sobre asuntos de interés común. Hay dos ideas básicas del republicanismo: la primera, la concepción antitiránica, contraria a toda dominación, pues reivindica los derechos de libertad en un Estado libre. La segunda idea es que el republicanismo ofrece nuevas formas de organización de la sociedad: se apoya en la responsabilidad pública de ciudadanía; busca una ciudadanía activa. Así, el republicanismo atribuye un volumen interminable de derechos de participación en todos los segmentos y sectores de la administración pública.

El constituyente del 1988 instauró una revolución, aún no comprendida. No sólo fusionó los diversos conceptos de ciudadanía, sino que enfatizó la ciudadanía republicana y asignó todos los instrumentos necesarios para su pleno ejercicio. Efectivamente, nunca una constitución ha empoderado tanto al ciudadano, nunca se le han otorgado tantas garantías y tantos derechos (tanto individuales como sociales) y, sobre todo, tantas formas de participación en la gestión pública.

No hay nada en lo que los ciudadanos no puedan participar, opinar, decidir. En salud, educación, seguridad pública, políticas públicas tenemos derechos y asientos en órganos colegiados. La ciudadanía necesita ser escuchada, los gestores públicos deben atender a las deliberaciones populares. La ciudadanía establecida en la Carta de 1988 ya no se centra en la idea de que el Estado es mayoritaria y exclusivamente responsable de la felicidad de sus ciudadanos. Todos deben hacer su parte y todos deben participar.

Así es como García y Lukes consideran la ciudadanía: como la conjunción de tres elementos: 1) la garantía de ciertos derechos, así como la obligación de cumplir con ciertos deberes hacia una sociedad específica; (2) pertenecer a una comunidad política particular (generalmente un estado) y (3) la oportunidad de contribuir a la vida pública de esa comunidad a través de la participación.² En

² García, S. y Lukes, S. (1999). *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*. Madrid, Signo XXI, p. 1.

otras palabras, la definición de Bolzman es idéntica. Tras recordar que la noción de ciudadanía es difícil de disociar de una comunidad política, argumenta que su concepto tiene un doble sentido: (1) por un lado, la pertenencia a una comunidad política y (2) por el otro, el ejercicio de derechos en el interior de esta comunidad. En otras palabras, ciudadanía significa un estatus (pertenecer a un Estado) y un derecho (poder ejercer derechos en ese espacio definido). A estas dos dimensiones se suma una tercera, que es el poder de influir en la vida de esta comunidad (participación política).³

¿QUÉ ES PARTICIPACIÓN POLÍTICA?

El hombre, decía Aristóteles, está destinado a vivir en sociedad, “el hombre que no vive en sociedad o no necesita de la sociedad para vivir porque se basta a sí mismo, debe ser una bestia o un dios”.⁴ A pesar de la afirmación de Rousseau de que vivir en sociedad no es natural,⁵ los seres humanos tienen una predisposición natural a convivir con otros de su especie. Mucho antes de que Hobbes afirmara que “*homo homini lupus*”, Francisco de Vitoria ya sentenciaba que “*El hombre no es un lobo para el otro hombre. La naturaleza estableció cierto parentesco entre todos*”. Defendía que el hombre es un animal civil o social y concluyó: “*Los hombres, por su naturaleza, tienen que vivir en comunidad o sociedad*”.⁶ Esta necesidad de vivir con los demás no es sólo una cuestión de seguridad o necesidades alimentarias, son las necesidades afectivas, psicológicas y espirituales las que le condicionan a actuar de esta manera. Entonces, se puede decir que vivir, o convivir con otros hombres, es la naturaleza humana.

³ Bolzman, C. (1999). “Políticas de inmigración, derechos humanos y ciudadanía a la hora de la globalización: una tipología”. In: Díaz, E. M. y Sierra, S. *Repensando la Ciudadanía*. Sevilla, Fundación El Monte, p. 207.

⁴ Aristóteles. (2008). *Política*. São Paulo, Martin Claret. Libro I. Capítulo I. p.56.

⁵ Rousseau, J-J. (2002). *Do Contrato Social*. São Paulo, Martin Claret, p. 24

⁶ Francisco de Vitoria. (2003). *Los Derechos Humanos. Antología*. Salamanca, Editorial San Esteban, p. 245.

Sin embargo, como nos recuerda Dallari, cada individuo tiene necesidades propias de su individualidad, que derivan de su forma de crear, de sus valores, de su forma de ver el mundo, de sus creencias, de su ideología, etc.⁷ Entonces, si cada individuo tiene necesidades diferentes y todos conviven, las tensiones y los conflictos son inevitables y estos no serán solo de orden individual, sino de grupos e incluso de toda la sociedad.

Sin estas tensiones y conflictos entre los diferentes grupos que la componen, la sociedad humana sería como un hormiguero, y como decía Hobbes, el hombre no es social como las abejas o las hormigas.⁸ Además, los conflictos son los agentes que provocan las transformaciones sociales. A menudo, los acontecimientos importantes en una sociedad surgen de una negociación sana y productiva de sus conflictos. Así, independientemente de la forma, sistema, modelo o régimen que se adopte, la política puede definirse como toda acción humana que produce algún efecto sobre la organización, funcionamiento y objetivos de la sociedad.⁹ En otras palabras, la política es el arte de conciliar intereses.

La regulación de los conflictos es la última prueba del arte de la política: consiste en hacer coexistir en una misma sociedad grupos antagónicos, evitando que recurran a la violencia. Evitando, por tanto, que el conflicto social se convierta en una guerra civil que atente contra la existencia misma de la sociedad. Es responsabilidad de la propia sociedad, a través de sus gobiernos, instituir instrumentos de mediación que permitan, enfriar estos conflictos, o al menos ponerles fin temporalmente, mediante compromisos aceptables para las fuerzas que los enfrentan. Temporalmente,

⁷ Dallari, D. de A. (2004). *O que é participação política*. 15ª reimpressão. São Paulo, Brasiliense, p. 13.

⁸ Hobbes, T. (2000). *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Traducción de João Paulo Monteiro. São Paulo, Nova Cultura, pp. 146-147.

⁹ Dallari, D. de A. (1991). *O que é participação política*. Op. Cit. pp. 10-11.

porque surgirán nuevas tensiones o resurgirán las antiguas; al fin y al cabo, sin tensiones y conflictos no hay vida social.¹⁰

Sin embargo, es la regulación de los conflictos a través de la ley, bajo el control del poder político, lo que caracteriza a las sociedades políticamente organizadas. Esto significa que los conflictos se institucionalizan y se resuelven mediante la aplicación de la ley. La regulación política de esta sociedad es el resultado de un debate organizado, siguiendo las reglas del juego, escritas o consuetudinarias, independientemente de la voluntad de quienes gobiernan. En un estado de derecho, la política es el campo de acción donde se desarrolla la competencia y las reglas de este juego social - artificiales y convencionales - son obra de la sociedad de los hombres, que tienen sus deseos, pasiones, intereses y ambiciones.

Bailey distingue las reglas del juego político en normativas y pragmáticas: las primeras establecen cómo se organizan las fases de la competencia, que son elecciones, debates, negociaciones, cómo se computan los puntos y cómo se decide quién gana y quién pierde. Las reglas pragmáticas -como en toda competencia- se refieren a las estrategias y tácticas que se pueden utilizar para tener mayores posibilidades de ganar.¹¹ Hacer política es ser activo en este juego, participar en esta competencia, poner en práctica las reglas pragmáticas respetando las normas. Para el ciudadano, es poder elegir, entre las posibilidades, la que mejor se ajuste a sus expectativas e intereses.

Las modalidades y grados de participación son innumerables. Para Lapierre lo más restringido es el voto, donde las motivaciones son más complejas y bajo distintas influencias. La más completa es una carrera política profesional. Entre estos dos extremos está la afiliación a un partido y, en mayor medida, la militancia al servicio de ese

¹⁰ Lapierre, J-W. (2003). *Qu'est-ce qu'être cotiyen?* París, Presses Universitaires de France, pp. 72/74.

¹¹ Bailey, F.G. (1972). *Les règles du jeu politique*. París, PUF, p. 31. *Apud* Lapierre, J-W. *Qu'est-ce qu'être cotiyen?* Op. Cit. p. 77.

partido, pero también la actividad en grupos de presión (*lobbies*) que imponen su fuerza (incluso económica) para obtener decisiones en interés particular de los grupos, categorías, comunidades o corporaciones.¹² En resumen: El ámbito político es el de todas las iniciativas que buscan el bienestar futuro de un pueblo y su gestión debe ser responsabilidad de toda sociedad organizada, de los que tienen autoridad y de los que no, porque como dice Fernández-Largo, “todos deben ser elementos activos en la promoción del bien común”. Afirmo que el concepto mismo de persona humana incluye la condición de miembro activo de la sociedad, la cual debe, en todo caso, ser individualizada y personalizante.¹³

OBSTÁCULOS A LA PLENA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

A pesar de las numerosas formas de participación social disponibles, la complacencia y apatía de los actores sociales es evidente. Y esto está profundamente arraigado en nuestro carácter cultural. Sucede que el Estado, para establecerse, mantenerse y fortalecerse, avanzó tan profundamente en la jurisdicción privada y de manera tan marcada que el individuo sucumbió a esta contundente intervención estatal. Vivimos en la clara primacía del Estado sobre el individuo, con el consiguiente olvido de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación. Vivimos el paternalismo estatal en todas las esferas de la sociedad y así también se aceptó y atribuyó al Estado la responsabilidad de gobernar nuestras vidas. Prácticas seculares han introyectado en el imaginario social la idea de que el Estado es responsable de satisfacer los deseos y necesidades sociales e individuales.

¹² Lapierre. J-W. *Qu'est-ce qu'être citoyen?* Op. Cit. p. 78.

¹³ Fernández-Largo, A. O. (2002). *Los Derechos Humanos. Ámbitos y desarrollo*. Salamanca, San Esteban, Madrid, Edibesa, p. 39.

En la sociedad brasileña, la idea de un padre-estado y gobiernos paternalistas está absurdamente arraigada. Leal lo aclara bien:

o problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente presenteado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.¹⁴

Pero no sólo los regímenes autoritarios inhiben el ejercicio de la ciudadanía. Incluso en las democracias, el asistencialismo, el paternalismo y la protección del Estado, aceptado por la mayoría de las personas por comodidad, tampoco permiten el desarrollo de una ciudadanía plena, porque la ciudadanía plena no se puede dar ni otorgar, solo se logra con la participación, la lucha y compromiso de los propios interesados. El paternalismo institucional desmoviliza y debilita la consecución efectiva de este estatus.

Este Estado, bienintencionado y paternalista, genera ciudadanos heterónomos y dependientes, con las consiguientes consecuencias psicológicas que produce. Cortina explica el porqué:

el sujeto tratado como si fuera heterónimo acaba persuadido de su heteronomía y asume en la vida política económica y social la actitud de dependencia pasiva propia de un incompetente básico. Certamente reivindica, se queja y reclama, pero ha quedado incapacitado para percatarse de

¹⁴ Leal, R. G. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. Trabajo inédito.

que es él quien ha de encontrar soluciones, porque piensa, con toda razón, que si el Estado fiscal es el dueño de todos los bienes, es de él de quien ha de esperar el remedio para sus males o la satisfacción de sus deseos.¹⁵

Puede decirse entonces que el Estado paternalista genera un ciudadano dependiente, acrítico, pasivo, apático y mediocre. Lejos de él está el pensamiento de la libre empresa, la responsabilidad y la creación.

La ley del mínimo esfuerzo sigue siendo la más seguida en todo el mundo. Insistimos en que, en general, las personas consideran que la ciudadanía se define exclusivamente en sus derechos individuales y en los deberes del Estado; se olvidan de sus propios deberes y de su responsabilidad en la participación política, en el ejercicio de su libertad y en el deber para con los demás ciudadanos.

En cambio, para quienes gobiernan sin la intención ética de hacer el bien colectivo, sino sólo de defender meros intereses particulares, la omisión popular es providencial, ya que, cuando no hay demandas ni participación/inspección, los administradores actúan por cuenta propia, mientras los administrados observan todo con apatía. Esto acaba reforzando el carácter asistencialista de los gobiernos, de modo que mientras todos tengan “pan y circo”, nadie cobrará más nada. Sin embargo, esta concepción de mera participación pasiva, como se ha dicho, debilita la democracia. Ya hemos mencionado que:

Cidadania pressupõe democracia, liberdade de manifestação, contestação, respeito ao indivíduo, à sua cultura e à sua vontade. Mas não só os modelos autoritários inibem a cidadania. Nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado, aceites que são pela maioria das pessoas por comodismo, também não permitem o

¹⁵ Cortina, A. (2009). *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. 3ª ed. Madrid, Alianza Editorial, p. 71.

desenvolvimento de uma cidadania plena, porque cidadania plena não pode ser dada ou outorgada, só é alcançada pela participação, pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados.¹⁶

CONSIDERACIONES FINALES

En resumen, está claro que la sociedad carece de una participación firme en la esfera de decisión de los Estados, característica llamativa de las sociedades posmodernas, junto con otro fenómeno contemporáneo: el individualismo. Un individualismo narcisista, como dice Julios-Campuzano¹⁷ que ejerce una fuerza dispersiva sobre la sociedad y conduce a los hombres al terreno de sus peores intereses. Como resultado, la apatía se apodera de los individuos y el desinterés por construir un espacio común invade su espíritu. Este individualismo genera un sentimiento de contemplación ante los grandes problemas de la vida y sustrae al hombre el instinto de luchar por una sociedad más justa y de abdicar de su condición de ciudadano.

Por otro lado, la ciudadanía hace sentir “pertenencia” a una comunidad y obliga a participar. Este es el desafío, la inclusión en la verdadera ciudadanía, porque sin esta cohesión se hace imposible responder a los desafíos que se presentan en los nuevos tiempos.

Desde la ciudadanía republicana se requiere una nueva tarea que no se oponga a la idea clásica de ciudadanía como defensa de los derechos individuales y colectivos, no libere la lucha colectiva por conquistar más derechos, sino que asuma la lucha por la gestión

¹⁶ Gorczewski, C. (2005). Direitos Humanos, Educação e Cidadania. In Leal, R. G. y Reis, J. R. *Direitos Sociais e Políticas Públicas. - Desafios contemporâneos Tomo 5*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, p. 1285.

¹⁷ Julios-Campuzano, A. (2000). *En las encrucijadas de la modernidad*. Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, p. 138.

ética del Estado y para el control del patrimonio público que es de todos.

Los actos de corrupción, además de sustraer bienes públicos, impedir que el Estado satisfaga las demandas sociales, mantener al pueblo a la intemperie, en la ignorancia, la pobreza y la enfermedad, indican la existencia de un problema mucho más profundo, la tendencia a la sustitución del ideal de cooperación democrática a través de formas de competencia y la imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático.

Es hora de un levantamiento de hombres de bien, porque ya lo advirtió Burke, para que el mal triunfe, solo hace falta que el bien calle. La corrupción y la mala política son una amenaza a todos los estados, independientemente de su grado de desarrollo. La corrupción erosiona la ética, erosiona las instituciones, socava la democracia y abate el ánimo de los ciudadanos, socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos. Además, puede extender sus vínculos a otras formas de delincuencia como el crimen organizado, el contrabando, el blanqueo de capitales.

La buena noticia es que las herramientas están disponibles: aunque merecen muchas críticas, tenemos instituciones fuertes, independientes y activas, tenemos una Constitución moderna que nos brinda remedios capaces de atacar tales patologías, tenemos gobiernos que ya han demostrado voluntad política al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la edición de la Ley Anticorrupción (12.846/13) y de la Transparencia (12.527/11).

Pero ¿qué pasa con los ciudadanos virtuosos? Robados, estafados, engañados, ilusionados, ¿dónde están?

REFERENCIAS

- ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret. 2008.
- BAILEY, F.G. *Les règles du jeu politique*. París: PUF. 1972.
- BOLZMAN, Claudio. "Políticas de inmigración, derechos humanos y ciudadanía a la hora de la globalización: una tipología". In: DÍAZ, Emma Martín y SIERRA, Sebastián de la obra. *Repensando la Ciudadanía*. Sevilla: Fundación El Monte. 1999.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2000.
- CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial. 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu *O que é participação política*. 15ª reimpressão São Paulo: Brasiliense. 2004.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuma *Los Derechos Humanos. Ámbitos y desarrollo*. Salamanca: San Esteban: Madrid: Edibesa. 2002.
- FRANCISCO DE VITÓRIA. *Los Derechos Humanos. Antología*. Salamanca: Editorial San Esteban. 2003.
- GARCIA, S. y LUKES, S. *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*. Madrid: Signo XXI, 1999.
- GORCZEVSKI, Clovis. "Direitos Humanos, Educação e Cidadania". In LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato dos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas. - desafios contemporâneos Tomo 5*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Nova Cultura, 2000.
- LAPIERRE. Jean-Willian. *Qu'est-ce qu'être citoyen?* París: Presses Universitaires de France. 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. "A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional". Trabalho inédito. 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret. 2002.

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL Y SU COMPATIBILIDAD CON EL EMPLEO. UN ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL INGRESO MÍNIMO VITAL ESPAÑOL

David Vila-Viñas¹

DESAFÍOS AL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL Y A SU EFECTIVIDAD

La referencia a las nuestras como a sociedades postindustriales no solo alude a una sustitución en la producción hegemónica del sector industrial por el de servicios, sino a un cambio en las vías de ingresos predominantes y, con ello, de sus formas culturales, jurídicas y políticas. En particular, existen dos tendencias sociales que, inscritas en este cambio, me parecen relevantes para enmarcar el objeto de este capítulo. Primera, la consolidación de una desigualdad estructural (Royce, 2018; Brun y González, 2017) con leves recuperaciones en los periodos de crecimiento, pero caídas más abruptas en las crisis, como la de 2008 o la asociada al covid en 2020. Por ejemplo, en el caso español, es tradicional que el indicador aceptado para medir la desigualdad se sitúe unos tres puntos por encima de la media de la Unión Europea o, de forma más reciente, de la Eurozona². Segundo, un menor peso de los ingresos

¹ Profesor sustituto interino de filosofía del derecho en la Universidad de Sevilla. Investigador del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Trabajo realizado dentro del proyecto financiado por el Gobierno de Aragón SO9_20R "El derecho a comprender el Derecho y el derecho a los derechos en Aragón" (2021-2023).

² El índice de Gini en 2021 en España, de 33, había aumentado casi un punto respecto al año anterior e interrumpido el ligero descenso de los años anteriores desde el pico de 34.7 de 2014, frente al de 30 y 30.3 de la Unión Europea y la

salariales en la renta de los hogares en favor de las rentas del capital. Se trata de una tendencia global estable desde los años 1980s (Artola et al., 2022) y que, por ejemplo en España, ha alcanzado en 2021 una distribución del 75% / 25%.

En el contexto de ambas tendencias se encuadra asimismo el debilitamiento del salario como factor protector o garantía de ingresos suficientes. Los regímenes de bienestar occidentales de la segunda mitad del siglo XX pivotaban sobre la capacidad del salario para ofrecer, de manera directa, los ingresos suficientes para una unidad de convivencia y, de forma indirecta, ingresos sustitutivos cuando ya no pudiera desempeñarse una actividad laboral, de forma temporal o permanente (Castel, 1997). Sin perjuicio de las dinámicas de expropiación de este régimen sobre el trabajo reproductivo y la riqueza del Sur Global (Fraser, 2020) y los desplazamientos motivados por sus resistencias, la crisis de este régimen ha redundado en un aumento de la pobreza entre las personas con empleo (Calvo y Gómez-Álvarez, 2017; Hidalgo, 2022)³.

LA RESPUESTA DESDE LOS DERECHOS

Este nuevo contexto obliga a reevaluar nuestra configuración de los derechos sociales, a riesgo de que dejen de corresponderse con la realidad en que sus valores y objetivos desean ser efectuados. En nuestra cultura jurídica los derechos que responden de manera más apropiada a la necesidad de una suficiencia material para llevar una vida digna son el derecho a una seguridad social y el derecho a la asistencia social. Sinteticemos cómo se formulan a escala

Eurozona para 2020, último año disponible. Fuente Eurostat: <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>.

³ La pobreza entre las personas con empleo se suele medir a través del indicador de baja intensidad laboral. En la última Encuesta de Condiciones de Vida, se define que se encuentran en esta situación "los hogares en los que sus miembros en edad de trabajar (...) o hicieron menos del 20% del total de su potencial de trabajo durante el año de referencia". En esta situación se encuentran el 11,6% de los hogares en España en 2021. Fuente INE. ECV. Resumen disponible en https://www.ine.es/prensa/ecv_2021.pdf.

internacional y europea para poder abordar los desafíos contemporáneos y las respuestas que se proponen, sobre todo en una escala estatal. Dalli ofrece aquí un mapa general muy útil para comenzar:

Mientras que las prestaciones de la seguridad social son contributivas, las de la asistencia social son prestaciones basadas en las necesidades a las que se accede tras una prueba de recursos. La asistencia social se concibe, por tanto, como transferencias de dinero a los hogares que se encuentran fuera de cualquier régimen de seguridad social o donde las prestaciones de la seguridad social no son suficientes para cubrir las necesidades básicas. Las disposiciones relativas a las garantías de subsistencia suelen existir en las constituciones o legislaciones nacionales, normalmente como parte de un derecho más amplio a la seguridad social. El derecho a la asistencia social también ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En las Naciones Unidas, textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 9 y 11) contienen disposiciones relativas al derecho a la seguridad social y al derecho a un nivel de vida adecuado, que incluyen implícitamente el reconocimiento de la asistencia social. A nivel europeo, el derecho a la asistencia social ha sido reconocido explícitamente en el artículo 13 de la Carta Social Europea (Dalli, 2020: 4, traducción propia)

A ello conviene añadir una fundamentación que recoge la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2020, la primera norma que estableció el ingreso mínimo vital en España, cual es la referencia al Pilar Europeo de Derechos Sociales (Gotemburgo, 2017) y su principio 14:

Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral.

En la escala constitucional española estos derechos se encuentran establecidos a través de un derecho a la seguridad social, que enuncia articulados los dos componentes⁴. En su implementación, en cambio, el sistema constitucional opta por escindir de ese concepto amplio de seguridad social la dimensión no contributiva de la “asistencial social” y atribuir la competencia sobre esa materia a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20ª CE). Más allá de los problemas causados por una excesiva heterogeneidad en las garantías, como se verá a continuación, no cabe olvidar que el sistema de seguridad social debe articularse de manera eficaz también en coherencia con el sentido constitucional de valores superiores del ordenamiento jurídico, como la libertad, la justicia y la igualdad y su concreción en tal principio (art. 14 CE) y en el de dignidad (art. 10.1 CE).

Como es habitual, el problema no reside tanto en el reconocimiento del derecho en abstracto como en su efectividad, es decir, en la definición clara de las obligaciones que implica para las Administraciones Públicas y en sus garantías. A falta de una delimitación estricta de los mandatos a que deben atenerse las Administraciones para hacerlos efectivos, estas se encuentran con un amplio margen de discrecionalidad para elegir la estrategia política dirigida a su implementación (Dalli, 2020: 5): qué tipo de protección

⁴ Artículo 41 Constitución Española (en adelante, CE): “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

se ofrece en los periodos de desempleo, corto y prolongado, qué cuantía resulta suficiente para mantener un estándar de vida digna, durante cuánto tiempo, cómo se combina una prestación dineraria con otros servicios de asistencia u obligaciones para las personas preceptoras o cómo se accede a esas prestaciones y servicios.

LA RESPUESTA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. GENERAL

La estrecha relación entre los derechos a una seguridad social y a una asistencia social, así como la evolución de nuestro propio presente conforme a las tendencias subrayadas al inicio apoyan una de las tesis principales de este capítulo, cual es, desde un enfoque descriptivo, la intensidad de la relación entre los recursos y las protecciones asociadas al empleo con las propias de los sistemas de asistencia social y, desde un enfoque normativo y de derechos humanos, la conveniencia de tratarlos como elementos articulados. Desde esta última perspectiva, es bien conocida la noción de integridad e indivisibilidad de los derechos (Nowak, 2020). En cambio, quizá lo sea menos la manera en que se interrelacionan indicadores relativos a la protección en el mundo laboral y de la asistencia social, como el nivel del salario mínimo, las prestaciones ligadas al empleo y más allá del mismo.

Las políticas públicas predominantes en materia laboral y de protección social desde la década de 1990 son un buen ejemplo de consciencia y aplicabilidad de esa interrelación. Cantillon et al. (2016: 244 y ss) explican cómo las políticas públicas europeas priorizaron en general los incentivos al empleo, a través de las llamadas políticas activas. Precisamente para evitar las formas de vida alternativas al empleo, redujeron o contuvieron las protecciones asistenciales o aquellas que se disfrutaban al margen de haber trabajado de forma reciente o de estar buscando empleo. Por último, y dada esta orientación, acabaron por consolidar una tensión o *trade-off* entre reforzar la situación de los trabajadores más pobres y reforzar los salarios de las posiciones más consolidadas (*insiders*). Sobre

este escenario general, las autoras citadas muestran distintas variaciones entre los Estados europeos según traten de reforzar más los incentivos fiscales al empleo o los salarios mínimos o, en otra dirección, traten de mantener mayor equilibrio entre ellos y las protecciones al margen del empleo (pp. 249-251). Sin embargo y en síntesis, lo que destacan es que esas variables alcanzan una coordinación estructural. Esto lleva a que los salarios mínimos operen como una suerte de techo de cristal para las protecciones sociales al margen del empleo, que no se le podrán aproximar demasiado a riesgo de reforzar la llamada trampa de la pobreza, es decir, el incentivo perverso a mantenerse con prestaciones asistenciales en lugar de con ingresos laborales (Cantillon *et al.*, 2020). Por supuesto, en los mercados de trabajo con mucho subempleo, esto es, gente trabajando menos horas de las que desearía, como ocurre en España, existe un enorme riesgo de que los trabajadores subempleados se encuentren por debajo del umbral de la pobreza y no puedan recibir tampoco prestaciones asistenciales por entenderse que desincentivarían su empleabilidad.

Más adelante retomaré esta idea porque es el núcleo argumental de lo que quería examinar en este capítulo. Baste ahora subrayar la necesidad de considerar todas estas variables y su enunciación en derechos (a una vida digna, al trabajo, a la seguridad social y a la asistencia social) como elementos interrelacionados. Se trata de una premisa estratégica importante. No en vano, la gobernabilidad neoliberal también ha optado por un tratamiento conjunto, al delimitar por separado esos riesgos, dar prioridad a la activación para el empleo y poner al resto en concordancia con mantener los mayores niveles de activación posibles (Taylor-Gooby, 2005).

La cuestión es cómo revertir ese enfoque de gobierno. Para ello puede delimitarse una reorientación desde varias perspectivas. Desde la de los derechos, conviene reforzar la integralidad de los distintos derechos subjetivos aludidos e incidir en su efectividad. Para ello, desde la perspectiva de las políticas públicas, conviene formular indicadores que nos ayuden a vehicular nuestra acción política y normativa hacia los objetivos de derechos establecidos.

Por ejemplo, la noción de “ingreso mínimo de protección”, como un “suelo de ingresos garantizado a toda la ciudadanía” (Castillon et al., 2016: 243), es útil porque no subordina la protección al indicador del empleo. Al mismo tiempo atiende de forma más directa al contenido esencial de un derecho a la vida digna y a la asistencia social, que no está condicionado por la situación de cada cual en el mercado de trabajo, y que debe incluir “la satisfacción por parte de todas las personas de sus necesidades básicas bajo condiciones de dignidad” (Eide, 2017: 196).

LA RESPUESTA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. ESPAÑA

Aunque aquí propongo el enfoque de la cuestión que se acaba de desarrollar, el interés del capítulo es más bien contrastarlo con el que han seguido nuestras políticas públicas dentro de tal marco constitucional. Aguilar y Arriba (2021) han organizado el despliegue del sistema de protección social en España en tres etapas. Un primer conjunto de reformas laborales desde la década de 1970 se dirigió a erosionar la protección de los trabajadores formales o consolidados (*insiders*), al tiempo que crearon un primer nivel asistencial en el plano estatal, del que formaban parte las pensiones no contributivas o las llamadas prestaciones familiares por hijos a cargo. En una segunda etapa y desde finales de los 1980 hasta 1995, se desarrolló esa capa de asistencia social, en el plano autonómico y a través del instrumento principal de las rentas mínimas, dependientes del nivel de ingresos. Aunque la heterogeneidad de estas prestaciones ha sido un objeto constante de crítica, Dalli (2021: 215-216) ha tratado de reseñar algunas características frecuentes, entre las que entresaco las siguientes:

a) Se requieren unos ingresos inferiores a la cuantía de la renta mínima determinada por cada Comunidad Autónoma.

b) Tiene carácter subsidiario, es decir, solo se puede recibir si se han agotado otras prestaciones

c) Se acompaña de algún requisito de edad. Se exige estar por debajo de la edad de jubilación y bastante por encima de la mayoría de edad, en muchos casos, a partir de los 25 años.

d) Se suele exigir residencia en la Comunidad Autónoma en cuestión, con distintos grados de antigüedad, que han llegado a los tres años.

e) Además, aparecen algunas otras obligaciones de conducta que se entienden repercuten sobre la inclusión de las personas beneficiarias, como la escolarización, planes de inserción social o laboral, búsqueda activa de empleo.

Como se advierte, este sistema ha incidido en una separación de las protecciones entre las personas integradas en el empleo (salarios y prestación contributiva por desempleo) y las menos integradas (prestaciones asistenciales de desempleo, rentas mínimas, etc.), así como en una cobertura muy desigual entre las diferentes Comunidades, que en su mayoría se considera además baja (Ayala et al., 2022: 156). Amén de sus deficiencias consolidadas, tales sistemas se vieron estresados sobre todo a partir de la crisis de 2008 y del agotamiento de las prestaciones por desempleo en los años posteriores (Ayala et al., 2021; Aguilar y Arriba, 2020: tabla 6).

Tal como señalé, este sistema se integraba en un contexto europeo que la Comisión dirigía hacia la inclusión social basada en la activación laboral. A pesar de ello la Unión Europea no ha dejado de insistir en la necesidad de que países como España incorporaran sistemas de asistencia social suficientes también para personas sin acceso regular al empleo o con salarios bajos (Aranguiz, 2020). En una última etapa y precisamente en tal dirección, España habría buscado coordinar a escala estatal una renta mínima, el ingreso mínimo vital (en adelante, IMV) aprobado en 2020, que se articularía con el nivel asistencial autonómico, en forma de protecciones complementarias y políticas de inclusión y activación. Se trata de la última etapa en las políticas de asistencia social.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL

CARACTERÍSTICAS

La principal novedad en esta última etapa es la prestación conocida como ingreso mínimo vital⁵. La principal novedad en esta última etapa es la prestación conocida como ingreso mínimo vital. Se trata de una prestación estatal y homogénea en todo el territorio español, al comprender la igualdad y el derecho a una vida digna como derechos fundamentales, amén del principio rector del derecho a la seguridad social, y toma su fundamento de la competencia del Estado respecto a la efectividad de los derechos fundamentales (art. 149.1.1ª CE).

Para entender el alcance de esta política se pueden deducir de su contenido tres derechos principales. En primer lugar, la prestación económica, que es lo que se suele asociar en sentido estricto con el IMV. Se trata de una prestación a la que se tiene acceso en la medida en que los ingresos anuales se sitúan por debajo de determinado umbral según la situación de la unidad de convivencia y en esa misma medida⁶. En contraste con muchas de las rentas mínimas

⁵ La prestación se reguló inicialmente mediante el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Sin embargo, la necesidad de ampliar el acceso al derecho ya dio lugar a modificaciones sensibles, operadas a través del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, en su amplio artículo 3. La tramitación de todo ello como proyecto de ley en las Cortes Generales alcanzó una forma que se puede considerar consolidada en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

⁶ Aunque las cuantías han tenido actualizaciones, entre ellas la del 15% aprobado dentro del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania (<https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/el-ministerio-de-inclusion-cumple-sus-compromisos-de-profundizar-en-la-reforma-de-pensiones-mejorar-el-imv-y-seguir-modernizando-la-normativa-de-extranjeria>) y existen muchos factores implicados en su determinación final, algunas situaciones de referencia pueden ser la cuantía de 491,63 € mensuales para un adulto o de 934,04 € para la unidad formada por dos adultos y dos menores (Fuente:

autonómicas, el IMV se mantiene en tanto persisten los ingresos por debajo del umbral, pero conserva limitaciones en cuanto a la edad de acceso y al tiempo de residencia en España que obstaculizan el derecho a la seguridad social, como comprensivo del derecho a la asistencia social (Dalli, 2021: 234 y ss). A ello conviene unir otros problemas de acceso, como el cómputo anual de ingresos⁷, que no es sensible a las pérdidas abruptas de ingresos para personas sub-empleadas, o las dificultades para acreditar situaciones, como la residencia, o simplemente solicitar y subsanar defectos en contextos de cierre o saturación del Servicio Estatal de Empleo o de los servicios sociales autonómicos. Ello ha dado como resultado un impacto mucho menor del previsto. Por ejemplo, el “El IMV ha llegado al 40% de sus potenciales hogares beneficiarios” (AIReF, 2022)⁸.

Esta prestación no agota las intervenciones de inclusión socio-laboral ni de asistencia social que organizarán en las políticas autonómicas (art. 148.1.20ª CE), dentro de un sistema en proceso de ajuste (Vaquer, 2022). Los otros dos derechos que integran esta política tienen así una implementación autonómica. El primero de ellos es un derecho a la inclusión (art. 31 Ley 19/2021), que se realiza a través de distintos tipos de programas individualizados y gestionados por los servicios sociales autonómicos, con participación de

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/65850d68-8d06-4645-bde7-05374ee42ac7/cuantias#Cuantias>).

⁷ Con posterioridad se incorporó la posibilidad de acceder a la prestación ante un descenso de ingresos que situara al solicitante por debajo del umbral de ingresos el año en curso, siempre que no se tuviera otro patrimonio o prestaciones (art. 11 de la Ley 19/2021).

⁸ En septiembre de 2021, se habían concedido casi 337.000 prestaciones, lo que beneficiaba a cerca de 800.000 personas. Sin embargo, eso supone una ratio de concesión de solo el 27,5% de las solicitudes válidas, según la fuente citada antes (fuente: nota de prensa del Ministerio de 1 de octubre de 2021: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/011021-imv-beneficiarios.aspx>). A esa fecha, la cuantía media de la prestación por hogar fue de 436 euros, lo que supone una media de 172 euros por beneficiario (misma fuente).

los locales. Conviene aquí introducir algún matiz sobre la naturaleza jurídica de este derecho. Al tratarse de ingresos para personas que no tenían empleo y dada la centralidad del objetivo de la activación y de, por lo tanto, evitar los desincentivos al empleo, ha sido habitual denominar a las prestaciones dinerarias para estos grupos rentas de inserción y vincularlas a la participación de las beneficiarias en programas de inserción, laboral donde era posible, o social, donde aquel objetivo aún era lejano. Esta condicionalidad, que el IMV ha abandonado con el buen criterio de hacer más accesible un ingreso que constituye una herramienta esencial para garantizar el derecho de asistencia social, no hace que el de inclusión o el de la prestación dineraria dejen de ser un derecho – conforme los derechos se formalizan y se anejan garantías, es frecuente que se sometan a condiciones y requisitos –, aunque las condiciones afectan a su eficacia. Sí es cierto, por otra parte, que requerir, para cobrar la renta, el seguimiento de algunas actividades de inserción puede afectar a la actitud con que se realizan esas actividades y, con ello, a su misma eficacia, pero nos adentraríamos aquí en un debate sobre la relevancia del consenso con el contenido de la norma para su efectividad última, que excede el objetivo de este capítulo.

Por último, dentro del mismo marco de activación, el IMV refuerza el derecho al trabajo (art. 35 CE), al permitir una compatibilidad general entre la prestación dineraria y los ingresos laborales e incluso una reducción del peso de los últimos para calcular la prestación a que se tiene derecho. Me detendré sobre este sistema a continuación.

COMPATIBILIDAD CON EL EMPLEO. FUNDAMENTOS Y EVIDENCIAS

Para abordar esta cuestión, conviene detenerse en los antecedentes españoles en materia de protección social vinculadas al empleo. Aguilar y Arriba (2020: 566) distinguen tres enfoques episódicos recientes a propósito de las exigencias despertadas por la crisis de 2008. En el primer periodo de 2008 a 2010, el gobierno

estatal introdujo medidas para limitar la intensa destrucción de empleo, a través de un refuerzo de la flexibilidad interna e incentivos a la contratación, con el problema de que tal empleo se destruía de nuevo con rapidez decaídos aquellos incentivos. Además, se iniciaron algunos programas temporales de protección a desempleados que habían agotado las prestaciones por tal concepto, como el programa Prodi⁹. Entre 2010 y 2014, se produjo un endurecimiento de las políticas de activación, sobre todo por la vía de restringir las protecciones fuera del empleo. En 2012, se incrementaron los requisitos de acceso a las prestaciones por desempleo, así como su cobertura, y los programas de asistencia a personas desempleadas que habían agotado sus prestaciones redujeron sus cuantías por debajo de las prestaciones contributivas por desempleo e incluso de los antiguos subsidios. Esta política continuó, aunque relegada, a partir de 2015, en relación con menos personas conforme se recuperaba el empleo.

En general, aunque la protección por desempleo, sobre todo en su modalidad contributiva es homologable a la de otros Estados de la UE, el problema del contexto español es la cantidad de personas subempleadas, para quienes las prestaciones contributivas y asistenciales cubren una proporción de una base reguladora ya de por sí baja, al cotizar pocas horas o con discontinuidad¹⁰. Desde nuestro enfoque integral del derecho a la seguridad social y la asistencia social, este es el grupo más vulnerable, y sobre el que tiene sentido pensar un suelo de protección más allá de la estricta relación con el empleo, a riesgo de que no resulte protector de otro modo.

Respecto a las interacciones entre los principios de protección al empleo, de protección a los grupos en peor posición en el mercado

⁹ Puede ampliarse información sobre este y otros programas de protección a desempleadas que citaré después en <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/he-dejado-de-cobrar-el-paro/subsidio-extraordinario-desempleo.html>.

¹⁰ Un buen ejemplo de esta desprotección se vio en la escasa adecuación y cobertura que tuvo durante la crisis del covid el subsidio extraordinario para el empleo de hogar, como he analizado con profundidad en otro lugar (Vila-Viñas, 2021).

de trabajo, de activación laboral y de asistencia social a los grupos al margen del empleo, las políticas públicas se han organizado desde la década de 1970 conforme a diferentes grupos de valores. En primer lugar, los enfoques neoliberales originales, al notar la relación sistemática entre estas variables, abrazaron modelos de ingreso mínimo generalizado o renta de supervivencia, con el objetivo de que también los grupos excluidos del empleo pudieran participar en el consumo y la vida social normalizada (Foucault, 2007: 239 en referencias a Giscard d'Estaing). En segundo lugar, los enfoques que identificaban el empleo como el medio mejor valorado y eficaz para la inclusión orientaron estas políticas frente al riesgo de la llamada trampa de la pobreza. El objetivo era evitar que quienes estuvieran disfrutando de prestaciones sociales fuera del empleo evadieran su incorporación al mismo, toda vez que ésta les reportaba poco o ningún beneficio marginal. Por último, son más frecuentes perspectivas que cuestionan el valor positivo del empleo en términos absolutos y lo ponen en relación con sus costes de oportunidad y sus eventuales externalidades negativas (Graeber, 2018). Más allá del mito disciplinario, se preguntan, ¿conviene a la sociedad que alguien acepte un trabajo para cuya realización tiene que desplazarse, coste energético mediante, tres horas todos los días? ¿o uno que generará necesidades de cuidados en el hogar trabajador que se cubrirán de forma deficiente? Si tomamos esta perspectiva en serio, tiene sentido aumentar la libertad de las personas beneficiarias para distinguir qué empleos pueden suponerles una mejora.

Para resolver las tensiones que plantean estos distintos enfoques axiológicos, las políticas públicas se mueven entre políticas de activación más rigurosas y otras de subsidios a la búsqueda de empleo más flexibles, en la esperanza de que eso mejora las oportunidades de empleo y la generalidad del mercado de trabajo. Biebert *et al.* (2017) han estudiado los datos disponibles en la época dorada de las políticas de activación (1992-2009) para concluir que las prestaciones al margen del empleo benefician a su búsqueda y reducen finalmente el paro cuando los mercados de trabajo no tienen una brecha demasiado grande entre los *insiders* (integrados) y

los *outsiders* (excluidos), pero que no sucede así cuando los mercados de trabajo cuentan con una fuerte brecha entre ambos grupos y con elementos de autoprotección sólidos para los empleos consolidados. En estos casos, las protecciones al margen del empleo desincentivarían la aceptación de nuevos empleos, principalmente porque estos mercados de trabajo no ofrecerían empleos de cierta calidad que permitieran la transición hacia el empleo.

En cualquier caso y desde una perspectiva de derechos, la realidad dada en un sector puede ser un punto de partida para la eficacia del derecho, pero no un contexto inamovible al que se deban subordinar las políticas públicas en todo caso. Al contrario, estas deben tratar de transformar esa realidad previa en la dirección de una mayor efectividad de los derechos que las guían y no solo vehicular su reproducción. Dicho esto, el enfoque del IMV, que desgranaré ahora, es coherente con el marco europeo y constitucional señalado.

COMPATIBILIDAD CON EL EMPLEO. REGULACIÓN Y PROPUESTAS

Con estos elementos para su análisis sobre la mesa, el modelo propuesto por el IMV es el siguiente. Como renta que depende de un análisis de ingresos de la unidad de convivencia, el IMV solo se cobra en la medida en que éstos no igualen o superen el umbral establecido según las circunstancias de ese hogar. Para incentivar el paso a situaciones de empleo, el artículo 11.4¹¹ prevé que los

¹¹ La regulación concreta del art. 11.4 en la redacción definitiva de la Ley 19/2021 es la siguiente: “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo

ingresos laborales computen en menor proporción que los ingresos por otras vías, de manera que sería posible continuar recibiendo parte de la prestación junto con ciertos ingresos por laborales por cuenta ajena o propia. El problema es que, al no haberse desarrollado reglamentariamente la norma, solo se puede especular sobre el grado de esta compatibilidad y sus efectos sobre el mínimo de ingresos. Para ello podemos partir del modelo que prevía la proposición de ley modificación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con objeto de mejorar la garantía de suficiencia de ingresos de la población¹². En su esquema inicial, revisable anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pretendía dejar de computar el 35% de los ingresos laborales hasta el máximo de 1.200 euros mensuales, umbral a partir del cual se entendía que la garantía salarial era ya suficiente¹³.

El antecedente más fiel a este modelo hasta la fecha lo encontramos en la renta mínima de la Comunidad Foral de Navarra¹⁴. En este caso, la previsión legal sí se ha acompañado de su desarrollo

reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales”.

¹² Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, núm. 377-1, de 8 de marzo de 2019.

¹³ En concreto, el apartado quince de la citada proposición de reforma del RD-Leg del TRLGSS proponía el siguiente texto para su adición en el art. 369.2.e): “Las remuneraciones por trabajo hasta un umbral máximo. La determinación de dicho umbral se establecerá en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio, que también podrá establecer un mínimo de ingresos por trabajo a partir del cual estos no computarán a la hora de determinar la prestación. Durante el ejercicio presupuestario en que la presente Ley entre en vigor, los ingresos por trabajo no computables serán los resultantes de multiplicar por 0,35 dichos ingresos, siempre que estén comprendidos entre los 100 y los 1.200 euros netos mensuales”.

¹⁴ Renta creada mediante Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada y desarrollada en el aspecto que interesa aquí y otros por el Decreto Foral 26/2018, de 25 de abril, de desarrollo de los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada.

reglamentario y muestra un régimen bastante amplio en cuanto a la posibilidad de complementar la renta mínima con ingresos laborales. Para ello aplica coeficientes que aumentan la cantidad a percibir en proporción a la cantidad de miembros de la unidad de convivencia y que suelen girar en torno a permitir ampliarla en un 50%¹⁵.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, ¿qué se puede concluir de este modelo aún en marcha de coordinación entre las rentas mínimas asistenciales y los incentivos para el empleo? Por una parte y desde la perspectiva de este modelo de suelo de ingresos abstracto, en los últimos años hemos asistido a una subida del salario mínimo interprofesional, de las rentas mínimas, ahora con un instrumento estatal homogeneizante y con nuevos incentivos para el empleo en el horizonte. En relación con la trampa de la pobreza, el modelo de compatibilidad del IMV debería coadyuvar a la protección de los trabajadores pobres, sobre todo en las etapas de transición hacia una mayor estabilidad laboral, que son una de las deficiencias principales de nuestro mercado de trabajo¹⁶ y al reducir el riesgo de quedar de nuevo desprotegidos al finalizar el contrato de trabajo por el que hubieran sustituido la prestación asistencia (Aranguiz,2020: secc. 5). Por otra, que todo queda pendiente. De hecho, a pensar los retos pendientes debería ayudarnos la idea de que el acceso a una vida digna o a la seguridad social en sentido amplio por la vía de la incorporación al empleo no se va a efectuar solo con la previsión de esa mayor compatibilidad entre las rentas mínimas y el empleo, sino que va a requerir implementar unas políticas de activación e inserción que den realidad al derecho a la inserción y al trabajo, por ahora solo enunciados. Para ello la participación de las Comunidades Autónomas y de los propios

¹⁵ Para ver la regulación completa se debe acudir a los artículos 21 y ss. del decreto foral de desarrollo citado.

¹⁶ Aunque la tasa de temporalidad se ha reducido en España en el último año, desde la entrada en vigor de la reforma laboral, entre los asalariados en el segundo trimestre de 2022 sigue siendo de 22,3. Fuente: Ministerio de Trabajo: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/rud.pdf>.

beneficiarios en sus planes individualizados de inclusión es determinante (Dalli, 2021: 236).

En último lugar y dado el carácter sistemático con el operan estas distintas variables, conviene recordar que hay elementos de la gobernabilidad de los ingresos que he dejado fuera del análisis, al complejizarlo demasiado, pero que son relevantes para ahondar en esta investigación. Apunto solo dos para terminar. En primer lugar, he incidido en las posibilidades regulativas y promocionales del Estado, pero no en la capacidad de los instrumentos corporativos, como la negociación colectiva, para introducir mejoras salariales en las situaciones consolidadas y precarias, elevando con ello el mínimo de ingresos de forma sistémica. Se trata de un mecanismo clave de la gobernabilidad welfarista (Teubner, 1986) cuya relevancia ha querido desplazar la neoliberal. En segundo lugar, no se ha problematizado con la profundidad que merece la ubicación abstracta del empleo como objetivo de nuestras políticas públicas. Si evitamos su connotación y lo pensamos desde una racionalidad instrumental, quizá lleguemos a la idea de que determinados empleos son ineficaces como fuente de ingresos suficientes y demasiado costosos en términos ambientales y de cuidados, lastrando mejoras hacia un mercado laboral más maduro. Esta perspectiva empujaría un cambio en los sistemas de asistencia al margen del empleo, pero no como última ratio, sino como parte de una política general de transición económica y ecológica.

CONCLUSIONES

Este capítulo ha partido de un cambio en la realidad social con hondo impacto en el sistema de protección europeo y español. La existencia de una cantidad creciente de personas incluidas social y laboralmente, y por lo tanto alejadas de la idea tradicional de pobre como persona excluida, pero con ingresos insuficientes. La respuesta desde los derechos humanos y desde las políticas públicas ha tendido a parcializar esas situaciones ofreciendo contenidos, medidas y recursos disociados para quienes participaban de

manera precaria en el mercado laboral o para quienes no lo hacían apenas o en absoluto en condiciones formales. Este capítulo ha querido pensar los derechos a una vida digna, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a la asistencia social de forma articulada y operativa, como corresponde a los principios de integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

Para ello se han presentado las respuestas más acabadas en el contexto español, tanto para la activación laboral como para la asistencia social. En particular, se ha buscado un punto de intersección entre estas políticas, como un primer paso para diseñarlas e implementarlas de forma más sistemática. Las rentas mínimas de las Comunidades Autónomas ofrecieron un primer campo de análisis, aunque insuficiente en esta coordinación, por cuestiones relacionadas también con la configuración compleja del Estado español. En cambio, otro campo de análisis más reciente, siquiera aún en desarrollo, es el del IMV. En correspondencia con algunas recomendaciones de la Unión Europea, éste prevé un sistema estatal de ingresos mínimos, compatible con el empleo hasta determinados umbrales y que por tanto puede empezar a responder al citado enfoque de coordinación, bajo la idea de garantizar un nivel de ingresos mínimos con independencia de su fuente. Este y no el empleo, la formación o cualquier otro mérito es el contenido esencial de un derecho a una vida digna y a la asistencia social.

REFERENCIAS

Aguilar Hendrickson, M., & Arriba González de Durana, A. (2021). Entre recalibración y continuidad: El contexto del nacimiento del IMV. *RES. Revista Española de Sociología*, 30(2).

Aguilar-Hendrickson, M., & Arriba González de Durana, A. (2020). Out of the wilderness? The coming back of the debate on minimum income in Spain and the Great Recession. *Social policy & administration*, 54(4), 556-573. <https://doi.org/10.1111/spol.12605>

- AIRef. (2022). 1ª opinión ingreso mínimo vital (p. 79). AIReF. https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/07/OPI-NION/Primera_Opinio%CC%81n_IMV-D.pdf
- Aranguiz, A. (2020). Securing decent incomes at a crossroads: On the legal feasibility of a Framework Directive on Minimum Income. *European journal of social security*, 22(4), 467-485. <https://doi.org/10.1177/1388262720968175>
- Artola Blanco, M., Martínez-Toledano, C., & Sodano, A. (2022). Desigualdad de la Renta y Redistribución en España: Nueva Evidencia a partir de la Metodología del World Inequality Lab (EsadeEcPol Brief, p. 26). ESADE.
- Ayala Cañón, L., García-Serrano, C., & Martínez-Virto, I. (2021). Towards a Fundamental Reform of Minimum Income Benefits in Spain. *International Journal of Social Welfare*, 30, 152-169.
- Ayala Cañón, L., Jurado Málaga, A., & Pérez Mayo, J. (2022). El ingreso mínimo vital. Adecuación y cobertura. *Papeles de Economía Española*, 172, 155-169.
- Biegert, T. (2017). Welfare Benefits and Unemployment in Affluent Democracies: The Moderating Role of the Institutional Insider/Outsider Divide. *American sociological review*, 82(5), 1037-1064. <https://doi.org/10.1177/0003122417727095>
- Brun, L., & González, I. (2017). Tobin's Q and Inequality. 58. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3069980>
- Calvo Gallego, F. J., & Gómez-Álvarez Díaz, M. R. (Eds.). (2017). Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. *Laborum*. <http://grupo.us.es/iwpr/pobreza-en-el-trabajo/la-evolucion-de-la-pobreza-en-la-poblacion-y-en-los-trabajadores-en-espana/>
- Cantillon, B., Marchal, S., & Luigjes, C. (2016). Decent Incomes for the Poor: Which role for Europe? *Journal of common market studies*, 55(2), 240-256. <https://doi.org/10.1111/jcms.12486>
- Cantillon, B., Parolin, Z., & Collado, D. (2020). A glass ceiling on poverty reduction? An empirical investigation into the structural constraints on minimum income protections. *Journal of European social policy*, 30(2), 129-143. <https://doi.org/10.1177/0958928719880500>
- Castel, R. (1997). *La metamorfosis de la cuestión social: Una crónica del salariado* (J. Piatigorsky, Trad.). Paidós.

- Dalli Almiñana, M. (2020). The content and potential of the right to social assistance in light of Article 13 of the European Social Charter. *European Journal of Social Security*, 22(11), 3-23.
- Dalli Almiñana, M. (2021). El ingreso mínimo vital y el derecho a la asistencia social de la Carta Social Europea. *Lex social*, 11(1), 208-242. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5506>
- Eide, A. (2017). Adequate standard of living. En D. Moeckli, S. Shah, D. Harris, & S. Sivakumaran (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 195-216). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780198767237.003.0010>
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)* (H. Pons, Trad.). FCE.
- Fraser, N. (2020). Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda (J. M. Madariaga & C. Piña Aldo, Trans.). *Traficantes de Sueños*. <https://www.traficantes.net/libros/los-talleres-ocultos-del-capital>
- Graeber, D. (2018). *Trabajos de mierda. Una teoría* (I. Barbeitos García, Trad.). Ariel.
- Hidalgo Pérez, M. A. (2022). La baja intensidad laboral, en la raíz de la desigualdad. En L. Ayala Cantón (Ed.), *Desigualdad y pacto social* (pp. 42-58). Observatorio Social «la Caixa».
- Nowak, M. (2020). Social rights in international law: Categorization versus indivisibility. En C. Binder & J. A. Hofbauer (Eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights* (pp. 2-18). Edward Elgar Pub.; Sevilla; online. <https://doi.org/10.4337/9781788972130.00008>
- Royce, E. (2018). *Poverty and Power. The Problem of Structural Inequality* (3ª). Rowman & Littlefield.
- Taylor-Gooby, P. (2005). Paradigm shifts, power resources and labour market reform. En P. Taylor-Gooby (Ed.), *Ideas and welfare state reform in western europe* (Vol. 1, pp. 12-29). Palgrave Macmillan.
- Teubner, G. (1986). After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. En G. Teubner (Ed.), *Dilemmas of law in the welfare state* (pp. 299-325). Walter de Gruyter.
- Vaquero Caballería, M. (2022). El IMV desde la óptica del derecho público: Sus aportaciones al debate sobre el Estado social y

autonómico. *Teoría y Método: Revista de Derecho Público*, 5.
https://doi.org/10.37417/RPD/vol_5_2022_733

Vila-Viñas, D. (2021). Gobernabilidad y derechos sociales en la nueva normalidad. Análisis del tratamiento de las empleadas de hogar y de cuidados. En M. J. González Ordovás, C. Marcuello Servós, J. Sánchez García, & A. Vega-Tinoco (Eds.), *Políticas públicas y sociales. Inteligencia Artificial, Economía, Democracia y Derecho: Un encuentro inevitable* (pp. 247-258). Prensas de la Universidad de Zaragoza.

REPENSANDO LA DISCIPLINA JURÍDICO LABORAL: DEL TELETRABAJO AL METAVERSO

Esperanza Macarena Sierra Benítez.
Profesora Titular de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla.

DOS REALIDADES PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SUBORDINADA Y POR CUENTA AJENA

Hay dos fenómenos que introducen cambios en la sociedad, en el trabajo y en los hábitos de vida que caracterizan las crisis económicas de finales del siglo XX y del primer tercio del siglo XXI: la globalización de la sociedad y la revolución tecnológica y virtual². La sociedad de la información se encuentra en el tránsito entre una sociedad digital y la realidad virtual y, por lo tanto, en un espacio donde conviven los tradicionales modos de realización de la prestación de servicios subordinados y por cuenta ajena con la aparición de nuevos espacios donde proyectar la realización de la prestación de servicios digital³. La pandemia mundial de la COVID-19 ha acelerado ese tránsito, pero no sólo está ocasionando

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Plan Estatal 2013-2016 Retos. Proyectos I+D+I MINECO, denominado “La seguridad internacional y comunitaria: conflictos de leyes y protección social”, DER2017-83040-C3-3-R, siendo IPs Ana M^a Chocrón Giráldez y Esperanza Macarena Sierra Benítez.

² Un análisis de las particularidades del progreso tecnológico en el mundo del trabajo en USHAKOVA, T. “De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 1, 2018, pp. 115 a 137.

³ SIERRA BENÍTEZ, E.M “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el Siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, pp. 93 a 118.

considerables brechas entre las personas sino también un crecimiento de las desigualdades que no se sostiene con la actual regulación de las disciplinas jurídico-sociales y que, por lo tanto, afecta directamente a las materias que regulan las relaciones laborales y la protección social de los trabajadores⁴. La gran mayoría de los países han regulado el teletrabajo para incorporar la protección de las condiciones de trabajo de los trabajadores asalariados que dejan de prestar los servicios en el lugar tradicional: el centro de trabajo y/o fábrica para realizarlo o compartirlo con el trabajo a distancia⁵. Esto significa que una forma de organización de la prestación de servicios que nace a finales del siglo XX se consolida en el primer tercio del siglo XXI: el teletrabajo. Por el contrario, una nueva forma de prestación de servicios a través de la realidad virtual, propia del siglo XXI, se implanta como consecuencia de los avances tecnológicos pero, como es obvio, no se acompaña de una regulación que sea socialmente sostenible y aplicable desde un punto de vista práctico: el Metaverso como lugar vinculado a la realidad virtual⁶.

⁴ GUAGLIANONE, L. “Brecha de género, nuevas tecnologías y trabajo digital: enfoque desde Italia”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 81 a 104.

⁵ Los Estados reconocen la relación estrecha entre el Derecho del Trabajo y las tecnologías, cuyas consecuencias sobre la seguridad y la salud de los trabajadores obligan a regular cuestiones relacionadas con la aparición de nuevos riesgos laborales, así como el reconocimiento al derecho a la desconexión, en LUDOVICO, G. “Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore”, en LUDOVICO, G., FITA ORTEGA, F., NAHAS, T., *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un’analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, pp. 79 a 110. La regulación no sólo se extendió en el ámbito privado sino también en el ámbito público. No obstante, al menos como en el caso español, el Gobierno decidió abrir una diferencia reguladora entre ambos sectores de actividad y de empleos que ofrece “menor seguridad en torno a las expectativas del personal de normalizar el teletrabajo”, en MOLINA NAVARRETE, C. *Digitalización y protección de datos en el empleo público: normas y prácticas*, Bomarzo, Albacete, p. 21.

⁶ Se afirma que “la organización del trabajo y de la producción va a evolucionar muy rápidamente por la producción de nuevos bienes y servicios físicos y virtuales y el metaverso laboral traerá nuevos empleos en torno a una economía cada vez

LA INCLUSIÓN EN LA REGULACIÓN LABORAL DEL LUGAR ATÍPICO DE TRABAJO: EL TRABAJO A DOMICILIO Y EL TELETRABAJO

De todos es conocido el dicho “el teletrabajo ha venido para quedarse”. No obstante, se trata de una forma atípica de realización de la prestación laboral, bien porque se realizaba en el domicilio o en otro lugar elegido por el trabajador. El trabajo a domicilio siempre ha existido y el legislador español lo incluyó en el ET-1980 en un breve artículo, incorporando la especialidad del lugar de la prestación de servicios y su incidencia en las condiciones de trabajo para dotarlo de las garantías propias del marco de las relaciones laborales⁷. Son interesantes las puntualizaciones del profesor Raso en relación al elemento locativo en la telemedicina con respecto al teletrabajo tradicional, en cuánto que aquella se aparta del concepto general de teletrabajo puesto que no se refiere a la labor brindada por el trabajador desde su hogar hacia la empresa, sino desde el centro médico hacia el destinatario ubicado “a distancia”, es decir, la actividad laboral se desarrolla en el entorno

más digital”. Al respecto, se defiende que es necesario un nuevo Estatuto de los Trabajadores digital (y no analógico) que incluya unas mínimas normas imperativas que se impongan a empresas y trabajadores con una importante delegación en la negociación colectiva de sector y de empresa, en DE LA TORRE, C. “El futuro del trabajo y el metaverso laboral en el período pos-Covid: ¿Quo vadis?”, *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 373, 2022, pp. 4 y 5.

⁷ Nos interesamos por las reflexiones publicadas en las obras DE LA VILA GIL, L.E. *El trabajo a domicilio*, GALLARDO MOYA, R. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio de la máquina de hilar al ordenador*, Ibidem, Madrid, 1998, pp. 1 a 112; SÁNCHEZ RODAS, C. “Contrato de trabajo a domicilio” en OJEDA AVILÉS, A. (coord.) *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 179 a 189; DE LA VILLA GIL, L. E. “El trabajador a domicilio”, en PALOMEQUE LÓPEZ, GARCÍA-PERROTE, L.I. (coord.) *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Centros de Estudios Financieros-CEF, 2006, pp. 607 a 656; MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.) *El teletrabajo en España: aspectos teóricos-prácticos de interés*, Wolter Kluwer, Madrid, 2017, pp. 1 a 393.

organizativo de la empresa y, por lo tanto, esta situación facilita el control y la organización del trabajo por parte del empresario⁸.

El teletrabajo, que tradicionalmente se ha regulado por la voluntad de las partes generalmente como una modalidad de trabajo a domicilio tecnológico, mediante acuerdos colectivos bien de empresa o de sector, se modifica en España mediante una regulación por Ley, eso sí, con una importante llamada y remisión a la negociación colectiva, para introducir en ese marco legal el trabajo remoto y flexible⁹. Esta regulación dota de sentido a una de las notas caracterizadoras del teletrabajo: la voluntariedad para ambas partes. En los Países Bajos el pasado 5 de julio de 2022 se aprobó en la sesión plenaria del Parlamento una propuesta de los miembros Van Weyenbergh (D66) y Maatoug (GroenLinks) que otorga a los empleados más libertad para elegir entre trabajar en la oficina o en la casa¹⁰. De esta manera se modificó la normativa existente permitiendo que un empleado pueda presentar una solicitud al empleador para adaptar el lugar de trabajo, al que éste no puede negarse salvo que existan intereses comerciales apremiantes¹¹. En España existe una regulación similar, en cuanto que se establece el derecho a solicitar la adaptación de la prestación del trabajo a distancia para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. En este caso el legislador exige que la adaptación sea razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la

⁸ RASO DELGUE, J. “El impacto de la telemedicina en el trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 1, núm. 3, 2020, pp. 63 y 64.

⁹ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021), en adelante LTD

¹⁰ Yweede kamer, Der Satten General en https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verlagen/kamer_in_het_kort/initiatief-wet-werken-waar-je-wilt#:~:text=14%20juni%202022%2C%20initiatiefwetsvoorstel%20%2D%20De,werk%20op%20kantoor%20of%20thuis.

¹¹ Se trata de una iniciativa que debe pasar por el Senado antes de su publicación. En GroenLink, 27 de enero 2021, <https://www.groenlinks.nl/nieuws/spoed-met-wet-recht-op-thuiswerken>

y 6 de julio de 2022 <https://www.groenlinks.nl/nieuws/kamer-stemt-met-initiatiefwet-werken-waar-je-wilt-van-d66-en-groenlinks>

empresa (art. 34.8 Texto refundido del Estatuto de los trabajadores, en adelante TRET)¹². En estos casos la voluntariedad sigue siendo la nota caracterizadora del teletrabajo, que evoluciona conforme la sociedad y las nuevas generaciones se adaptan a la realidad digital, si bien es cierto que es posible que con la actual regulación del teletrabajo en España se puedan plantear conflictos interpretativos jurídicos de diversos alcances¹³.

LAS VARIANTES NO NORMATIVAS DEL TELETRABAJO: NÓMADAS DIGITALES Y EL METAVERSO

El teletrabajo no es sólo trabajo a domicilio sino trabajo no presencial, es decir, aquel que no se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa [art. 2 c) LTD]. El trabajo remoto y flexible permite “que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo”¹⁴.

El trabajo remoto y flexible permite que la persona trabajadora se instale en cualquier lugar del mundo para teletrabajar. El lugar de trabajo no va ser el determinante para residir o permanecer en un lugar determinado. Esta nueva situación hace posible que se implante el teletrabajo internacional y, hasta el día de hoy, la única regulación que permite esta movilidad o flexibilidad locativa son

¹² Los términos de su ejercicio se deben pactar en la negociación colectiva. En caso contrario, ante una solicitud de teletrabajo denegada, la empresa debe alegar las razones objetivas en las que se sustenta la decisión (art. 34.8, párrafo 3 ET).

¹³ SALAS FRANCO, T. “La voluntariedad en el teletrabajo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; TODOLÍ SIGNES, A. *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 58.

¹⁴ Exposición de motivos III de la LTD.

las visas nómadas implantadas en un número importante de países¹⁵.

Por otro lado, las tecnologías digitales no sólo facilitan esa movilidad internacional, sino que también han contribuido a la proliferación de nuevas formas de trabajo a través de las plataformas digitales que, como en el caso de los repartidores de comida, han creado una nueva clase de “proletariado digital” cuyo nexo en común es la carencia de protección social, ya sean trabajadores no cualificados o, aunque quizás en menor medida, trabajadores cualificados digitalizados. Al respecto bien es cierto que existe un debate interesado sobre la necesidad de crear la figura de la persona trabajadora independiente¹⁶. Sin duda alguna estamos ante la misma situación descrita hace años con respecto al auge del teletrabajo y sus posibles desventajas, en cuanto que contribuye a aumentar las desigualdades en colectivos con escasa formación y cualificación o en colectivos necesitados de protección, como por ejemplo mujeres, jóvenes y mayores¹⁷. Nos interesa reseñar las plataformas digitales, puesto que forman parte de los trabajos digitales que surgen en el siglo XXI y que se han mantenido, en un primer momento, al margen de la garantía de la normativa laboral y de la seguridad social porque, al menos formalmente, no se consideran

¹⁵ En Europa uno de los países pioneros es Alemania, que incorpora una visa para autónomos de dos tipos: a) para artistas; y b) para otros profesionales. Estos deben registrarse en la oficina de impuestos alemana y presentar una serie de documentos como, por ejemplo, extractos bancarios en <https://service.berlin.de/dienstleistung/305249/en/>. En Latinoamérica, Costa Rica, Ley nº 10008 para atraer trabajadores y prestadores remotos de servicios de carácter internacional (La Gaceta núm-168 de 1 de septiembre del 2021); Reglamento 4319H-MGPTUR de la Ley n. 10008 “Ley para atraer trabajadores y prestadores remotos de servicios de carácter internacional, nómadas digitales; DJUR-0180-20-2021-JM Nuevas disposiciones procedimentales temporales. Trámites físicos y trámites electrónicos. En Colombia Art. 16 de la Ley 2069 de 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia (Diario Oficial núm. 51.544 de 31 de diciembre de 2020).

¹⁶ GINÉS I FABRELLAS, A. *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 196 a 205.

¹⁷ SIERRA BENÍTEZ M, E.M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Andalucía, 2011, p. 48.

empresas o empleadores en el sentido jurídico-laboral conocido¹⁸. Antes de la protección del Estado y del inicio y desarrollo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, las personas que recibían las prestaciones de servicios no se consideraban responsables de las consecuencias ocasionadas por la realización de los trabajos desarrollados por cuenta ajena bajo su dirección¹⁹.

En otro orden de cosas, una vez “normalizada” la situación de la pandemia, la realidad virtual mediante la inteligencia artificial evoluciona en lo que se conoce como metaverso, si bien en el mundo del trabajo el metaverso está aún en una fase primigenia. El metaverso “implicará una nueva fórmula de interacción que activará una sensación de presencialidad en el mundo virtual” y donde recobrará importancia la “identidad virtual”²⁰. Se trata de un nuevo espacio donde la persona trabajadora puede interactuar y realizar la prestación de servicios en un medio virtual²¹.

En definitiva, el teletrabajo y su variante del trabajo remoto y flexible es una realidad incipiente en la sociedad global y tecnológica que se permite interactuar en un mundo virtual: el metaverso²². El

¹⁸ Incluida la protección del derecho colectivo del trabajo, vid. FITA ORTEGA, F. “I diritti sindacali dei lavoratori delle piattaforme digitali in Spagna”, en LUDOVICO, G.; FITA ORTEGA, F.; NAHAS, C. *Nuove tecnologie e diritto del lavoro*, obra cit., pp. 139 a 170.

¹⁹ En el seno de la Unión existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, COM(2021) 762 de 9 de diciembre de 2021.

²⁰ UNIVERSIA, “¿Cómo cambiará el metaverso el mercado laboral?”, 1 de junio de 2022 en <https://www.universia.net/es/actualidad/empleo/como-cambiara-el-metaverso-el-mercado-laboral.html>

²¹ RASO DELGUE, J. “Trabajar en el Metaverso”, *El blog de Juan Raso*, 31 de enero de 2022.

²² SUÁREZ, Isaac Daniel: ¿Qué papel juega la inteligencia artificial en el metaverso?, en <https://metaverso247.com/metaverso/2022/03/02/que-papel-juega-la-inteligencia-artificial-en-el-metaverso/> “La inteligencia artificial permite que aplicaciones digitales perciban los entornos físicos y digitales, se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico y de forma eficaz. La IA recibe datos, ya preparados y recopilados a través de sus propios sensores, por ejemplo, por medio de cámaras, micrófonos o información numérica. Y estos

teletrabajo y el metaverso son dos realidades para la realización de la prestación de servicios subordinada y por cuenta ajena y, por este motivo, vamos a estudiar algunas particularidades de estas realidades que, entendemos, van a seguir siendo objeto de actualidad jurídica²³.

EL TELETRABAJO COMO VARIANTE INTERNACIONAL DEL TRABAJO REMOTO Y FLEXIBLE. LA GLOBALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como decía Zygmunt Bauman nos encontramos en una “sociedad líquida”, donde todo fluye y no es posible detener fácilmente los cambios²⁴. Las disciplinas se confunden, las reglas no son tan estrictas y, por consiguiente, las fronteras entre los Estados no pueden ser ya tope ni freno de nada. En el mundo del trabajo post-pandémico están proliferando los nómadas digitales, que constituyen un fenómeno creciente cuyo desempeño laboral y protección social deben ser regulados. De alguna manera estamos haciendo referencia al teletrabajo internacional, necesitado de un marco de

datos son procesados para luego responder a ellos, según sea su programación”. El Metaverso necesita de la tecnología para la administración de toda la infraestructura necesaria para llevar a cabo los nuevos mundos virtuales del Metaverso (hardware, software de servidores y logística).

²³ En la UE no hay una intención por parte de la Comisión Europea de regular de manera expresa el metaverso, por lo que serán las regulaciones europeas ya en vigor o en tramitación las llamadas a ofrecer soluciones a los problemas surgidos en el contexto de los metaversos en la UE. Estudio del Consejo de la UE sobre Metaverso, en Cuatrecasas, Actualidad Jurídica, 7 de junio de 2022 <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu-estudio-del-consejo-de-la-ue-sobre-el-metaverso>

²⁴ BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2009. Para este autor la sociedad contemporánea se caracteriza por no mantener ningún rumbo determinado, puesto que se halla inscrita en una sociedad líquida, es decir, no mantiene por mucho tiempo una misma forma.

regulación flexible y fluido que le dote de la suficiente protección social.

En Europa los nómadas digitales son considerados teletrabajadores extranjeros, a los que se les permite teletrabajar en un país cualquiera de Europa para una empresa empleadora radicada en el extranjero mediante la obtención de las visas nómadas dotadas de un régimen de concesión flexible²⁵. En la UE, y en general en un número importante de países del mundo, se han creado las visas nómadas dirigidas a esos teletrabajadores para que puedan prestar servicios en el extranjero de forma independiente y temporal. Por regla general las normativas de los países que han regulado las visas para nómadas digitales (visas nómadas) están pensadas para profesionales altamente cualificados, emprendedores o inversores y, entre otros propósitos, para que sirvan como posible vía de creación de empleo que busca la captación del talento y de los consumidores²⁶. Las visas nómadas son el instrumento jurídico que permite el trabajo remoto y la movilidad internacional al margen de los rígidos requisitos de la obtención de un visado y del permiso de trabajo. No obstante, los Estados las conceden a los teletrabajadores que disponen de recursos económicos suficientes, y que además tengan suscrito un seguro privado médico. En este sentido, una de las variantes del teletrabajo internacional son los nómadas digitales, definidos como “las personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia habitualmente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de referencia”²⁷. Las visas nómadas son necesarias porque, aunque el trabajo en remoto permite la movilidad internacional, los nómadas digitales no pueden solicitar un visado tradicional para poder trabajar en España, por ejemplo, ya que necesitan un

²⁵ ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE, en <https://www.etias-visa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue#:~:text=Desde%20mayo%20de%202023%2C%20se,con%20una%20visa%20de%20turista.>

²⁷ Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (BOCG, Serie A núm. 81, 27 de diciembre de 2021),

contrato de trabajo con una entidad local o una carta de invitación. Por otro lado, podrían solicitar una visa de turista, pero no son turistas ni pueden permanecer más tiempo de lo que permite dicha visa (normalmente hasta 3 meses)²⁸. Generalmente las visas nómadas permiten estancias más largas (un año o más) e incluso se prevé su prórroga por un tiempo determinado²⁹ y, por lo tanto, flexibilizan la movilidad internacional.

TELETRABAJO Y DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL. DIFERENCIA

En materia de desplazamientos internacionales debemos distinguir entre los desplazamientos de trabajadores propiamente dichos, y otros cambios del lugar de la prestación de servicios que obedecen al propio interés del profesional. El desplazamiento internacional cuenta con un elemento de temporalidad imprescindible: los frutos del trabajo revierten en el país de destino y siempre es impulsado por la empresa. En materia de protección social a nivel de la Unión Europea (en adelante UE), esta figura está regulada a través de los Reglamentos de Coordinación de Seguridad Social de la UE y por la Directiva de desplazamiento de trabajadores en el marco de una

²⁸ Véase en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue#:~:text=Desde%20mayo%20de%202023%2C%20se,con%20una%20visa%20de%20turisn>

²⁹ La duración de la visa y los requisitos para solicitarla depende de la regulación de cada país. Por ejemplo, Estonia, que es uno de los países más avanzados en digitalización, permite a todos los extranjeros trabajar en el país por un año en un negocio registrado en el extranjero o en una posición en remoto para un empleador extranjero. Entre los requisitos se exige que tenga un contrato de trabajo con una empresa registrada fuera de Estonia, o registre negocios a través de una empresa propia registrada en el extranjero o desempeñar una actividad profesional como autónomos para clientes principalmente fuera de Estonia y demostrar que los ingresos de los últimos 6 meses anteriores a la solicitud alcanzaron el umbral mínimo mensual de 3.504 euros. La visa no cubre un seguro médico, por lo que el extranjero debe contar con un contrato de seguro médico privado que cubra las contingencias en caso de enfermedad o accidente durante su estancia en Estonia. Y, por último, a efectos de la seguridad social el nómada digital sigue cotizando en el país en el que normalmente reside o en donde se ubica la empresa para la cual trabaja. Fuente: Republic of Estonia, E-Residency.

prestación de servicios transnacional³⁰. Y, fuera del ámbito de la UE, mediante los convenios internacionales de seguridad social y la legislación migratoria propia de cada país.

El teletrabajo internacional es un instrumento que permite la movilidad internacional, pero no tiene la consideración de desplazamiento transnacional propiamente dicho. En los casos de teletrabajo internacional, el cambio de lugar de prestación laboral obedece al interés del profesional, resultando indiferente dónde se realice. El cambio del lugar de trabajo no está vinculado a un servicio concreto por lo que, de alguna manera, no presupone necesariamente una temporalidad. Por lo tanto, al teletrabajador internacional no se le pueden aplicar las directivas que rigen los desplazamientos de trabajadores, porque en realidad no es un trabajador desplazado transnacional³¹.

LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL SUPUESTO DE TELETRABAJO INTERNACIONAL

En este sentido, nos encontramos con una falta de regulación normativa concreta para estos supuestos de teletrabajo internacional desempeñado por los nómadas digitales que no son trabajadores desplazados. En cambio, por ejemplo, en materia de seguridad social sí existe una normativa que ofrece cobertura a los supuestos de desplazamientos internacionales de trabajadores que cubriría los siguientes casos: a) países incluidos en el Reglamento Comunitario de trabajadores desplazados³²; b) países con convenio bilateral o multilateral en materia de seguridad social³³; y c) países que

³⁰ Un estudio detallado de los reglamentos comunitarios en ORTIZ CASTILLO, F.; SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, C. *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.

³¹ AAVV. *Libro blanco teletrabajo internacional*, FEEX, España, 2021, pp. 64 y 65.

³² Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y núm. 574/1972, Reglamento (CE) núm. 883/2004 y núm. 987/2009.

³³ Convenios bilaterales de seguridad social en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253> Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social <https://www.seg->

no tienen suscrito con el país de origen ningún tipo de acuerdo a este respecto, y a los que se regula la situación asimilada a la del alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los Trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas.

En primer lugar, la falta de regulación plantea una serie de problemas a las empresas, puesto que no saben qué trámites debe seguir y cumplimentar para cubrir las contingencias en materia de seguridad social de los trabajadores que teletrabajan³⁴. En la práctica ocurre que en muchas ocasiones no se lleva a cabo ningún trámite por parte de la empresa, sobre todo cuando se trata de estancias por corto espacio de tiempo, con el riesgo de que esta situación pueda desencadenar un futuro perjuicio tanto para la empresa como para el empleado en caso de acontecer cualquier accidente o enfermedad, ya sea común o laboral. En el caso de que las empresas opten por realizar alguna tramitación, lo más común es que decidan mantener la normativa de la seguridad social en el país de origen, asimilando la situación a la de los empleados desplazados. Esta es una práctica que plantea cuestiones dudosas de tipo formal como, por ejemplo, en lo que respecta a la fijación del lugar de trabajo, en donde indican como lugar de ejercicio de la prestación de servicios el domicilio del teletrabajador, previa consulta a las autoridades pertinentes³⁵.

El segundo problema está relacionado con la aplicación del principio de territorialidad, según el cual la legislación aplicable en materia de seguridad social es la del Estado en que el trabajador se encuentre prestando servicios efectivos en cada momento, con independencia del lugar de residencia del trabajador y el domicilio de la empresa (*Lex locis laboris*)³⁶. Esto significa que cualquier

[social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070](https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070) y otras normas internacionales <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32162>

³⁴ AAVV. *Libro blanco teletrabajo internacional*, obra cit., p. 79.

³⁵ AAVV. *Libro blanco teletrabajo internacional*, obra cit., pp. 79 a 82.

³⁶ AAVV. *Libro blanco teletrabajo internacional*, obra cit., pp. 83 a 86.

trabajador que prestara servicios en un Estado diferente a aquel en donde está registrada su empresa, obligaría a que la misma se registrara en el sistema de seguridad social del país de desarrollo del teletrabajo. No obstante, en la normativa internacional de seguridad social existe una excepción a esta regla general cuando los trabajadores por cuenta ajena sean desplazados temporalmente a otro Estado distinto a aquél en el que habitualmente presten servicios.

VALORACIÓN GENERAL SOBRE EL TELETRABAJO INTERNACIONAL

En algunas ocasiones el profesor Juan Raso ha manifestado razonadamente su desconfianza ante la necesidad de interpelar la actuación del legislador. En la actualidad me parece difícil no encauzar esa intervención del legislador sin contar con el elemento de la transnacionalidad, ya sea mediante la actuación de instituciones u organizaciones internacionales, y/o sujetos colectivos que actúen en un ámbito internacional. Entiendo que es necesario incluir el concepto de nómada digital en la regulación que se plantee al respecto, teniendo en cuenta que un nómada digital no es un trabajador desplazado temporalmente. Por ejemplo, en el caso del nómada digital asalariado se trata de un sujeto que realiza un trabajo voluntario y acordado por las partes para realizar la actividad laboral en un país distinto a aquél donde se encuentre establecida la empresa que lo contrata, y al que por no tratarse de un trabajador desplazado temporalmente no se le puede aplicar la normativa de la Unión Europea por ese concepto (no son trabajadores expatriados, transfronterizos o trabajadores móviles). En materia de protección social no sería de aplicación ni la directiva de desplazamiento de trabajadores, ni los Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social, ni los convenios bilaterales suscritos

Sobre el principio de territorialidad y los criterios de interpretación NAHAS, T. *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 146 a 157.

por España con países extracomunitarios. Por este motivo entendemos que es necesaria una regulación que permita extender el marco normativo en materia de seguridad social para los supuestos de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios transnacional, y de este modo establecer, por ejemplo, la exención de cotizar en el lugar desde donde se teletrabaja como se establece para aquéllos.

EL METAVERSO COMO VARIANTE ESPACIAL DEL TRABAJO REMOTO Y FLEXIBLE. LA REALIDAD VIRTUAL Y LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. EL AVATAR COMO ENTIDAD VIRTUAL

En relación con el Metaverso el profesor Raso dice que “el metaverso sería la nueva dimensión que se instalará en el futuro del trabajo”³⁷. La denominación tiene una procedencia griega y el concepto fue desarrollado en la novela de ciencia ficción de Neal Stephenson denominada *Snow Crash*. El fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, realizó la presentación de Meta como elemento de la evolución de las conexiones sociales para anunciar el cambio de nombre de su multinacional³⁸.

El metaverso “es un concepto de un espacio virtual 3D en línea que conecta a los usuarios en todos los aspectos de sus vidas. Conectaría múltiples plataformas, similar a Internet que contiene sitios

³⁷ RASO DELGUE, J. Trabajar en el metaverso”, obra cit., p. 1.

³⁸ META, Las conexiones evolucionan, y nosotros también en <https://about.facebook.com/es/meta/>. No obstante, el metaverso no es tan novedoso puesto que se ha aplicado en diversos campos como los videojuegos, la enseñanza, etc. Así, por ejemplo, un profesor de la Universidad de Málaga lleva una década dando clases en la Facultad de Medicina en el metaverso, que *Second Life* creó hace casi 20 años. El docente genera experiencias formativas para alumnos de pregrado, grado y posgrado en este mundo digital con un metaverso en <https://www.businessinsider.es/profesor-malaga-lleva-decada-dando-clases-metaverso-967553>

web accesibles a través de un solo navegador”³⁹. En términos económicos se estima que el negocio vinculado al Metaverso en su conjunto supere el billón de dólares a nivel mundial para el año 2026 en lo que se refiere a VR/AR (realidad virtual y realidad aumentada)⁴⁰.

A propósito de la mencionada publicación en el blog del profesor Raso, me gustaría hacer unas breves reflexiones en relación con una de las partes del contrato de trabajo, el trabajador, cuando el trabajo se “realiza” en un entorno digital. Ese lugar virtual de trabajo se identifica con el término “metaverso”, es decir, como ha señalado el profesor Raso, con “un espacio al que ingresamos y en el que compartimos actividades con otras personas que actúan en esa dimensión, que además es tridimensional”⁴¹. Entonces, para poder interactuar en ese espacio tridimensional, o sea, en ese lugar de trabajo digital y virtual, es necesario que las partes del contrato construyan su propio avatar. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define el avatar como “representación gráfica de la identidad virtual de un usuario en entornos digitales”.

Todos sabemos que en la actualidad las tecnologías, y en concreto la realidad virtual, están expandiéndose con gran rapidez y agresividad en el mundo del trabajo. El trabajo a distancia considerado como una atipicidad del contrato de trabajo por el lugar de la realización de la prestación de servicios se denominó “trabajo a domicilio”. Más tarde, a finales del siglo XX, con la crisis del petróleo y el auge de las TICs e Internet, el trabajo tecnológico permitió el desarrollo del teletrabajo, y en estos dos últimos años de pandemia junto a una incipiente e injusta guerra en Europa el trabajo remoto como una de las múltiples manifestaciones del trabajo a distancia. En este sentido, el trabajo remoto evoluciona hacia el metaverso y

³⁹ En <https://about.facebook.com/es/meta/>

⁴⁰ Ministerio de Asuntos Económicos y transformación digital, Convocatoria en el marco del Plan España Hub Audiovisual de Europa, Nota de prensa de 9 de julio de 2022 https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2022/220709_np_inmersivos.pdf

⁴¹ <http://elblogdejuanraso.blogspot.com/2022/01/trabajar-en-el-metaverso.html>

la posibilidad de la realización de la prestación de servicios por el avatar del propio trabajador.

Si nos acercamos a esa “identidad virtual” del trabajador, solo me cabe preguntar ¿qué consideración jurídica tendría el avatar a efectos laborales? ¿cabe extender la personalidad jurídica del trabajador al avatar? Lo más seguro es que estemos considerando que el avatar no es sujeto de derecho y, en todo caso, la persona del trabajador tiene carácter personalísimo. Pero el avatar no es persona física, ni siquiera es persona. En estos casos se le podría atribuir una fórmula intermedia que lo diferencie de las personas, de las cosas y de otras formas de vida como las plantas, igual que se ha hecho con los animales. Los códigos civiles de Francia y Portugal han dado una descripción “positiva” a los animales, hasta ahora considerados como “cosas”, pasando a describirlos como “seres vivos dotados de sensibilidad”. En este sentido, me remito a la recién aprobada Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales, que entró en vigor en España el pasado 5 de enero de 2022, y que considera a los animales como “seres sintientes”.

Considero que si dotamos al avatar de una fórmula intermedia en términos similares a lo que se ha hecho con los animales, se podría avanzar y dar respuestas cuando se produjeran incumplimientos por parte del avatar, como por ejemplo en caso de que dicho avatar se “desconfigure”.

De todos es conocido que el asistente virtual controlado por voz creado por Amazon (Alexa) se ha desconfigurado y no tiene un funcionamiento correcto. Alexa es un dispositivo que nos informa sobre contenidos de varios tipos, con información genérica sobre determinadas personas y productos; o bien permite hacer video-llamadas entre diferentes dispositivos o controlar otros dispositivos compatibles con el asistente. Las Alexa Skills constituyen un

modelo que puede ayudarnos con diferentes tareas o juegos a través de comandos de voz.

Otro interrogante sería ¿qué consecuencias tendría para el trabajador, el empleador o la plataforma virtual que el avatar fuera hackeado?

Son muchas las preguntas que nos podemos hacer, y no por ello debemos pensar que estamos fantaseando con un futuro que no es real y que forma parte de una típica obra de ciencia ficción. En la actualidad son muchas las organizaciones y empresas que están utilizando este espacio virtual. Por los medios de comunicación hemos sabido que el avatar de una trabajadora fue víctima de acoso en una reunión de trabajo ante la pasividad de los restantes avatares.

No me cabe la menor duda de que surgirán nuevos frentes en el ámbito del Derecho del Trabajo. Necesitamos una disciplina jurídica “nueva” que por su carácter dinámico pueda dar respuesta a todos estos interrogantes, pero desde un ámbito que supere las barreras territoriales de los Estados⁴².

⁴²SIERRA BENÍTEZ, E.M “El avatar del trabajador como identidad virtual del contrato de trabajo”, *Noticias Cielo.*, núm. 2, 2002.

LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: UN MODELO DE NEGOCIO PRECARIO PARA EL MERCADO LABORAL*

Federico Rosenbaum Carli¹

INTRODUCCIÓN

La economía de plataformas digitales –denominada de tal manera por la literatura científica, aunque también con otros términos sinónimos, como la *gig economy*– plantea trascendentes cuestionamientos sobre el modelo de negocio, así como también grandes retos contemporáneos para el mercado de trabajo, las políticas públicas y para las ciencias jurídicas, en particular, el derecho laboral y la seguridad social.

A través de la presente comunicación se intentará abordar el vínculo entre el modelo de negocio de la economía de plataformas, la informalidad y la precariedad laboral.

* La presente comunicación fue presentada como ponencia oficial ante el “X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa - Perú, 2022. A través de la misma se pretende contribuir al homenaje a la destacada trayectoria académica y profesional del Prof. Juan Raso Delgue, maestro del laboralismo uruguayo, un referente no sólo en dichos ámbitos, sino también en el plano personal, por su entrañable calidez humana y generosidad.

¹ Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación y Director de los Programas Académicos de las carreras de grado de Abogacía y Notariado, Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). Coordinador de la Revista Jurídica del Trabajo (<http://revistajuridicadeltrabajo.com/>). Correo electrónico: federico.rosenbaum@ucu.edu.uy. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>.

Como apunte introductorio, debemos referenciar primeramente que “informalidad laboral significa hablar de desprotección, de fraude laboral, de inestabilidad laboral y de trabajo sin derechos y con bajo nivel de retribuciones. En el sector informal se produce, pues, una alta concentración de trabajadores que no tienen contrato de trabajo y que no pueden recibir la debida protección jurídica brindada por la legislación laboral” (LÓPEZ AHUMADA, 2020, p. 21).

Por otro lado, y aun admitiendo que informalidad y precariedad constituyen dos conceptos diferenciados, de todos modos, debe señalarse que existe un cierto lazo de transversalidad entre los mismos.

En efecto, la OIT ha aportado ciertos caracteres en torno a la noción de precariedad, al referirse a que esta, en términos generales, constituye “un medio utilizado por los empleadores para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores”. Asimismo, se ha enfatizado en que el trabajo precario puede desarrollarse tanto en la economía formal como la informal, pudiéndose definir como aquella labor que engloba incertidumbre en torno a la duración del empleo, o manifestaciones de varios posibles empleadores, o relaciones de trabajo encubiertas o ambiguas, o la desprotección social y ausencia de beneficios que están asociados con el empleo típico, o una remuneración baja y la presencia de obstáculos importantes en el terreno práctico y normativo para afiliarse a organizaciones representativas de trabajadores y negociar colectivamente (OIT, 2011, p. 5).

Lo cierto es que, como algunos autores han expresado, existe un vínculo entre informalidad y precariedad, ya que “ambas formas de trabajo dan cuenta de la inseguridad, las malas condiciones materiales del trabajo y un declive de la relación laboral estándar” (BEDOYA-DORADO Y PELÁEZ-LEÓN, 2021, p. 92; citando a SIEGMANN y SCHIPHORST, 2016, pp. 111-123).

A los efectos de desarrollar la idea planteada en el presente trabajo, se recurrirá a una descripción del fenómeno de la economía de plataformas, se destacarán los principales problemas fácticos generados en dicho modelo de negocio, así como los problemas de calificación jurídica que influyen decisivamente en las condiciones de trabajo de quienes brindan los servicios a través de las plataformas digitales.

A partir de la identificación de una serie de factores que confluyen en catalogar a determinados trabajos desarrollados mediante plataformas digitales como un modelo que potencia la informalidad y el trabajo precario, se describirán luego las principales aproximaciones que ha ofrecido la literatura científica y principalmente las propuestas de *lege ferenda*, a los efectos de reglamentar estas modalidades de trabajo.

Por último, se propone abordar los desafíos planteados contemporáneamente mediante un enfoque interpretativo que confluye en deconstruir el modelo de negocio de la economía de plataformas, a partir del concepto de trabajo decente.

LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA

ECONOMÍA DE PLATAFORMAS, ECONOMÍA COLABORATIVA Y TIPOLOGÍA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

La noción de economía de plataformas ha experimentado una notoria evolución, siendo que primariamente se la identificaba con la actividad de facilitar el intercambio de bienes o servicios entre particulares, mediante el uso de una plataforma digital –en cumplimiento de una actividad que estrictamente se circunscribe a intermediar entre la oferta y la demanda–; para luego ingresar en su concepto aquellas actividades mediante las que se “prestan un

servicio específico a un mercado concreto, esto es, un ‘servicio subyacente’”, interviniendo en forma activa “en la definición de las condiciones de uso de la plataforma” y obteniendo “importantes beneficios económicos” (BELTRAN, 2019).

Desde un punto de vista tipológico-descriptivo, partiendo de la determinación de la finalidad del negocio, es posible distinguir aquellas plataformas con fines colaborativos –altruistas y cuya prestación es de carácter *amateur*–, propios de la economía colaborativa, y aquellas plataformas con fines comerciales –con una finalidad de lucro y cuya prestación es de carácter profesional–, inherentes a la economía de plataformas.

En otro orden, no menos importante es la distinción de aquellas plataformas cuya actividad se limita a la mera intermediación entre oferta y demanda de bienes o servicios –plataformas horizontales que brindan exclusivamente servicios tecnológicos de la sociedad de la información–, y de aquellas plataformas que se dedican a ofrecer el servicio subyacente –plataformas verticales que no sólo conectan a la oferta y la demanda, sino que son quienes introducen al mercado el bien o servicio ofrecido–.

Además, sin perjuicio de las tareas particulares cumplidas por el prestador de los servicios, es posible distinguir entre aquellas plataformas cuya actividad ofrecida se limita a la provisión de un servicio tecnológico de la sociedad de la información, de aquellas otras en que la actividad ofrecida es genérica –abarca el ofrecimiento de muchos tipos de tareas y actividades diferentes–, o cuya actividad subyacente es específica –la oferta se limita exclusivamente a una actividad en concreto–.

Por otro lado, partiendo del estudio del trabajo desarrollado por los prestadores del servicio, es posible distinguir entre el trabajo colaborativo –en consonancia con los fines colaborativos de la plataforma– y el trabajo bajo demanda –en sintonía con los fines comerciales de la plataforma–.

Por último, también es posible distinguir las plataformas en función de la modalidad de ejecución del trabajo desarrollado por los prestadores del servicio. Así, se destacan aquellos trabajos ejecutados en la web *-online* o *crowdwork-*, y aquellos trabajos ejecutados en función de la ubicación *-offline* o presencial-. Sumado a dicha modalidad de ejecución del trabajo, también cabría diferenciar el tipo de tareas cumplidas o solicitadas por intermedio de la web o de manera presencial, distinguiéndose las micro tareas *-Human Intelligent Tasks* o *microtasks*, como el procesamiento de datos de textos, imágenes y videos, la traducción, etc.-, las tareas de tipo creativo o de diseño *-confección de logos, sitios web, packaging, etc.-*, los trabajos *freelance* *-como el desarrollo de aplicaciones web y móviles, marketing en redes sociales, redacción de contenidos, diseño gráfico, ayuda administrativa, etc.-*, y las tareas tradicionales *-servicios para el hogar, de transporte, de reparto, de alojamiento, turísticos, etc.-*.

PROBLEMAS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y SU IMPACTO EN LA INFORMALIDAD Y PRECARIEDAD

El análisis de estas formas de trabajo tiene una implicancia muy importante, atendiendo a que la consolidación de dicho paradigma de organización empresarial está produciendo y seguirá ampliando su impacto real y negativo respecto de las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios, generando muy probablemente mayor precariedad de las mismas en comparación con lo que constituye el esquema de protección típico y tradicional de la relación de trabajo dependiente.

Adviértase que, por ejemplo, el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales genera una serie de problemas fácticos para el prestador de los servicios subyacentes, como una expansión formal de las fronteras del trabajo autónomo; una laxitud del tiempo de trabajo; una afectación a la salud y seguridad; dificultades de la

acción colectiva; e inconvenientes de protección social (ROSENBAUM CARLI, 2021, b, pp. 60-81).

En ese contexto, cabe destacar que estas nuevas formas de trabajo han sido estructuradas organizativamente, en la mayoría de los casos, de manera tal de quedar formalmente alejadas del ámbito de aplicación normativo del Derecho del Trabajo. En este sentido, el diseño de los modelos empresariales está construido sobre la base de un discurso metódico, así como de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de dichas estructuras empresariales; y la segunda, que reposa naturalmente en la anterior, vinculada con la relación jurídica entablada entre el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital.

En relación a ambas cuestiones jurídicas, cabe destacar que, por un lado, muchas de las empresas titulares de plataformas digitales se consideran a sí mismas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, cuya actividad se limita exclusivamente a la intermediación entre el usuario o cliente que solicita un servicio en concreto dentro de esa plataforma y el prestador de dicho servicio; y por otro lado, los prestadores del servicio subyacente ofrecido dentro de la plataforma, son considerados por estas como trabajadores por cuenta propia o auténticos emprendedores y empresarios.

En definitiva, el fenómeno de las plataformas digitales, lejos de ser uno de carácter novedoso, se presenta como una expresión más de las tendencias hacia la des-estandarización del Derecho del Trabajo, precarización y externalización, que es potenciada por la novedosa administración por medio de plataformas gobernadas por algoritmos (GOLDIN, 2020, p. 15). Las plataformas representan una manifestación de una tendencia mucho más amplia que ha permitido a las empresas externalizar los riesgos que anteriormente se habían visto obligados a asumir. El efecto inicialmente evidente en el trabajo temporal y la subcontratación, es mercantilizar el tiempo

de trabajo y desconectar al trabajador de los sistemas anteriores de protección social. Entonces, lo que proporcionan las plataformas es una infraestructura conveniente y fácilmente disponible, con la cual limitar la obligación de la empresa a la fuerza laboral en la que reposa. Desde este punto de vista, las plataformas brindan a las organizaciones empresariales otra forma de lograr la acumulación a través del despojo, es decir, el uso de mecanismos legales y financieros con los cuales desarraigar los derechos económicos que los trabajadores disfrutaban anteriormente (VALLAS y SCHOR, 2020, p. 8).

Sabido es, además, que en muchos sistemas jurídicos existe una tendencia a regular la fuerza de trabajo o el trabajo como género bajo el paraguas de un esquema dual, otorgando una bifurcación de respuestas, mayoritariamente opuestas o contradictorias, dependiendo de si este trabajo ingresa o no dentro del objeto de tutela del Derecho del Trabajo. En efecto, dicho esquema indica que el trabajo que no ingresa dentro del objeto de protección del derecho laboral, no sólo quedará marginado de su alcance y de sus normas, sino que incluso carecerá de toda tutela por parte del ordenamiento jurídico, o esta será absolutamente insuficiente.

Por ello es que se diagnostica que se suele plantear un debate de elección “entre estar en un lado de la frontera donde reina el confort y la seguridad y el otro lado donde reina la desprotección y la inseguridad” (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2018, a, p. 8).

Este tema ha formado parte de un debate histórico entre los iuslaboralistas, en tanto que se refiere a la esencia misma del Derecho del Trabajo, al abordar el tema de la delimitación del objeto de estudio de la disciplina, o en otros términos a la cuestión de “la elección del grupo o colectivo de personas que requieren la protección laboral, conocido como el debate de las fronteras del Derecho del Trabajo” (UGARTE, 2005, p. 31).

Sin perjuicio de la profundidad del abordaje que se pueda efectuar sobre un tema tan trascendente que refiere a las bases estructurales de la disciplina, de lo que acaba de describirse, puede destacarse que, tal como lo afirma la OIT, “muchos derechos laborales específicos se confieren sobre la base de la existencia de una relación de trabajo”. Por ello es que resulta de fundamental importancia “establecer de manera justa cuándo existe de hecho una relación de trabajo” (OIT, 2011, p. 38).

Lo cierto es que, en esta carrera en torno a la protección o desprotección de quienes prestan servicios mediante plataformas digitales, es necesario romper con la idea de que, si existe tecnología de por medio, necesariamente existen formas de trabajo novedosas y rupturistas que no encuadran en los moldes diseñados por el derecho laboral. Por el contrario, vale la pena destacar que “un trabajo estándar o típico puede darse también a través de plataformas digitales para eludir las reglas, los estándares y las tradiciones que han protegido y protegen a los trabajadores”. A consecuencia de ello, como señalan WOODCOCK y GRAHAM (2020) es posible detectar que, a través del recurso al trabajo prestado mediante plataformas digitales, la relación laboral estándar comienza a dar paso a una relación laboral fragmentada, provocando un aumento de la precariedad. Por ende, compartimos la expresión gráfica empleada para describir este modelo de negocios, al indicar que “trabajo sí hay, pero precarización también”. (BEDOYA-DORADO y PELÁEZ-LEÓN, 2021, p. 91).

Un ejemplo vivo de las deficientes condiciones de trabajo y del modelo precario generado, puede verse en los diferentes informes producidos por la organización Fairwork, quien se dedica a evaluar las buenas y malas prácticas laborales en la economía de plataformas en 20 países de diversos continentes².

² Puede encontrarse más información en <https://fair.work/es/fw/ratings/>.

DIVERSAS APROXIMACIONES A LOS PROBLEMAS GENERADOS EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Ante el referenciado escenario de dificultades de protección social de los trabajadores que desarrollan sus tareas vía plataformas digitales, se han propuesto varias alternativas como solución. Una de ellas es la re-calificación de estos trabajadores, considerándolos como dependientes. Otro camino podría consistir en desacoplar del empleo al modelo de seguridad social, financiando a través de los impuestos la protección social, sin importar la clase de empleo que se desarrolle por parte del trabajador. Por último, también podría proponerse la cotización a la seguridad social por parte de las empresas propietarias de plataformas digitales, por todos aquellos trabajadores autónomos que prestan servicios a través de las mismas (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021).

Empero, más allá de la particular lectura que podríamos efectuar con respecto a los problemas de protección social, si se analiza la temática en forma más abstracta y general, contemplando la totalidad de inconvenientes del modelo, también han surgido diversas propuestas intentando incorporar modificaciones normativas, que derivan tanto del análisis y las consideraciones vertidas por la doctrina científica, como del propio legislador. En este sentido, es posible agrupar al menos tres vertientes o líneas de acción diferentes que incorporan opciones en esta dirección.

La primera propuesta brega por reglamentar una protección básica para toda persona que trabaje, bajo cualquier modalidad, consagrando unos derechos mínimos esenciales, al margen de la calificación jurídica del vínculo que une a las partes. La segunda, considera necesaria la creación de una relación laboral de carácter especial, con determinadas limitaciones protectoras en comparación con el trabajador dependiente tradicional. La tercera, en cambio,

propugna por la creación de una figura particular del trabajador autónomo, que se encontraría en la mitad del camino entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo para los trabajadores dependientes y la ausencia de protección, que es típica del trabajo autónomo, considerando prudente la aplicación concreta y limitada de determinados derechos consagrados para el trabajo subordinado.

En este mismo sentido, RASO considera que este tipo de prestaciones de trabajo deben obtener un nuevo status jurídico, concretado en la creación de una categoría de trabajador semi-dependiente o semi-autónomo, ingresando dentro de alguno de los círculos concéntricos de protección que ofrece el Derecho del Trabajo, aunque reconociendo la necesidad de concretar una corresponsabilidad entre el prestador de servicios y la empresa que opera mediante una aplicación o plataforma. En efecto, dicho autor considera que existe una dificultad patente en la creación de un standard definitivo para todos los trabajadores de la *on-demand economy*, y asimismo, que esta propuesta responde a la realidad y permite superar las dificultades planteadas por las categorías clásicas del Derecho del Trabajo, que no hacen más que profundizar los bolsones de informalidad generados por el trabajo subordinado formal (RASO, 2016, pp.42-49).

En definitiva, estas tres alternativas formulan propuestas de *lege ferenda*, por entender que, al presente, los ordenamientos jurídicos no logran proporcionar una solución satisfactoria al tema planteado.

Lo cierto es que, ante el contexto normativo que impera en la generalidad de los sistemas jurídicos, el régimen dual o la bifurcación de protección -trabajadores autónomos versus trabajadores dependientes- representa un obstáculo significativo a los efectos de dotar de una tutela adecuada para estos trabajadores.

En efecto, tal como indica RASO, en la actualidad existe aún una separación nítida de la regulación del trabajo subordinado y la del trabajo autónomo. Así, se verifica una profunda distancia entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente, “aunque es un hecho que aumenta el espacio de las zonas grises, en las que es cada vez más difícil distinguir las relaciones contractuales que se pactan en materia de trabajo” (RASO, 2020, p. 20).

Sin perjuicio de la existencia de las referidas iniciativas de reformas normativas que pretenden modificar este modelo dual, lo cierto es que en el transcurso de su discusión –si es que existe en cada país–, estos trabajadores continuarán con condiciones de protección social deficientes, siempre y cuando se continúe priorizando lo que se desprenda de las formalidades por sobre cualquier otra consideración que se verifique de la realidad.

EL DESAFÍO EN LA ACTUALIDAD Y UNA PROPUESTA: UN ENFOQUE INTERPRETATIVO QUE PROMUEVA EL TRABAJO DECENTE

LA NOCIÓN DE TRABAJO DECENTE Y SU TRASCENDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE UN VÍNCULO JURÍDICO QUE COMPROMETA TRABAJO

Ya desde la Declaración de Filadelfia de 1944, que conformara los fines y objetivos de la OIT, cuyos postulados son principios que deben inspirar la política de sus miembros, se sientan las bases para considerar que el trabajo no se trata más de un bien objeto del mercado –“el trabajo no es una mercancía”–, sino que éste es inseparable del ser humano, y en especial, de la persona del trabajador (GRANDI, 1997, pp.189 y ss.).

En la Memoria del Director General de la OIT del año 1999, presentada ante la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del

Trabajo, se introdujo el concepto de trabajo decente, precisamente en el título de la misma. Desde este punto de partida, el concepto de “trabajo decente” se construyó principalmente para identificar al trabajo manifestado en condiciones de dignidad, seguridad, equidad y libertad, en el que los derechos son garantidos y protegidos, con remuneración apropiada y protección social (OIT, 1999).

En definitiva, “el trabajo decente se ha entendido como el vehículo que consiente al trabajador acceder al status de ciudadano”, distinguiéndolo del trabajo precario, en tanto este último “condena al trabajador y a su familia a la marginalización social como consecuencia de la insuficiente tutela y protección de éste” (TRILLO PÁRRAGA, 2014, pp. 305-311).

Resulta evidente que, esta noción puede resultar vacía de contenido, si desde el momento de escrutar la naturaleza del vínculo que une a las partes –empresas propietarias de plataformas y prestadores del servicio subyacente–, partimos del supuesto formal de que este es de carácter extra-laboral –con todas las consecuencias prácticas que esto supone en términos de tutela–.

Por ello es que, a la hora de tramitar el procedimiento para la determinación de la naturaleza de dicho vínculo, cobra importancia el concepto de trabajo decente, debiendo ser leído a la luz de determinados límites concretos. Algunos de estos límites, se refieren a aspectos materiales y jurídicos; otros derivan de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales; otros emanan del principio de primacía de la realidad y del orden público; y finalmente no debemos descartar aquellos que derivan de las restricciones a la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo (ROSENBAUM CARLI (2021, b, pp. 89-99).

Sintéticamente, podemos destacar, por un lado, el evidente anclaje constitucional del Derecho del Trabajo, a cuyo proceso de

constitucionalización contribuyeron sin lugar a dudas la ratificación de importantes textos supranacionales, así como la concomitante internacionalización de normas laborales que fuera promovida por la OIT (PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2016, p. 90).

Por otro lado, también es relevante indicar que, a la hora de analizar estos casos, los postulados del principio de primacía de la realidad imponen que la eventual libertad de elección del tipo contractual no es tal, sino que su caracterización estará subsumida a la forma en que se ejecute en definitiva ese vínculo jurídico. Sobre este punto, dicho principio desempeña un rol decisivo en conjugación armónica con el concepto y contenidos del orden público.

En efecto, el trabajo humano adquiere protección “como una expresión específica del más amplio amparo jurídico que va dirigido a la dignidad del hombre y forma parte, indiscutiblemente, de ese complejo interdependiente entramado de valores superiores que configuran la idea de orden público” (GARMENDIA, 2016, p. 169).

LA IMPORTANCIA DE LAS NOCIONES DE LA AUTONOMÍA Y LA AJENIDAD PARA DELIMITAR LA LABORALIDAD DEL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES

A partir de dichos conceptos, entendemos que los problemas de protección de los trabajadores de plataformas digitales pueden ser solucionados concretando criterios interpretativos para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales, sobre la base de considerar una revisión crítica de la centralidad del elemento de la subordinación y una revalorización del elemento de la ajenidad (ROSENBAUM CARLI, 2021, a y b).

La razón es que “cuando hay falso trabajo autónomo, por ejemplo, derechamente hay una huida ilegítima del Derecho del Trabajo, y no una zona gris en su esfera de protección” que amerite una

regulación diferente o especial –agregado propio– (PALOMO, 2019, p. 50).

El fundamento del cuestionamiento de la subordinación como criterio central definitorio o demarcatorio del límite entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo y la exclusión de su ámbito de aplicación, se deriva de las características mismas de este instituto. La razón es que el mismo tiene un alcance netamente jurídico, definido además como una posibilidad o potestad a cargo del empleador, que se manifiesta y verifica por la presencia de cuatro facultades concretas: los poderes de organización, de dirección, de control y disciplinario.

Ello autorizaría a concluir que, a la hora de la determinación de la existencia de la relación de trabajo, el elemento de la subordinación detentaría una importancia relegada, al menos en cuanto a la centralidad que tradicionalmente le fuera atribuida.

En función de ello, la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios y la revalorización del elemento de la ajenidad se erigen como el criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo.

En síntesis, el principal criterio reside en el análisis de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador, y en particular, de la presencia de la ajenidad en sus diversas proyecciones: ajenidad en los frutos y/o beneficios y en los riesgos; ajenidad en la titularidad de los medios de producción; ajenidad en la marca y en el mercado e inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa.

En sustitución del camino habitual recorrido en el curso del procedimiento para la determinación de la existencia –o no– de una relación laboral en el trabajo prestado vía plataformas digitales, la alternativa se corresponde con la comprobación de la autenticidad

de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios, a los efectos de develar la existencia o inexistencia real y fáctica de la figura del trabajador autónomo.

La ventaja de este mecanismo radica en poner el foco de análisis en un cuestionamiento de la figura que formalmente surge de los documentos o las apariencias y que eventualmente es discutida por el prestador, para comparar sus bases estructurales y elementos esenciales con lo que acontece en la realidad material, evitando así las dificultades que plantea el criterio clásico para la determinación de la relación de trabajo, que se limita al análisis preponderante y central de la concurrencia de la nota de la subordinación o dependencia (desde que suele ser considerada como elemento esencial del contrato de trabajo).

La técnica sugerida se centra en determinar el nivel de autenticidad de la autonomía de la condición de empresario que virtualmente detenta el prestador del servicio, en tanto que este constituye el elemento básico e imprescindible que debe ser verificado en los hechos a los efectos de que jurídicamente sea factible el desarrollo de una actividad laboral desempeñada por un prestador de trabajo independiente, y cuya verificación constituye a la vez que un requisito *sine qua non* para la procedencia de dicha calificación, también un elemento excluyente de la figura del trabajo dependiente o por cuenta ajena.

En efecto, el criterio principal de demarcación entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena reside en la verificación real de la existencia de la independencia de ese prestador, quien sustantivamente deberá prestar el servicio por su efectiva cuenta, a los efectos de resultar aplicable la figura del trabajador autónomo. De ello se deriva que quien desenvuelve una actividad humana de forma personal, sin independencia técnica, económica, organizativa, estructural, productiva y de marca, no puede ser considerado como un trabajador autónomo.

En caso de surgir auténticas dudas a la hora de comprobar el criterio principal sugerido, cobraría importancia el análisis de las eventuales manifestaciones de la subordinación. De ahí que la verificación del ejercicio de alguno de los poderes de organización, dirección, control o disciplinario, integraría el examen complementario, considerando que la presencia de cualquiera de ellos en forma aislada, representaría una incompatibilidad manifiesta con la pretendida autonomía del trabajador.

Para detectar alguna de las manifestaciones contingentes de la subordinación, cobran relevancia varios aspectos particulares del trabajo en estas realidades.

En primer término, el análisis se enriquecerá luego de haberse abordado el primer problema de calificación referido a la determinación de la actividad cumplida por las plataformas digitales.

En segundo lugar, pueden ser múltiples los indicios del ejercicio del poder de organización a cargo del empleador. La fijación del precio del servicio canalizada por intermedio del algoritmo, así como la gestión del cobro del mismo, la posesión de los datos informativos relevantes para la toma de decisiones empresariales, tales como la asignación de trabajos y distribución de clientes, la instrumentación de un proceso de selección de los prestadores del servicio, la creación de sistemas de apoyo a los prestadores, entre otros ejemplos, son indicios de esa potestad.

Inclusive, existen varias expresiones prácticas que confluyen en mitigar la presunta libertad de elección del momento y la extensión del trabajo a cargo del prestador, que presumiblemente constituiría un elemento incompatible con el ejercicio del poder de organización propio del empleador. En efecto, la potestad de organización empresarial no se vacía desde el momento en que resulta intrascendente si algún prestador en concreto no puede o decide no estar disponible en algunos períodos en particular, en tanto que existe un concierto convergente y multitudinario de ofertantes,

que permite a la plataforma tener el servicio cubierto en todo momento. Asimismo, el sistema de retribución usualmente adoptado en esta clase de situaciones limita considerablemente la formal libertad aludida. Al encontrarse ligada la retribución a la prestación efectiva del servicio, así como al remunerarse de mejor manera cuando este es ejecutado en las franjas horarias de mayor demanda, se produce un intenso condicionamiento tanto para encontrarse activo y disponible en un mayor número de horas, como para hacerlo en aquellas en donde la plataforma digital necesita por requerimientos del mercado y del consumo, un volumen más amplio de trabajadores a disposición.

En otro aspecto, en la casuística también existen expresiones del ejercicio del poder de dirección. A modo ejemplificativo, las recomendaciones o sugerencias de comportamiento se concretan en una dirección intensa al encontrarse ligado su cumplimiento con los procesos de evaluación dispuestos por la plataforma, cuyo resultado puede provocar la suspensión o desactivación de un prestador del servicio, o la merma en la asignación de tareas.

Por otra parte, no son pocos los indicios relevados en cuanto al ejercicio de la potestad de vigilancia por las plataformas. Generalmente, la mayor influencia de este poder se concentra en la instrumentación del sistema de control mediante la solicitud de evaluación del trabajo a cargo de los usuarios. Del mismo modo, otros medios de control son ejercidos mediante novedosos instrumentos tecnológicos, como los sistemas de geolocalización implementados generalmente en las plataformas *offline*.

Incluso, de ello se ha derivado en considerar que los mecanismos de control son potencialmente más invasivos y más estrictos que los presentes en las relaciones de trabajo más tradicionales.

Por último, el elemento que en forma más evidente se patentiza en los hechos, se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora. Aun cuando estadísticamente fuere ocasional su manifestación, el

hecho de suspender la cuenta de un prestador o desactivarle el acceso a la misma, constituyen expresiones típicas de la disciplina inherente a una relación de trabajo dependiente.

CONCLUSIONES

Es cierto que no todas las plataformas digitales que comprometen trabajo operan del mismo modo. En particular, es posible distinguir entre un modelo propiamente colaborativo y otro con una finalidad de lucro o fines comerciales –al primero lo denominamos economía colaborativa, y al segundo le llamamos economía de plataformas–. En particular, el segundo modelo es el que despierta la atención del Derecho del Trabajo.

En este modelo de negocio se generan una serie de problemas fácticos y jurídicos, con un gran impacto en la informalidad y la precariedad laboral, a los que los investigadores y los Estados han abocado especial interés en su análisis y en encontrar propuestas de reformulación y mejoras de condiciones de trabajo.

Sin perjuicio de dichos esfuerzos, que se proyectan desde hace ya varios años y a los que algunos autores han calificado como “la larga marcha hacia el trabajo formal” (BAYLOS, 2022, pp. 95-113), resulta evidente que en el mientras tanto, los trabajadores que prestan sus tareas mediante plataformas, continúan bajo un esquema de trabajo con deficientes condiciones laborales, desprotección social, escasa capacidad de organizarse colectivamente y de ejercitar la acción colectiva, etc.

Por este motivo, entendemos que resulta esencial aportar un enfoque interpretativo que promueva el trabajo decente, en especial, tomar en consideración su noción a la hora de transitar el procedimiento de calificación de un vínculo jurídico que comprometa trabajo.

A partir de dicho concepto, y verificando las dificultades que se plantean a nivel comparado a la hora de calificar la naturaleza del vínculo que une a las empresas propietarias de plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente, entendemos que son fundamentales las nociones de la autonomía y la ajenidad para delimitar la laboralidad del trabajo mediante plataformas digitales.

Ello implica adoptar un desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, ocupando un rol principal las nociones de autonomía y ajenidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAYLOS, A. (2022). “La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los *riders* y la ley 12/2021”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(1), 95-113 (España, Ediciones Complutense).
- BEDOYA-DORADO, C. y PELÁEZ-LEÓN, J. (2021). “Los trabajos en la Gig Economy: una mirada desde la precarización laboral”, *Lumen Gentium*, Vol. 5 - No. 1.
- BELTRAN, I. (2019). “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”. *Ponencia XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (marzo’18)*. Disponible en <https://www.academia.edu/> [consultado el día 19 de abril de 2019].
- GARMENDIA, M. (2016). *Orden público y Derecho del Trabajo* (Montevideo, La Ley).
- GOLDIN, A. (2020). “Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina”, *Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/44)* (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL). Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45614-trabajadores-plataforma-su-regulacion-la-argentina> [consultado el día 12 de junio de 2020].
- GRANDI, M. (1997). “El trabajo no es una mercancía”, *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata* (Montevideo, FCU).
- LÓPEZ AHUMADA, E. (2020). “La gobernanza de la informalidad laboral desde la perspectiva de la acción internacional”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, No. 9, Vol. I, Cinca. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7683310.pdf>.

OIT (1999). *Memoria del Director General: Trabajo decente*, 87a Reunión Conferencia Internacional del Trabajo, (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo). Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

OIT (2011). *Políticas y regulaciones para luchar contra el empleo precario* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).

PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2016). *Derecho del Trabajo*, Vigésimocuarta edición (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

PALOMO, R. (2019). "Subordinación, autonomía, zonas grises y nuevos trabajos. Otra nueva vuelta de tuerca al qué y cómo proteger en el mundo del trabajo", *XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (Córdoba, SIDTSS). Disponible en <http://www.crame-cordoba2019.com.ar/wp-content/uploads/2019/10/PonenciasCRAME2019.pdf>.

RASO, J. (2016). "El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 7, Núm. 13. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42443/44517> [consultado el día 22 de enero de 2020].

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2018, a). "Anatomía del trabajo en la *Platform Economy*". Disponible en https://www.aadyss.org.ar/docs/ANATOMIA_DEL_TRABAJO_EN_LA_PLATFORM_ECONOMY_MLRF.pdf [consultado el día 19 de abril de 2019].

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (Dir.), (2018, b). *Plataformas digitales y mercado de trabajo* (Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2021). "Las pensiones y las nuevas formas de empleo de la revolución digital", *Fedea Policy Papers*, 2021/03, FEDEA. Disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/02/FPP2021-03.pdf> [consultado el día 8 de marzo de 2021].

ROSENBAUM CARLI, F. (2021, a). "Dos nociones para delimitar la laboralidad del trabajo mediante plataformas digitales: autonomía y ajenidad", *Teoría Jurídica Contemporánea*, V. 6, Programa de Pós-Graduação em Direito (Brasil, Universidade Federal de Rio de Janeiro). Disponible en <https://doi.org/10.21875/tjc.v6i0.41538>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2021, b). "El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica", (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters).

SIEGMANN, K. A. y SCHIPHORST, F. (2016). "Understanding the globalizing precariat: From informal sector to precarious work", *Progress in Development Studies*, 16(2), 111-123. Disponible en <https://doi.org/10.1177/1464993415623118>.

TRILLO PÁRRAGA, F. (2014). "Trabajo precario", en Baylos Grau, A., Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coord.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, (pp. 305-311) (Valencia, Tirant lo Blanch). Disponible en www.tirantonline.com. Documento TOL4.137.889.

UGARTE, J. (2005). "La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo", *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 11, No 1 (Venezuela, Universidad de Zulia). Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33611102>. [consultado el día 9 de octubre de 2019].

VALLAS, S. y SCHOR, J. (2020). "What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy", *Annual Review of Sociology*, 46:1. Disponible en <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-soc-121919-054857>. [consultado el día 2 de mayo de 2020].

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MATERIA LABORAL (ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN URUGUAYO)¹

Felipe Rotondo²

INTRODUCCIÓN

Con el mayor gusto me adhiero al homenaje al Prof. Dr. Juan Raso Delgue, distinguido docente de Derecho Laboral y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, cuyas aulas hemos compartido, quien ha sabido incursionar de muy buena manera en el área de Protección de Datos Personales. A ello se une la común amistad con el Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo, el que con justo ánimo tiene siempre iniciativas como la de este merecido homenaje.

¹ Las normas que se citan corresponden a dicho régimen salvo indicación en contrario.

² Profesor de Derecho Administrativo en Cursos de Posgrado en la Universidades de la República Oriental del Uruguay y de Montevideo. Integrante de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay, cuyo Consejo Ejecutivo preside anualmente en alternancia con otro miembro. Autor de numerosas publicaciones en temas de Derecho Público y de Protección de Datos Personales.

TRABAJO Y PERSONA

ATRIBUTO HUMANO

El trabajo se relaciona con una dimensión esencial de la persona humana, rasgo de su ser peculiar que le revela al hombre en su aptitud creadora³.

Por lo mismo hace a su dignidad la cual es un principio de primerísima relevancia en todas las áreas jurídicas; ella se debe a que *“la persona es una unidad y una totalidad en sí misma, representa un punto de interacción de lo físico, psíquico y espiritual que la hace un fin en sí, con capacidad de apartarse de lo psicofísico y trascenderse, de ser profunda y finalmente responsable”*⁴.

De esa esencia se desprenden los derechos de las personas que poseen diversas denominaciones (humanos, fundamentales, etc.), pero con cualesquiera de ellas *“se aspira noblemente, a realzar la dignidad y la autonomía de la persona humana, para insertarla decorosamente en el marco de la convivencia social y del régimen político: hay derechos humanos porque el hombre, cada hombre y todo hombre, tiene una naturaleza en virtud de la cual hay exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese otro ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico-político”*⁵.

³ V. Mariano R. Brito. El trabajo, objeto y límite de la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en Estudios sobre la Administración del trabajo en el Uruguay. Vol. II Mdeo. 1979, p. 18.

⁴ Conf. Viktor E. Frankl cit. por Aquilino Polaina Lorente. Actualidad de la voluntad del sentido, Revista Berit Internacional Año VI No 9. Sgo. de Chile 2008, p. 11.

⁵ Germán J. Bidart Campos. Teoría General de los Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM México 1989, pp. 15-16.

REGULACIÓN TUITIVA

La relación laboral tiene como elemento distintivo la subordinación de manera que el empleador puede asignar cierta dirección a la actividad del trabajador en el marco de una regulación conformada por normas internacionales, constitucionales, legales y convenios de trabajo.

En ese sentido, la Constitución uruguaya prevé que el trabajo está *“bajo la protección especial de la ley”* (art. 53); que *“la ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica, la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”* (art. 54); que *“la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”* (art. 55); que *“toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados, en las condiciones que la ley establecerá”* (art. 56); que *“la ley promoverá la organización de sindicatos gremiales (...) y promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”* (art. 57); que *“las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc....”* (art. 67).

SECTORES DE LA RELACIÓN LABORAL

Las normas referidas constituyen bases de un *Derecho General del Trabajo* aplicable a los trabajadores del sector público y del privado. Ellas *“priman sobre las de Derecho civil relativas al arrendamiento de servicios o las de Derecho administrativo referentes a la situación estatutaria de los funcionarios públicos en cuanto tales”*,

atendiendo los aspectos fisiológicos, psíquicos, económicos, sociales del trabajo como hecho⁶.

Con cumplimiento de las reglas señaladas y aplicación del “*principio protector*”, el trabajo que desarrollan los funcionarios públicos (en el Uruguay, son los incorporados al Estado), tiene especificidades acorde a las necesidades particulares y a la técnica de acción del Derecho público, con la “*base fundamental*” “*de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario*” como prevé el art. 59 inciso 1 de la Constitución^{7/8}.

⁶ Conf. Horacio Cassinelli Muñoz. Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo 58 N° 10, pp.230 y ss.

⁷ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional uruguayo separado del Poder Judicial, competente para anular actos administrativos ilegítimos ha dicho que la relación funcional es una “*nexo de Derecho público, de naturaleza estatutaria, debido al interés público que persigue la entidad estatal. Tal carácter implica que la persona física incorporada esté en una situación regulada a través de un régimen jurídico creado unilateralmente por el Estado, modificable por este por razones de interés general. Ese régimen es general y proviene de normas constitucionales, legales y reglamentarias*”. “(...) El fundamento del carácter estatutario radica en la necesidad de la eficiencia de la organización y, por ello, que la situación del personal sea uniforme, con un régimen global para los funcionarios de una misma categoría; también que tal situación sea modificable en su conjunto en aras del buen funcionamiento del servicio, sin estar dependiendo de la voluntad de cada funcionario” (sentencia N° 444/015).

⁸ Cada principio tiene su ámbito de actuación: “*el principio protector preside el dictado y aplicación de las leyes protectoras de trabajo que cumplen el mandato de los arts. 53 a 57 de la Carta, y el principio de la prevalencia del interés de la función debe presidir el dictado y la aplicación de las normas estatutarias*”, Juan Pablo Cajarville Peluffo. Régimen jurídico de los funcionarios públicos a propósito de la libertad de comunicación de pensamiento en *Sobre Derecho Administrativo T. II FCU Mdeo. 2007*, pp. 437 y ss.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

NATURALEZA

El derecho a la protección de datos personales, al debido tratamiento de estos, es “*inherente a la personalidad humana*” y por tanto está “*comprendido en el art. 72 de la Constitución*” como lo reconoce la ley uruguaya N° 18.331 de 11-VIII-2008, art. 1°.

El citado art. 72 constitucional dispone que “*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*”. Efectúa, entonces, “*un acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal*” que convierte a sus “*elevadas finalidades (...) en principios generales de derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico jurídica. En una palabra, en tales condiciones, ya no puede decirse que se trate de un elemento metajurídico*”⁹⁰.

El art. 6° inciso 2° de la ley de Protección de Datos mencionada establece, por otra parte, que “*Las bases de datos no pueden tener finalidades violatorias de derechos humanos o contrarias a las leyes o a la moral pública*”. De otra manera se atacaría el orden público entendido como “*conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad*”

⁹⁰El Reglamento (UE) 2016/79 del Parlamento Europeo y del Consejo (RGPD), 1er. “*Considerando*” expresa que “*La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental*”.

¹⁰ Alberto Ramón Real. El Estado de Derecho en Estado de Derecho y Humanismo Personalista. FCU. Mdeo. 1974, p. 126 y Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista, en los Principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado. FCU Mdeo. 2001, pp. 87 y sigs.

determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que este tiende a tutelar”¹¹.

Dicho orden tiene a los principios del art. 72 constitucional, a la normativa constitucional y al Derecho internacional de los Derechos Humanos como bloque de juridicidad del mayor rango; entre otras disposiciones, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, reconoce el derecho a la vida privada y el 30, que *“las restricciones permitidas” “al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*.

CONTENIDO

El objetivo principal *“no consiste solo en proteger los derechos de las personas cuando sus datos son recolectados, almacenados y utilizados por terceros, sino conferir(es) una serie de derechos (...) para que ellas se conviertan en sujetos activos, hasta donde puedan, de lo que sucede con sus datos personales”¹².*

Posee una dimensión negativa a fin de impedir la injerencia de terceros en la esfera de privacidad y un tratamiento de datos que contravenga los principios que rigen en la materia y, por otro, una positiva relativa a la posición del titular sobre los datos a él concernientes, la cual comprende *“la facultad de saber en todo momento quién dispone” de ellos y a qué uso los está sometiendo*; *“el poder oponerse a esa posesión y usos(...)”*, el *“consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos”*; el de *requerir a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los*

¹¹ Eduardo J. Couture. Vocabulario Jurídico. Depalma. Buenos Aires 1976.

¹² Nelson Remolina Angarita. Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012. Legis Editores S. A. Colombia 2013. p. 40.

datos, o “en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”¹³.

Por cierto no es un derecho absoluto; la Suprema Corte de Justicia de Uruguay suele reiterar en sus fallos que los derechos no son ilimitados salvo la vida, que “un derecho ilimitado sería antisocial por ello su necesidad de hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última”¹⁴.

De esta manera corresponde su ponderación, acorde con las circunstancias, respecto a otros derechos entre ellos el de acceso a la información pública¹⁵.

Con respecto al ámbito subjetivo del derecho, el sujeto pasivo es el “responsable”, “persona física o jurídica propietaria de la base de datos o que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”, el que puede pertenecer al “ámbito público o privado”; en su caso, también el “encargado de tratamiento”, que actúa por cuenta de aquel.

En cuanto al sujeto activo es el titular del derecho, persona física determinada o determinable cuyos datos son objeto de

¹³ Fragmentos de la sentencia Nº 292/000 del Tribunal Constitucional español. La sentencia expresa que el derecho alcanza “a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual (...), sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. (...)”.

¹⁴ Entre otras, sentencias Nº 312/995, 202/002, 54/004. En igual sentido, el RGPD, cuyo “Considerando” 4 afirma que este derecho “debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos, con arreglo al principio de proporcionalidad (...)”.

¹⁵ En el Uruguay este se regula por la ley Nº 18.381 de 17-X-2008: la información que tienen las personas jurídicas de Derecho público, estatales o no, es como regla pública.

tratamiento. La legislación uruguaya extiende la protección a la persona jurídica en cuanto corresponda, en virtud de que los derechos a la honra, al buen nombre y a la igualdad son predicables de las personas jurídicas^{16/17}.

El derecho comprende el de ser debidamente informado, antes de la recolección de los datos o si se modifica la finalidad del tratamiento, los destinatarios de este, la identidad y domicilio del responsable, el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas, la/s consecuencia de responder o no o de hacerlo incorrectamente, el modo de ejercer los derechos, etc. Todo ello permite asignar validez al consentimiento del titular^{18/19}.

También el derecho a la rectificación, actualización, inclusión y supresión, sin perjuicio de que si el responsable de la base tiene conocimiento de la inexactitud, falsedad o error de los datos debe suprimirlos, sustituirlos o completarlos y eliminar los que hayan

¹⁶ Conf.. sentencia T 676/003 de la Corte Constitucional de Colombia. Se ha dicho que “el uso indebido de datos” de estas personas “puede lesionar bienes jurídicos de sus integrantes, aparte del daño que puede causar a la propia entidad”, Augusto Durán Martínez. Derecho a la Protección de Datos Personales y al Acceso a la Información Pública 2ª ed. actualizada y ampliada AMF 2012, p. 45.

¹⁷ Existen normas específicas para las personas físicas; así se excluyen de la ley las bases de datos de estas personas en actividades exclusivamente personales o domésticas y solo a ellas aplica el límite temporal de cinco años, prorrogable por una vez por igual plazo, del registro de datos comerciales.

¹⁸ Las excepciones surgen de una ley, si su ejercicio resulta imposible o requiere esfuerzos desproporcionados por el número de interesados, la antigüedad de los datos y las posibles medidas compensatorias. También si los datos se recaban para fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de organismos competentes y se limitan a los “supuestos y categoría de datos” “necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas”, tratándose de bases específicas. La excepción no comprende, entonces, los datos que se almacenen con “fines administrativos” (ley 18.331, art. 25).

¹⁹ Implica transparencia en relación al interesado el que en todo momento tiene el derecho a obtener información. Este como regla, puede ejercerse periódicamente, en intervalos razonables, de manera que no configure un abuso; según la ley 18.331, art. 14, cada seis meses, “salvo que se hubiere suscitado nuevamente un interés legítimo de acuerdo con el ordenamiento jurídico”.

caducado, sin perjuicio de lo cual existe una posición activa de su titular que configura sendos derechos subjetivos.

Por su parte, el derecho de oposición permite al titular negar el tratamiento de sus datos; se categoriza en oposición en sentido estricto, si refiere a datos publicados en Internet, entonces no resulta viable enervar su publicación pero sí establecer un sistema de referencias negativas que impida la indexación por el motor de búsqueda; el relativo a tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial y el vinculado a decisiones individuales automatizadas.

En cuanto a la comunicación de datos, existe el derecho a impedir la ya que para efectuarla se exige, como regla, el previo consentimiento informado de su titular y que sea para fines directamente relacionados con el interés legítimo del emisor y del destinatario

No se ingresará en otros aspectos del derecho sí bien procede referir al derecho a impugnar valoraciones personales y a un tratamiento que sea objetivo, dada su *relación con la materia laboral*. Implica el no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos que afecte de manera significativa y que se base en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar ciertos aspectos de la personalidad, como el rendimiento laboral, el crédito, la fiabilidad, etc. El titular involucrado tiene derecho a obtener información del responsable de la base de datos sobre los criterios de valoración y el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión manifestada en el acto²⁰.

No se desprende una *prohibición del employment screening como procedimiento dirigido a determinar la aptitud para cierta tarea, que se extiende a posibles nuevos trabajadores mediante la verificación de antecedentes diversos, pero sí la pertinente determinación de pautas a seguir*.

²⁰ Ley N° 18.331, art. 16.

PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

PRINCIPIOS

El trabajador tiene los derechos propios de toda persona y los específicos de su situación jurídica lo cual se proyecta en el interesado a ingresar a un trabajo y en el ex trabajador.

En tanto persona no puede renunciar a su vida privada y al debido tratamiento de sus datos personales, a que esta e efectúe en el marco de los principios que rigen la materia, específicamente los de licitud, finalidad, veracidad, previo consentimiento informado, reserva y responsabilidad proactiva²¹.

Los principios expresan los valores superiores y contribuyen a dar coherencia y permanencia al ordenamiento, especialmente ante los incesantes cambios tecnológicos. Están, por cierto, interrelacionados y sirven “de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”, como expresa la citada ley N° 18.331, art. 5° inciso final.

“Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que

²¹ Este último fue reformulado en el Uruguay por ley N° 19.670 de 15-X-2018, art. 39. Dado el carácter proactivo (accountability), el responsable de la base de datos y, en su caso, el encargado deben adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas: privacidad desde el diseño y por defecto, evaluación de impacto, entre otras, a fin de garantizar un tratamiento adecuado de los datos personales y garantizar su efectiva implementación.

podiera derivarse de las acciones de los trabajadores. Estos derechos e intereses constituyen motivos legítimos que pueden justificar la adopción de medidas adecuadas destinadas a limitar el derecho a la vida privada de los trabajadores. (...)”²².

Por lo mismo el control propio del empleador debe armonizarse con el respeto de la vida privada en especial en el lugar de trabajo, más aún cuando las condiciones laborales han evolucionado de manera que es cada vez más difícil separar el trabajo y la vida privada.

En este sentido, por ejemplo, el hecho de llevar las computadoras, celulares, tabletas a la empresa incide en diversos aspectos, entre ellos la seguridad de la información. Se trata del BOYD (“bring your own device”), que da lugar a un acceso a las redes de la empresa y la descarga de información en aquellos dispositivos sobre el cual el empleador no tiene conocimiento y menos sobre las medidas de seguridad.

Por otro lado, el trabajador permite el acceso del empleador a sus dispositivos, a veces sin tener en cuenta lo relativo a sus datos personales, por lo cual se plantean cuestiones como la protección de la privacidad y la responsabilidad, incluso de índole penal, que puede provocar el uso de la información.

III.2 Normativa uruguaya relacionada

A. La ley de Protección de Datos Personales N° 18.331 es, por cierto, aplicable en cuanto a los principios y disposiciones sobre derechos del titular de los datos personales, etc., que antes se indicó muy brevemente.

Existen especificidades, entre ellas una excepción a la regla del previo consentimiento informado para tratar datos que derivan de

²²Dictamen del 29-V-2002 del Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva Europea sobre Protección de Datos, relativo a la vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo.

una relación contractual y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento (art. 9 “D”), relación que puede ser laboral.

También, en el marco del principio de reserva establece que quienes, “por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligados a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (...)”, sin perjuicio de lo que disponga una orden judicial. La obligación subsiste “aun después de finalizada la relación” (art. 11).

Concluida la relación laboral, los datos del trabajador no tendrían que mantenerse (ley cit. art. 8 inciso 2º) salvo en lo estrictamente necesario, por motivos vinculados a normativa vigente, por ejemplo la de seguridad social.

Asimismo “Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles”, los que “sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular”²³. Esos datos “sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares” (art. 18).

B. La normativa sobre derechos de los pacientes y usuarios de servicios de salud, ley N° 18.335 de 15-VIII-2008, impone obligaciones a los trabajadores del sector, entre otras la de reserva de la historia clínica del paciente que es “propiedad” de este²⁴.

²³ Son los “que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual” (art. 4 ‘E’).

²⁴ Ley N° 18.335, art. 18 ‘D’ inciso 5, modificado por ley N° 19.670 de 15-X-2018, art. 193.

C. La ley sobre telemedicina, ley 19.869 de 2-IV-2020 prevé principios, que incluyen el de confidencialidad “en la relación médico-paciente, garantizando la seguridad en el intercambio de información entre profesionales o centros de asistencia sanitaria”. Exige, por otra parte, el consentimiento expreso del paciente para la transmisión e intercambio de información personal que se desprenda de su historia clínica y dispone que “los datos e información personal transmitida mediante el uso de la telemedicina serán tratados de conformidad con la ley N° 18.331 (...)” (de Protección de Datos Personales)²⁵, con el consiguiente deber de quienes prestan el servicio.

D. La ley N° 19.978 de 20-VIII-2021 establece normas para el teletrabajo “en régimen de subordinación y dependencia”, siendo el empleador una persona privada o de derecho público no estatal. No aplica, pues, a las entidades públicas estatales si bien se entiende que sus disposiciones como las que explicitan principios pueden serles extendidas analógicamente

Define al teletrabajo como “la prestación del trabajo, total o parcial, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación, ya sea en forma interactiva o no”, “on line-off line”²⁶.

Entre los principios rectores rige el de igualdad de los teletrabajadores respecto a los derechos y acceso a las condiciones de trabajo de los trabajadores presenciales, salvo los específicos de estos, y el de no discriminación y fomento del empleo.

²⁵ Ley N° 19.869, art. 8 modificado por ley N° 19.924 de 18-XII-2020, art. 397.

²⁶ El decreto reglamentario N° 86/O22 de 17-III-2022 prevé que “En los casos que la prestación de trabajo sea parcialmente realizada (régimen híbrido) en las condiciones antedichas, habrá teletrabajo cuando las partes así lo establezcan de común acuerdo”.

En cuanto a la jornada laboral, no podrá superar el máximo legal de horas semanales de trabajo correspondientes a la actividad de que se trate establecido contractualmente, en su caso, sin perjuicio del derecho al descanso y a la desconexión, siendo la mínima de 8 horas continuas entre una jornada y la siguiente²⁷.

El suministro de herramientas y materiales de trabajo debe ser acordado por escrito entre las partes; a falta de acuerdo deben ser provistos por el empleador a su costo, así como los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos. No cabe su consideración a ningún efecto como parte del salario, materia gravada ni asignación computable.

Dada la mención del teletrabajo, cabe señalar que puede cumplirse en la casa del trabajador, en un centro de coworking, etc.; el cotrabajo, trabajo compartido o en cooperación o en oficina integrada, es una modalidad laboral que permite a personas de la misma o diversa profesión o actividad, compartir un espacio de trabajo, físico y virtual, en el que cada uno cumple su labor de manera independiente, sin perjuicio de promover la cooperación entre ellos. Fomenta las relaciones entre los participantes, de diferentes áreas, lo que puede dar lugar a nuevas relaciones cliente-proveedor e intercambios horizontales.

Puede haber situaciones de teletrabajo no regidas por la ley citada si se configura una modalidad *autónoma*, por ejemplo de profesionales independientes, con medios tecnológicos desde su casa u oficina. Precisamente el teletrabajo plantea una cuestión relevante en cuanto a la existencia o no de esa subordinación propia de la

²⁷ Entiende por desconexión, “el pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales, y el derecho a no ser conectado por su empleador, lo cual implica que el teletrabajador no estará obligado -entre otros- a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, a fin de garantizar su tiempo de descanso (...)”. Por lo mismo la reglamentación expresa que “el teletrabajador no podrá ser sancionado por el ejercicio de su derecho a oponerse a cumplir tareas en el período de desconexión”.

relación de trabajo, llegando a entenderse que la liberación laboral que entraña es una expresión moderna del trabajo autónomo.

El Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo (OIT-2011) incluye aspectos de interés, entre otros el carácter voluntario del teletrabajo; que la labor del teletrabajador debe tener una clara referencia horaria para no extender su tiempo de trabajo y que si bien por sus caracteres se vincula más al alcance de ciertos resultados, deben adoptarse referenciales que lleven a respetar la limitación de la jornada; el garantizar condiciones para la actividad sindical y facilitar medios para que el representante sindical puedan comunicarse con los teletrabajadores; el fomentar encuentros de los equipos de trabajo para identificar dificultades de comunicación, discutir aspectos que permitan mejorar el desempeño, limitando sensaciones de aislamiento y falta de integración; el reforzar programas formativos y mantener iguales posibilidades de promoción que las de los trabajadores presenciales; el cuidar que las características de los lugares de teletrabajo reúnan los requerimientos de seguridad y salud laboral; el incorporar la temática en la negociación colectiva.

En cuanto a lo propio de la protección de datos personales rigen los principios y normas de todo trabajador, con posibles particularidades en su aplicación por ejemplo respecto al principio de seguridad.

III.3 Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT (1996)

Fue emitido de conformidad con la decisión del Consejo de Administración-264ª reunión para los sectores privado y público y para el tratamiento manual como al automático de los datos personales de un trabajador.

Explicita principios que tienen como eje el de que los trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada; son los siguientes:

A. El tratamiento debe efectuarse de modo ecuánime y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo.

B. Los datos personales, como regla, deben utilizarse solo con el fin para el cual han sido recabados. Si se trata de fines distintos, el empleador debe cerciorarse que no se utilizan de modo incompatible con la finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto.

C. Los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización para garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deben servir para controlar el comportamiento de los trabajadores.

D. Las decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento automatizado de sus datos personales.

E. Los datos personales obtenidos por medios de vigilancia electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador.

F. Los empleadores deberían evaluar periódicamente sus métodos de tratamiento a fin de reducir lo más posible el tipo y el volumen de datos personales acopiados y mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores.

G. Estos y sus representantes deben ser informados de toda actividad de recogida de datos, de las reglas aplicables y de sus derechos.

H. Los encargados del tratamiento de datos personales deberían recibir periódicamente una formación que les permita comprender

el proceso de acopio de datos y el rol que les corresponde en la aplicación de la normativa.

I. El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo.

J. Los empleadores, trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política empresarial que respete la vida privada de los trabajadores.

K. Todas las personas, empleadores, trabajadores y sus representantes, agencias de colocación que tengan acceso a los datos personales de los trabajadores están sujetos

a una obligación de confidencialidad, acorde con la realización de sus tareas y en aplicación de las reglas antes indicadas.

III.4 Recomendación del Comité Consultivo de la Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos, (T-PD del Convenio 108-2014²⁸).

Se fundamenta en la toma de conciencia del creciente uso de las nuevas tecnologías y medios de comunicación electrónica en la relación laboral y entiende que *“El respeto por la dignidad humana, la intimidad y la protección de los datos personales debe ser salvaguardada en el tratamiento de datos personales con fines de empleo, en particular para permitir el libre desarrollo de la personalidad de los empleados así como las posibilidades de relación individual y social en el lugar de trabajo”* (Principio 2).

²⁸ Uruguay integra dicho Comité; fue el primer país no europeo en adherirse el citado Convenio N° 108 y su Protocolo Adicional con respecto a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos y en agosto 2021 depositó la ratificación del Convenio 108 actualizado.

Se destaca lo siguiente de sus 19 Principios, que se presentan en forma abreviada:

A. El empleador debe recabar los datos personales directamente de su titular; si es necesario y legal obtenerlos de terceros, por ejemplo para obtener referencias profesionales, debe informar debidamente al interesado. Además abstenerse de solicitar a un empleado o posible empleado el acceso a información que comparte con otros en las redes sociales.

B. El tratamiento de los datos sensibles se admite en casos particulares si es indispensable para la contratación de un empleo o para cumplir las obligaciones legales relacionadas y, además, con salvaguardias para prevenir riesgos para los derechos del trabajador, en particular el de discriminación. Remite al efecto al Convenio 108, art. 6.

C. En cuanto a los datos (sensibles) de salud solo se los puede pedir a un empleado o futuro empleado si hay dudas sobre la idoneidad para el empleo, para cumplir con los requisitos de la medicina preventiva, garantizar una rehabilitación apropiada, salvaguardar los intereses vitales del interesado u otros empleados, acceder a beneficios sociales o satisfacer los procedimientos judiciales.

Los datos de salud amparados por el secreto médico se deben almacenar por separado de otro tipo de datos, tomándose medidas de seguridad para evitar el acceso de personas ajenas al servicio médico autorizado.

El tratamiento de datos genéticos se prohíbe para determinar, por ejemplo, la idoneidad profesional de un empleado o futuro empleado, incluso con el consentimiento del interesado.

D. El tratamiento de los datos biométricos es viable si es necesario para proteger los legítimos intereses de empleadores, empleados

o terceros y no hay otros medios menos intrusivos disponibles, acompañándose de salvaguardias apropiadas.

E. El almacenamiento de datos personales para fines de empleo sólo se autorizará si han sido recogidos en forma legítima y durante el lapso necesario para alcanzar el objetivo legítimo de la tramitación. Cuando los datos de evaluación guardan relación con el desempeño actual o potencial de un empleado, los datos deben dirigirse a evaluar las competencias profesionales.

F. La comunicación de los datos del trabajador se admite a los organismos públicos en ejercicio de sus cometidos y para cumplir las obligaciones legales de los empleadores o de acuerdo con otras disposiciones de la legislación nacional.

La comunicación a esos organismos a otros efectos o la efectuada a otros terceros, sólo es viable si es necesaria para fines del empleo y los efectos no son incompatibles con aquellos para los que los datos fueron originalmente recogidos y se informa antes al empleado o sus representantes; o se tiene el consentimiento expreso del trabajador; o si la comunicación está prevista en la legislación para la ejecución de obligaciones legales o convenios colectivos.

G. La información relativa a los datos personales en poder de los empleadores debe estar disponible para el trabajador afectado, directamente o por medio de sus representantes. Debe proporcionarse las categorías de datos procesados y descripción de los objetivos de los tratamientos; destinatarios; medios que los empleados tienen de ejercer sus derechos (acceso, rectificación, etc.) y toda información que garantice el tratamiento leal y lícito.

H. En cuanto al derecho de acceso al empleado debe garantizarse en relación a los datos de evaluación incluso cuando refieran al rendimiento, la productividad o la capacidad y las evaluaciones subjetivas son recurribles en la forma prevista en el derecho interno.

I. Se permiten excepciones a los derechos del titular de los datos en base a ley y en tanto se trate de una medida necesaria en una sociedad democrática, para proteger la seguridad del Estado, la seguridad pública, importantes intereses económicos y financieros del Estado o la prevención y represión de las infracciones penales, la protección del interesado o de los derechos y libertades de terceros.

J. Los datos personales no deben ser conservados por los empleadores por un período más largo del que se justifica para los fines relacionados con el empleo. En cuanto a los presentados en apoyo de una solicitud de trabajo normalmente deben eliminarse tan pronto como se ponga de manifiesto que no se hará una oferta de empleo.

K. Los sistemas de información y tecnologías para el control de los trabajadores, incluida la video vigilancia y los dirigidos a la protección de la producción, salud, seguridad u organización del trabajo, deben estar sujeto a salvaguardias adecuadas y en particular a la consulta de los representantes de los trabajadores.

En el uso de Internet, las comunicaciones electrónicas y todos los medios técnicos en el lugar de trabajo los empleadores deben evitar interferencias injustificables e irrazonables con el derecho del empleado a la vida privada. Los interesados deben estar debidamente informadas a través de una política de privacidad clara.

En el caso de empleados ausentes, los empleadores deben tomar las medidas necesarias y prever los procedimientos apropiados para permitir el acceso a los mensajes de correo electrónico profesional sólo cuando sea por necesidad profesional. El acceso debe realizarse del modo menos intrusivo posible y después de haber informado a los trabajadores afectados.

Cuando un empleado deja la organización, los empleadores deben adoptar las medidas necesarias para desactivar automáticamente

la cuenta del empleado; si necesitan recuperar su contenido para la buena marcha de la empresa, lo harán antes de la salida del empleado y, cuando sea posible, en su presencia.

L. En cuanto al uso de equipos que revelen la ubicación de los empleados, solo cabe si resulta necesario para alcanzar un fin legítimo del empleador y el uso no da lugar a un seguimiento continuo. En particular, la vigilancia no debe ser el objetivo principal sino consecuencia indirecta de las acciones necesarias para proteger la producción, salud, seguridad u organización del trabajo. Cobran relevancia, entonces, los principios de minimización y proporcionalidad.

M. Los test psicológicos, análisis y procedimientos similares, realizados por técnicos especializados con sujeción a la confidencialidad profesional, diseñados para evaluar el carácter o personalidad de un empleado o futuro empleado, se admiten si son legítimos y necesarios para el tipo de actividad que se realiza, proporcionando las debidas garantías. El empleado o futuro empleado deben ser informados con antelación del uso que se hace de los resultados de estas pruebas, análisis o procedimientos similares y, posteriormente, de su contenido.

III.5 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

Luego de una regulación general aplicable en lo pertinente, su art. 88 dispone: *“Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio*

colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

Refiere a la pertinencia de garantizar el principio de la dignidad humana así como los intereses legítimos y derechos fundamentales de los interesados, “*prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo*”.

DECISIONES DE LA UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES DE URUGUAY. A VÍA DE EJEMPLO SE CITAN LAS SIGUIENTES:

SOBRE VIDEO VIGILANCIA

El dictamen Nº 10 de 16-IV-2010 considera tal “*toda grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes y en algunos casos de sonidos mediante la utilización de videocámaras u otro medio análogo*” lo que “*constituye información personal si corresponde a personas identificadas o identificables*”, resultando aplicable la normativa vigente sobre protección de datos personales

Importa lo qué puede ser vigilado, cómo, si se registran los resultados de la videovigilancia, etc. y tiene en cuenta los principales fines del procedimiento: la protección de las personas físicas, el derecho de propiedad, el orden público, la detección y prevención de delitos, etc.

Los sistemas de video vigilancia deben consignar por escrito o medio análogo sus finalidades; adoptar políticas de privacidad; contar con el consentimiento del titular de los datos salvo casos de seguridad pública; ser subsidiarios y, entonces, utilizarse si no existen medios menos lesivos de la intimidad; acorde con el principio de seguridad, los responsables de las bases deben garantizar la seguridad de las imágenes y evitar su adulteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

En cuanto al plazo de conservación de las imágenes incide, también, el principio de finalidad, por lo cual cumplida la que corresponde, procede la eliminación de los registros.

Los responsables de las bases deben actuar con reserva de modo de garantizar que sólo accedan personas autorizadas; mantener la información de manera confidencial, por lo cual el responsable debe ser el custodio de las imágenes; garantizar que el titular de los datos pueda ejercer su derecho de acceso; proceder al registro e informar a las personas que sus imágenes están siendo captadas.

Con ese marco indicó la pertinencia de que los responsables adopten un distintivo que establezca ante quién y dónde se pueden ejercer los derechos consagrados en la Ley N° 18.331; por resolución N° 989/010 se proporcionó una matriz del distintivo.

La resolución N° 58 de 21-XII-2021 enfocó la video vigilancia en ámbitos específicos; en ese sentido señaló que *“cuando las cámaras se utilicen en el ámbito laboral, el empleador puede adoptar medidas que permitan controlar el desempeño de las tareas laborales de sus dependientes, con las siguientes condiciones: a) Deben designarse los representantes que realizarán el trámite de inscripción y determinar quiénes son las personas autorizadas para acceder a las imágenes y grabaciones y dar trámite a las solicitudes de ejercicio de derechos que se realicen. b) Debe informarse a los empleados que se instalarán cámaras, los lugares donde estarán localizadas, si captan imagen y voz, el tiempo de conservación de las*

imágenes y cómo ejercer sus derechos. No deben registrarse conversaciones privadas. c) Las cámaras que se utilicen podrán instalarse dentro de los recintos de trabajo pero no en baños, vestuarios, espacios de descanso, lugares destinados a la alimentación o con finalidades sindicales y cualquier otro sitio que pueda invadir la intimidad de los empleados. d) El sistema de grabación debe estar ubicado en un lugar de acceso restringido y solo accesible a personal autorizado. e) Si se cuenta con un servicio de seguridad que incluye video vigilancia, es recomendable suscribir un contrato entre la empresa y el empleador en el que se establezca quiénes son los encargados de acceder a la información y todas las condiciones de prestación del servicio”.

IV.2. Sobre Concurso de funcionarios en la Administración pública
El Dictamen N° 2 de 12-I-2010 trató el tema y dado el ámbito al cual refiere, rige la ley sobre Acceso a la Información Pública ya citada, la cual excluye del acceso la información que es confidencial, específicamente los datos personales que requieren previo consentimiento informado de su titular

Con respecto a la publicación en el sitio web, recomendó brindar la información con puntajes globales y órdenes de prelación de todos los participantes del concurso y que en caso de solicitarse, se facilite el acceso también a los curriculum vitae de los partícipes en el concurso, segregando u ocultando los datos no relacionados con la situación curricular evaluada. También que la información será pública una vez culminadas todas las etapas del procedimiento de concurso, sin perjuicio de las consideraciones que efectúa desde la perspectiva de la protección de datos personales y de la posición de quien se trate, así: A. Quien participó en un concurso podrá tener acceso a toda la información que sobre su persona se haya procesado en el marco del llamado (calificación, evaluaciones, informes, etc.) una vez culminado el proceso y el listado completo de participantes con su respectivo orden de prelación.

B. Respecto a la información que el co-postulante puede acceder sobre los demás participantes, serán los nombres y calificaciones de todos quienes hubieren participado, con las puntuaciones diferenciadas por cada rubro evaluado (ejemplo: méritos; prueba escrita; entrevista; prueba psicológica). Asimismo, accederse a los datos de los curriculum vitae de los ganadores a fin de que el co-postulante pueda ejercer el control de la transparencia del concurso; a estos efectos, solo deben brindarse los datos que permitan comparar méritos y experiencia del co-concursante; los que no integren esta categoría deben ser restringidos (datos sensibles y otros, como los de estado civil, edad, teléfono, correo electrónico, etc.).

C. Un tercero ajeno al concurso podrá -como en la hipótesis anterior - acceder a nombres y calificaciones de todos quienes hubieren integrado el proceso concursal, con las puntuaciones diferenciadas por cada rubro evaluado, una vez que el acto administrativo que apruebe dichas puntuaciones se encuentre firme. También el tercero podrá tener acceso a los curriculum vitae de todos quienes hayan participado, en versiones públicas, es decir, ocultando los datos que no tengan relación con la situación evaluada.

LA PAZ COMO IMPERATIVO ÉTICO: EL PROYECTO IRENISTA-COSMOPOLITA DE IMMANUEL KANT Y JÜRGEN HABERMAS

Fernando H. Llano Alonso.
Universidad de Sevilla (España).

A Juan Raso (Gianni Raso), montevideano universal
Omnia prius experiri quam armis sapientem decet
Terencio, *Eunuchus*, IV, 7, 789

INTRODUCCIÓN

Vivimos un tiempo en el que la retórica del lenguaje belicista y la lógica nacionalista han recobrado un inusitado protagonismo en el escenario geopolítico mundial a costa del Derecho internacional y los derechos humanos. Las relaciones internacionales y el equilibrio de las superpotencias mundiales han sufrido una sacudida tan repentina y violenta que parecen habernos devuelto al escenario de la guerra fría. Incluso países históricamente neutrales como Finlandia y Suecia han solicitado su ingreso en la OTAN ante un verosímil ataque de un país vecino como el que perpetró Rusia contra Ucrania el 24 de febrero de 2022. Además, esta invasión ha causado miles de muertos y una crisis de millones de refugiados sin precedentes en el continente europeo desde la Segunda Guerra Mundial.

Sesenta años después de la crisis de los misiles de Cuba entre Estados Unidos y la Unión Soviética las generaciones contemporáneas vuelven a ver como una hipótesis verosímil la posibilidad de enfrentarse ante la extinción de la especie humana¹. Al hilo de esta

¹ C. BENEDETTI, *La letteratura ci salverà dall'estinzione*, Torino, Einaudi, 2021, p. 8.

consideración cabría preguntarse, parafraseando a Ulrich Beck a propósito de la sociedad del riesgo global, si tal vez podrían producirse algunos efectos positivos secundarios derivados de un mal como la guerra nuclear; precisamente a esta idea paradójica se refiere el sociólogo alemán con la expresión *catastrofismo emancipador* (*emancipatory catastrophism*)². En este sentido, como ha señalado recientemente Luigi Ferrajoli, quizás sea el momento adecuado para recuperar el proyecto humanista-cosmopolita kantiano de estipular una constitución civil como fundamento de una federación de pueblos para toda la Tierra³.

En el siguiente epígrafe me centraré en los principios básicos que, de acuerdo con la tradición doctrinal del *ius gentium*, informan el *ius in bello*, y en el objetivo final de la abolición de la guerra como un mandato de la razón, comenzando por la razón práctica que hace valer el veto de la moral contra la violencia y el genocidio sistemático.

Sobre la necesidad de proscribir la guerra Kant se pronuncia con rotundidad:

...la razón práctico-moral expresa en nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra [*Es soll kein Krieg sein*]; ni guerra entre tú y yo en el estado de naturaleza, ni guerra entre nosotros como Estados que, aunque se encuentran internamente en un estado legal, sin embargo, exteriormente (en su relación mutua) se encuentran en un estado sin ley⁴.

² U. BECK, *The Metamorphosis of the World*, Cambridge (UK)-Malden (Massachusetts), Polity Press, 2016, pp. 115 y ss.

³ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, Feltrinelli, 2022, pp. 17-18.

⁴ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), *Kants Werke (Band VI)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 354. El texto subrayado corresponde a la traducción de Adela Cortina y

No obstante, como advierte Jürgen Habermas, hay que resaltar el hecho de que, para Kant, el derecho no es sólo un *instrumento* adecuado para establecer la paz entre los Estados, sino que más bien concibe de antemano la propia paz entre naciones como una paz jurídica⁵. En otras palabras, según el pensador de Königsberg, existe un vínculo entre la paz y el derecho que debe proyectarse a toda la comunidad internacional en sentido cosmopolita porque solo una constitución cosmopolita puede garantizar una unión de todos los pueblos bajo unas leyes públicas comunes y una paz duradera. Este ideal humanista-cosmopolita, iusracionalista e irenista que propone la unión jurídica entre los hombres como requisito *sine qua non* para el establecimiento de una paz permanente, inspira precisamente la reflexión final con la que Kant concluye su ensayo *La Metafísica de las costumbres* (1797).

Puede decirse que este establecimiento universal y duradero de la paz no constituye sólo una parte, sino la totalidad del fin final de la doctrina del derecho, dentro de los límites de la mera razón; porque el estado de paz [*Friedenszustand*] es el único en el que están garantizados mediante leyes lo mío y lo tuyo, en un conjunto de hombres vecinos entre sí, por tanto, que están reunidos en una constitución⁶.

1. Dimensiones axiológicas, principios básicos y objetivos de la paz como valor normativo: el ius in bello desde una perspectiva kantiana

Jesús Conill en la edición española de *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994 (2ª ed.), pp. 195.

⁵ J. HABERMAS, *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. esp. J. L. López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2005, p. 119.

⁶ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 355. El texto subrayado corresponde a la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill en la edición española de *La Metafísica de las Costumbres*, cit., 195-196.

Sostiene Michael Howard que “la paz no es un orden natural a la humanidad”⁷. A juicio de este historiador militar británico, la paz es un concepto artificial, intrincado y altamente volátil que necesita precondiciones y principios básicos para asentarse con firmeza como valor normativo tanto en el orden constitucional de los Estados de Derecho, como en el sistema de Derecho internacional.

Como valor constitucional, la paz posee una triple dimensión axiológica: en primer lugar, la dimensión *fundamentadora* del ordenamiento jurídico en su conjunto: en la Constitución española, por ejemplo, la paz forma parte de los valores superiores que inspiran e informan a todo el sistema jurídico-político (art. 10.1); en segundo lugar, la paz tiene también una dimensión *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados (sirvan como ejemplos el Preámbulo y el art. 11 de las constituciones de España e Italia respectivamente, en la que ambos países se comprometen a promover las relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra); por último, en tercer lugar, cabe resaltar la dimensión *crítica* de la paz como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas que puedan suponer una disconformidad o una infracción de este valor superior⁸.

Aunque en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados de Derecho la paz reviste el carácter de valor normativo, esa *communis opinio* respecto a la fuerza normativa del valor de la paz no implica que también haya acuerdo en la doctrina respecto al alcance del pacifismo constitucional. A este respecto, desde el punto de vista de la hermenéutica constitucional, Antonio E. Pérez Luño ha diferenciado dos clases de actitudes básicas entre los exégetas de la doctrina constitucionalista: el pacifismo condicionado o

⁷ M. HOWARD, *La invención de la paz. Reflexiones sobre la guerra y el orden internacional*, trad. esp. M. Armenteras, Salvat, 2001, p. 133.

⁸⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984 (2018, 12ª ed), p. 562.

sociológico y el pacifismo incondicional o ético (en mi opinión, el modelo de paz que defiende Kant)⁹.

Para quienes justifican su pacifismo manera condicionada, la paz es un término *ad quem*, un punto de llegada, y la guerra, por el contrario, un mal necesario o un último medio para conseguir la paz (previo cumplimiento de unas condiciones determinadas, como el equilibrio armamentista, el desarme progresivo, la superación de la política de bloques...).

A diferencia de quienes condicionan el pacifismo al cumplimiento de unos requisitos previos al desarrollo de la conciencia pacifista, hay otros autores que entienden la promoción de la paz y la erradicación de la guerra como un imperativo categórico. Para aquellos que defienden el pacifismo incondicional, la paz es un término *a quo*, es decir, el punto de partida de un insobornable compromiso ético para sustituir las relaciones internacionales basadas en el dominio de los pueblos más fuertes sobre los más débiles, el equilibrio entre los bloques basado en la desconfianza y el temor a una guerra nuclear, por el desarrollo de un orden interno e internacional basado en el imperio del Derecho, la solidaridad y la cooperación en la comunidad internacional.

Teniendo en cuenta la delicada situación en la que actualmente se encuentra la humanidad, ante la reaparición de la amenaza del estallido de la guerra atómica entre las superpotencias y las consecuencias devastadoras que un conflicto nuclear tendría sobre la vida en el planeta, Pérez Luño ha advertido con razón que la alternativa ya no consiste en elegir entre la paz o la guerra, sino entre la paz o la aniquilación de todo rastro de vida humana sobre la faz de la Tierra. Por eso, ante una disyuntiva tan terrible, la única opción real que nos queda es precisamente la del pacifismo incondicional o ético¹⁰.

⁹ Ibid., p. 563.

¹⁰ Ibid., pp. 566.

Por eso, ante el peligro de que la humanidad sufra una hecatombe de proporciones universales hasta el punto de convertir el planeta en un inmenso cementerio, resulta oportuno recordar la idea kantiana que afirma que en el estado de naturaleza de los hombres y los Estados existe una amenaza de guerra constante, por eso, concluye categóricamente Kant:

El estado de paz debe ser instaurado: [*Der Friedenszustand muss also gestiftet werden*]¹¹.

A este mismo imperativo ético de raíz kantiana ha aludido Gregorio Peces-Barba a propósito de la necesidad de promover los valores y la cultura de la paz:

La construcción de la paz perpetua exige mucho tiempo, pero tenemos cada día que esforzarnos por ella, como si fuera el único día para poderla instaurar¹².

Pudiera parecer que la defensa categórica de la paz que hace Kant tanto en *La paz perpetua* (1795) como en *La Metafísica de las costumbres* incurre en una especie de *contradictio in terminis* al dedicar varios epígrafes, dentro de la sección del Derecho de gentes (*das Völkerrecht*), al Derecho y la guerra en las tres etapas de la misma: en primera instancia, el derecho a la guerra (*das Recht zum Kriege*) de los Estados (la forma lícita por la que en el estado natural de los Estados uno de ellos, por su propia fuerza, reclama a otro su derecho cuando cree que éste le ha lesionado)¹³; en segundo lugar, el derecho durante la guerra (*das Recht im Kriege*) es el que -como el propio Kant reconoce- presenta más dificultades para

¹¹ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), *Kants Werke* (Band VIII), Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 349.

¹² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Reflexiones sobre la paz", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, EUEMA, Madrid, 1988, p. 278.

¹³ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 346.

formarse de él un concepto y pensar una ley en este estado sin ley (*inter arma silent leges*¹⁴) sin contradecirse así mismo, y añade:

tal ley tendría que ser, pues, la siguiente: hacer la guerra siguiendo unos principios tales que, siguiéndolos, continúe siendo posible salir de aquel estado de naturaleza de los Estados (en relación externa unos con otros) y entrar en un estado jurídico¹⁵.

En su cita del discurso de Cicerón en defensa de Milón, Kant demuestra su conocimiento de la tradición según la cual la guerra es ontológicamente antijurídica y, por ende, no sería susceptible de racionalización o normativización. Pero el filósofo prusiano, como certeramente comenta Francisco J. Contreras Peláez, no comparte este punto de vista¹⁶. En efecto, Kant nos muestra que es posible afirmar un *ius in bello* sin renunciar a la paz como valor que confiere sentido al proceso de juridificación y consiga evitar la destrucción completa del diálogo entre las partes en conflicto, es decir, que permita conservar una mínima base de entendimiento o, parafraseando a Habermas, que reúna las condiciones necesarias para realizar el ideal contrafáctico de una “comunidad ideal de comunicación” (*ideale Kommunikationsgemeinschaft*) sobre la que construir la futura paz definitiva: en este sentido, las condiciones básicas que definen el proceso comunicativo son la *racionalidad*, la *universalidad* y el *consenso*, y el *valor* que lo informa la *solidaridad*¹⁷.

¹⁴ M. T. CICERÓN, *Pro Milone* 4, 10.

¹⁵ *Ibid.*, 347. El texto subrayado corresponde a la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill en la edición española de *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 186.

¹⁶ F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Kant y la guerra. Una revisión de La paz perpetua desde las preguntas actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 117.

¹⁷ J. HABERMAS, “Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz”, en *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (eds. J. Habermas - N. Luhmann), Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1971, pp. 136 y ss; *Theorie des Kommunikativen Handelns* (Band 2), Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981, pp. 147 y ss.;

Junto al derecho a la guerra y el derecho durante la guerra, Kant contempla el derecho después de la guerra (*das Recht nach dem Kriege*) a partir del momento de la firma del tratado de paz entre las partes en conflicto, y atendiendo a sus consecuencias, consiste en que el vencedor ponga al vencido unas condiciones incluidas en dicho tratado, pero excluyendo aquellas exigencias que, además de injustas, sometan, humillen o nieguen las instituciones y las libertades civiles de los ciudadanos del Estado vencido (en suma, se trata de impedir a toda costa que se terminen imponiendo condiciones leoninas al vencido, exigencias propias de una guerra punitiva en la que el vencedor se permite decidir la suerte y el futuro de su adversario tras derrotarlo).

Por otra parte, tampoco puede derivarse de una guerra que pretenda ser justa ni la exigencia de la restitución de los gatos de guerra por parte del vencido al vencedor, ni la esclavitud del pueblo que ha sido derrotado. El posicionamiento de Kant contra la guerra punitiva (*bellum punitivum*) es rotundo y se resume en esta última frase del apartado 58 de *La Metafísica de las costumbres*:

En el concepto de tratado de paz se contiene ya que la amnistía (*die Amnestie*) está también unida a él¹⁸.

En definitiva, frente a la costumbre tradicional *bellum parare pace* (prepararse para la guerra en tiempo de paz), Kant propone el ideal *pacem parare bello* (preparar la paz ya durante la guerra), convencido de que la guerra terminará un buen día y que entonces será inevitable el entendimiento entre los que hasta ese momento fueron enemigos¹⁹.

cf., A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995 (2ª ed.), p. 95.

¹⁸ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 349. El texto subrayado corresponde a la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill en la edición española de *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 189.

¹⁹ I. KANT, *Reflexionen* (nº 8070), *Kants Werke (Band XIX)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der

De acuerdo con la doctrina del *ius in bello*, en especial la que sigue la interpretación del *ius gentium* de Marco Tulio Cicerón, Francisco de Vitoria e Immanuel Kant, el derecho de la guerra es informado por dos principios básicos: el principio de proporcionalidad y el principio de discriminación.

A la proporcionalidad en la medida del castigo se refiere Cicerón cuando advierte que:

hay una medida en la venganza y en la represalia²⁰.

También Francisco de Vitoria en su relección jurídica *De indis posterior seu de iure belli* (1539) invoca la proporcionalidad en la guerra al proclamar:

la medida del castigo debe estar de acuerdo con la gravedad del delito²¹.

Por lo que concierne a Kant, del mismo modo que muestra su postura contraria a la guerra punitiva, la cual justifica aduciendo que el castigo solo puede imponerse en una relación entre un superior (*imperantis*) y un subordinado (*subditum*), relación que en ningún caso existe entre los Estados, tampoco está dispuesto a aceptar ni la guerra de exterminio (*bellum internecinum*), ni la guerra de sometimiento (*bellum subiugatorium*), porque eso significaría

la aniquilación moral de un Estado [*eine moralische Vertilgung eines Staats*]²².

Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 601.

²⁰ M. T. CICERÓN, *De officiis*, I, 11, 34.

²¹ F. de VITORIA, *De indis posterior seu de iure belli*, en *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*, edición de L. Frayle Delgado y J-L. Martínez Cardós Ruiz, Tecnos, Madrid, 2007 (3ª ed.), p. 176.

²² I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 347; *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., pp. 346-347.

Respecto al segundo principio inspirador del *ius in bello* (el principio de discriminación) pretende que no se emplee la fuerza de forma indiscriminada en la guerra, de manera que se individualice adecuadamente los objetivos legítimos de la violencia; por ello, la distinción más importante a tal efecto, escribe Briand Orend, es la que diferencia entre combatientes y no combatientes²³. Norberto Bobbio distingue, a su vez, cuatro tipos de discriminaciones o limitaciones: 1.- respecto a las personas: beligerantes-no beligerantes; 2.- respecto de las cosas: objetivos militares-objetivos civiles; 3.- respecto de los medios: armas lícitas-armas ilícitas; 4.- respecto de los lugares: delimitación de las zonas de guerra²⁴.

En resumidas cuentas, Kant percibe la guerra como un medio desafortunado propio del estado de naturaleza; allí donde no hay racionalidad ni leyes para dirimir las diferencias se impone la fuerza, de ahí la necesidad de embridar el poder destructivo de la guerra y sus injusticias con el *ius in bello* (última ratio para evitar que el exterminio y la barbarie entre los Estados acabe haciendo posible la destrucción de ambas partes beligerantes y con ello de todo derecho, hasta el punto de que solo sería posible

la paz perpetua sobre el gran cementerio del género humano [*den ewigen Frieden nur auf dem grossen Kirchhofe der Menschengattung statt finden lassen würde*]²⁵.

2. Peculiaridades del proyecto pacifista de Immanuel Kant

Para entender en toda su complejidad el proyecto irenista de Immanuel Kant hay que compararlo con otras propuestas irenistas e

²³ B. OREND, *War and International Justice: a Kantian Perspective*, Wilfried Laurier University Press, Waterloo (Ontario, Canadá), 2000, p. 50.

²⁴ N. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. esp., J. Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1992 (2ª ed.), pp. 59-60.

²⁵ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., p. 347.

internacionalistas de la Ilustración previas a la suya, como las del abate de Saint Pierre y Jean-Jacques Rousseau.

Sin embargo, a diferencia de ambos autores, el modelo de paz perpetua kantiano no queda restringido exclusivamente al área europea, sino que tiene una profunda vocación humanista-cosmopolita: hay un objetivo común y universal al que debe consagrarse cada ser humano por encima de sus intereses y fines individuales: la conquista del bien común de la humanidad.

No obstante, hay que precisar que, dada su “insociable sociabilidad” (*ungesellige Geselligkeit*), la paz no es un bien natural entre los hombres, sino que previamente debe conquistarse y, seguidamente, instaurarse de forma definitiva²⁶.

Como hemos visto, la guerra, entendida como un disvalor opuesto al valor de la paz, supone una violencia institucionalizada entre diversas sociedades políticas cuya supresión no depende tan sólo de la moral de los gobernantes, sino que también requiere una solución jurídico-política de carácter institucional que, según Antonio Truyol y Serra, consistirá en

la transferencia del monopolio legal de la fuerza de manos de los Estados a una organización dotada de un poder legislativo y un poder ejecutivo propio sobre la base de un Estado de Derecho mundial, en el respeto de la identidad de los pueblos²⁷.

Hasta que no se constituya esa especie macro-Estado mundial, las relaciones internacionales entre los Estados y los individuos

²⁶ Ibid., pp. 348-349.

²⁷ A. TRUYOL Y SERRA, “A modo de introducción: *La paz perpetua* de Kant en la historia del Derecho de gentes”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant*”, edición de R. Rodríguez Aramayo, J. Muguerza y C. Roldán, Tecnos, Madrid, p. 29.

habrán de regirse por el Derecho cosmopolita (*ius cosmopolitanum*, *Weltbürgerrecht*), al que Kant define como

el que conduce a la posible unión de todos los pueblos con el propósito de establecer ciertas leyes universales para su posible comercio²⁸.

En efecto, el *ius cosmopolitanum* debe limitarse a lo que el pensador de Königsberg denomina “condiciones de la hospitalidad general” (*auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität*), es decir, el derecho de los ciudadanos de cualquier Estado a circular libremente por el planeta sin que, debido a su condición de extranjeros, sean recibidos con hostilidad allí donde lleguen. Se trata de un “derecho de visita” (*Besuchsrecht*), que recuerda mucho al *ius communicationis* de Francisco de Vitoria, y que asiste por igual a todos los hombres.

en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la Tierra²⁹.

Este fundamento jurídico demuestra la falta de consistencia de todas aquellas acusaciones que, desde hace más de doscientos años, han denunciado el carácter quimérico, excesivamente filantrópico y escasamente realista del proyecto de paz kantiano³⁰. De hecho,

²⁸ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 352- El texto subrayado corresponde a la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill en la edición española de *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 192.

²⁹ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., pp. 357-358.

³⁰ Desde la publicación de *Zum ewigen Frieden*, en 1795, se ha abierto un intenso debate en torno a la ingenuidad o la viabilidad del proyecto de paz kantiano. Así, por ejemplo, resultan elocuentes las apreciaciones que, en uno y otro sentido, realizaron en su día dos contemporáneos de Kant: Sylvestre Chauvelot y Johann Benjamin Erhard. Así, mientras que el primero de ellos dirigió una carta a Kant fechada el 18 de noviembre de 1796 en la que le reprochaba lo siguiente: “L’Abbé de Saint Pierre et vous, Monsieur, vous aves donc voyagé dans le pays des chimeres”, el segundo, en cambio, no compartía la equiparación (en sentido negativo) que algunos autores hacían entre el proyecto de paz de Saint Pierre y el de Kant, tal y como se desprende de la epístola enviada a Kant el 15 de abril de 1795. Cfr.,

es el propio Kant el que, en las últimas páginas de *Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en la teoría, pero no vale para la práctica* (1793), deja entrever que su idea de construir un Estado universal de pueblos, en la cual se aprecia el influjo directo de Saint Pierre y Rousseau, es -en cuanto al Estado mundial de Derecho- un principio regulativo para cumplir con el deber de eliminar la guerra³¹.

Para solucionar este problema, Kant propone una filosofía de la historia en clave cosmopolita que permita conciliar la teoría con la práctica, o, expresado en otros términos, de la moral con la política³².

No hay, por consiguiente, ningún conflicto objetivo entre ambas magnitudes (teoría y práctica): lo que vale como fundamento racional para la primera, sirve también para la segunda a partir de un oculto designio de la Naturaleza. Dos años después, en *La paz perpetua*, Kant se reafirmará aún con mayor convicción en esta opinión:

Los principios puros del Derecho tienen realidad objetiva, es decir, que se pueden realizar, y (...) deben también ser tratados por el pueblo en el Estado y, además, por los Estados entre sí, objeto lo que quiera la política empírica. La verdadera política no puede dar un paso sin antes haber rendido homenaje a la moral (...) pues ésta corta el nudo que aquélla no puede solucionar, en cuanto discrepan una de otra. El derecho de los hombres debe mantenerse

S. CHAUVELOT, "Chauvelots Brief", en *Kants Briefwechsel (III)*, en *Kants gesammelte Schriften (XII)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1922, p. 116. J. B. ERHARD, "Erhards Brief", en *Kants Briefwechsel (III)*, cit., p. 51.

³¹ P. BURG, *Kant und die Französische Revolution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 254.

³² I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, *Kants Werke (Band VIII)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, pp. 312-313.

sagrado, por grandes que sean los sacrificios del poder dominante³³.

Al inicio del artículo se hizo alusión a la relación implícita que existe entre la actual escalada bélica y la apelación a la retórica del nacionalismo por parte de quienes inician las guerras. Frente a este auge del filonacionalismo belicista sería oportuno reivindicar el humanismo-cosmopolita y el republicanismo de Immanuel Kant como contraargumentos universales válidos para el establecimiento de un estado de paz mundial permanente. Por otro lado, conviene recordar que la iusfilosofía kantiana es depositaria tanto de los valores más arraigados de la tradición iusnaturalista racionalista y de los principios básicos del contractualismo³⁴.

Visto desde una perspectiva actual, resulta curioso el modo en el que los filósofos afines a la Revolución Francesa, entre los cuales se encontró inicialmente Kant, lograron armonizar en su particular idea de nación dos sentimientos que nos parecen tan contradictorios: por un lado, el amor a la patria y, por otro, el amor a la humanidad³⁵. En una época en la que, como sostiene Domenico Losurdo, ser patriota (en el sentido republicano de la palabra) equivalía a simpatizar con las ideas revolucionarias, Kant se mostró muy receptivo inicialmente hacia los principios proclamados por las Declaraciones de derechos y las constituciones de la Revolución francesa, según se desprende de la mayoría de sus escritos filosófico-políticos publicados a lo largo de la década de los noventa del siglo XVIII³⁶.

³³ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., p. 380.

³⁴ F. H. LLANO ALONSO, *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2002, p. 81.

³⁵ A. GUYOT, "La civilisation européenne", en *La Révolution française*, Feliz Alcan, Paris, 1930, p. 532; cfr., M. VIROLI, *Por amor a la patria. Un ensayo sobre el patriotismo y el nacionalismo*, trad. cast., P. Alfaya, Acento, Madrid, 1997, p. 121.

³⁶ D. LOSURDO, *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*, trad. fr., J.-M. Buée, Presses Universitaires de Lille, Lille, 1993, pp. 159 y ss. Cfr., T. BEVC,

A propósito de la Revolución Francesa hay un pasaje especialmente significativo en *El Conflicto de las Facultades* (1798) en el que Kant intuye la importancia que este acontecimiento tendrá para el futuro de la humanidad:

Esta revolución de un pueblo lleno de espíritu, que estamos presenciando en nuestros días, puede triunfar o fracasar, puede acumular tal cantidad de miseria y de crueldad que un hombre honrado, si tuviera la posibilidad de llevarla a cabo una segunda vez con éxito, jamás se decidiría a repetir un experimento tan costoso, y, sin embargo, esta revolución, digo yo, encuentra en el ánimo de todos los espectadores (que no están complicados en el juego) una *participación* de su deseo, rayana en el entusiasmo, cuya manifestación, que lleva aparejado un riesgo, no puede reconocer otra causa que una disposición moral del género humano³⁷.

Al hilo de este fragmento, se ha comentado que Kant considera la experiencia revolucionaria como “un escenario de sucesos trágicos que provoca un entusiasmo moral”³⁸. Es más, podría añadirse, ante el teatro de la historia de la humanidad, el pensador de Königsberg se siente como un espectador en busca de una señal que le indique cuál es la tendencia moral del género humano en su totalidad (no del hombre en sentido individual)³⁹.

“Revolution oder Reform? Kants Weg zur republikanischen Denkungsart im Streit der Fakultäten”, en *Kants als politischer Schriftsteller*, ed. T. Stammen, Ergon Verlag, Würzburg, 1999, pp. 173-201.

³⁷ I. KANT, *Der Streit der Fakultäten, Kants Werke (Band VII)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, pp. 105-106.

³⁸ J. L. VILLACAÑAS, *Kant y la época de las revoluciones*, Akal, Madrid, 1997 p. p. 13.

³⁹ A diferencia de otros pensadores ilustrados, como Rousseau, Kant supedita el individuo a la especie humana. Esta subordinación se explica si tenemos en cuenta el pesimismo con el que Kant valora la condición natural de los hombres, cuyas

En todo caso, según parece deducirse del texto anteriormente citado, Kant encuentra en la Revolución francesa ese evento extraordinario, el *signum prognostikon*, que le ayudará a predecir cómo evolucionará en el futuro la humanidad. Por otro lado, la causa principal del entusiasmo popular generado por la Revolución se debe a que detrás de ésta se mueven, en palabras de Norberto Bobbio, “dos fuerzas morales”⁴⁰: de un lado, opera el derecho natural que tienen todos los pueblos a dotarse, sin impedimento alguno, de la constitución que más les convenga; de otro lado, actúa un fin dirigido a evitar cualquier guerra agresiva, aunque para ello es imprescindible que la constitución que se apruebe sea republicana, pues sólo este modelo constitucional garantizará que el Estado quede vinculado al Derecho como condición de posibilidad de aquél.

Además de la gran aportación kantiana al Estado de Derecho y la garantía de las libertades y los derechos dentro de un orden constitucional republicano, es digna de especial mención la decisiva

disposiciones morales, que propenden al uso de la razón, habrán de desarrollarse en la especie, no en el individuo, pues “a partir de una madera tan retorcida como de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto”; cfr., I. KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, *Kants Werke (Band VIII)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 23. Esta misma metáfora será empleada posteriormente en *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, *Kants Werke (Band VI)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 100. Como es sabido, para Kant, el hombre, como ser dotado de racionalidad y de condiciones suficientes para asociarse con otros congéneres mediante pactos o contratos, deberá colaborar activamente en la creación de un sociedad civil y un Estado. Además, si tenemos presentes los ideales cosmopolitas defendidos por Kant en sus obras filosófico-políticas más relevantes, no ha de extrañarnos el hecho de que exigiera a todos los individuos que se coimplicaran activamente en un objetivo común y universal: la conquista del bien de la humanidad; cfr., G. SOLARI, “Il concetto di società in Kant”, en *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 258; F. WEIL, “Kant et le problème de la politique”, en *La philosophie politique de Kant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1962, p. 8.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino, 1969 (2ª ed.), p. 261.

contribución teórica realizada por el pensador prusiano para el desarrollo de los fundamentos e instituciones primordiales del Derecho internacional contemporáneo. Al mismo tiempo, junto a ese impulso renovador del clásico *ius gentium*, Kant eleva a su máximo exponente los ideales humanistas y racionalistas de la Ilustración, de la que fue su último gran valedor⁴¹.

En este sentido, como ha observado Antonio Enrique Pérez Luño, existe una “necesaria correlatividad” entre la noción que tenía Kant del Estado de Derecho y su idea de los derechos humanos, cuya teoría, como hoy la conocemos, sería inconcebible de no haber mediado la impronta kantiana; de ahí que este autor concluya afirmando que:

No es posible ignorar que la doctrina kantiana de la libertad y del Estado de Derecho tiene un trasfondo teórico constituido por la tradición iusnaturalista; y unos estímulos histórico-políticos inmediatos: los acontecimientos de la Revolución francesa y las propias vicisitudes del Estado prusiano, en el que Kant desarrolló su vida y su obra⁴².

La perspectiva desde la cual contempla Kant la realidad jurídica y política de su tiempo es la propia del cosmopolitismo. En efecto, a diferencia de otros filósofos de su época, más cercanos al espíritu del Romanticismo y a la sensibilidad historicista, Kant se destaca por la voluntad de universalidad que impregna su pensamiento. Frente a quienes pretendían destacar los caracteres distintivos de la cultura germana, considerados como un contrapunto a la presión uniformadora de la *Aufklärung* (este era el caso de Hamann y su

⁴¹ K. POPPER, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. esp. N. Míguez, Paidós, Barcelona, 1983, p. 220.

⁴² A. E. PÉREZ LUÑO, “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en “Kant y los derechos humanos”, a su vez en *Historia de los derechos fundamentales (Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II: La filosofía de los derechos humanos)*, directores: G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García y R. de Asís Roig, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2001, pp. 451-483.

discípulo Herder), Kant antepuso un modelo de reflexión crítica y objetiva que conceptúa a la razón como la prueba fehaciente de que todos los seres humanos pertenecen, sin discriminación alguna, a una misma familia: el género humano⁴³.

Hay que tener en cuenta que, para Kant, la humanidad es una *res sacra* que se sitúa por encima de cualquier argumento excluyente; es más, en su opinión, ningún hombre, en cuanto sujeto de la ley moral que se funda en la autonomía de la voluntad, puede ser utilizado como un medio solo (ni siquiera por Dios), sino que debe considerársele como un “fin en sí mismo” (*Zweck an sich selbst*)⁴⁴.

En el pensamiento kantiano hay una clara subordinación de la política a la moral. En el ámbito del *ius gentium* esta supeditación exige una previa aceptación del género humano como sujeto principal de las relaciones jurídicas internacionales, de las que, por otro lado, son agentes los Estados; obviamente, este requisito responde a una visión global e integradora de los derechos del hombre, cuya vigencia es universal, prueba de ello es que, parafraseando a Kant, cuando se produce la violación de cualquier derecho en un punto de la Tierra, ésta produce una especie de efecto dominó que termina repercutiendo en los demás lugares del planeta⁴⁵.

Sin embargo, y Kant parece ser consciente de ello, una cosa es la defensa *in thesi* de los derechos y las libertades de los hombres, en cuanto seres racionales que gozan de plena autonomía, y otra muy distinta es conseguir que tales derechos lleguen a tener *in*

⁴³ M. GARCÍA MORENTE, *La filosofía de Kant. Una introducción a la Filosofía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1986 (3ª ed.), p. 110. Cfr., E. F. SAUER, *Filósofos alemanes. De Eckhart a Heidegger*, trad. esp. M. Martínez, Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1973, p. 100; J. L. VILLACAÑAS, *La quiebra de la razón ilustrada: Idealismo y Romanticismo*, Cincel, Madrid, 1990, pp. 68 y ss.

⁴⁴ I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), *Kants Werke* (Band V), Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, pp. 87 y 131-132.

⁴⁵ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., p. 360.

hipothesi una verdadera eficacia jurídica en el marco de las relaciones interestatales. En este sentido, Kant se muestra sumamente crítico con el sistema europeo de Estados (*das europäische Staatensystem*), instaurado a raíz de la Paz de Westfalia (1648), y con el principio de equilibrio de potencias, concebido como un medio útil para asegurar el orden y el *statu quo* en el organigrama político del Viejo Mundo:

En ninguna otra parte se muestra la naturaleza humana menos digna de ser amada que en las relaciones mutuas entre los pueblos. Ningún Estado está seguro frente a otro, ni por un momento, en lo que respecta a su independencia o patrimonio. Siempre existe la mutua voluntad de subyugarse o de reducir la posesión; y el armamento de defensa, que a menudo torna la paz más agobiante y ruinosa para el bienestar interior que la propia guerra, nunca disminuye (...); pues una paz duradera, mediante el llamado equilibrio de las potencias en Europa es una mera quimera, como la casa de Swift, tan perfectamente construida por un arquitecto, según todas las leyes del equilibrio, que se vino abajo al posarse un gorrión sobre ella⁴⁶.

4. *La pervivencia del proyecto kantiano de paz perpetua en la propuesta de democracia cosmopolita de Jürgen Habermas*

De todas las formulaciones del cosmopolitismo kantiano realizadas en los últimos años, una de las que más se ha empeñado en demostrar la contemporaneidad y la validez de sus principales argumentos es, sin ningún género de dudas, la de Jürgen Habermas. A diferencia de otros intentos de actualizar el legado humanista-cosmopolita kantiano, como los de John Rawls y Martha C. Nussbaum⁴⁷,

⁴⁶ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, cit., pp. 312-313.

⁴⁷ Cfr., J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1999; M. C. NUSSBAUM, "Kant and Cosmopolitanism", en *Perpetual Peace. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*, ed. J. Bohman and M. Lutz-Bachmann, Cambridge (Massachusetts)-London, 1997, pp. 25-57. Cfr., F. H.

la reformulación habermasiana trata de moverse por un interés práctico que permita contemplar el ideal universalista kantiano a la luz del actual estado de cosas en el mundo.

Esta relectura habermasiana presenta otra nota distintiva respecto a la de Rawls y Nussbaum: que se orienta en su vertiente más prepositiva hacia la transformación de las Naciones Unidas en una especie de democracia cosmopolita con forma de Estado mundial o de Estado federal posnacional, concepto este que espanta tanto a Rawls como a Nussbaum, y la modificación del derecho internacional vigente en clave cosmopolita.

El planteamiento habermasiano es, sobre todo, ambicioso e innovador, pues no se queda sólo en un simple ejercicio de “arqueología de ideas”, parafraseando a Juan Carlos Velasco, sino que da un paso más en la senda iniciada hace doscientos años por Immanuel Kant⁴⁸.

Finalmente, hay una tercera característica que distingue claramente la tesis universalista habermasiana de las abstractas propuestas teóricas de Rawls y Nussbaum: la certeza de que ningún proyecto cosmopolita podrá nunca llegar a materializarse, y mucho menos si tiene como fin la instauración de una democracia cosmopolita (tal como pretende Habermas), si previamente no se ha constituido una sociedad civil mundial compuesta por las asociaciones de intereses, las organizaciones no gubernamentales, los movimientos o plataformas cívicas y, en definitiva, todas aquellas instituciones que den cuerpo a una auténtica cultura política común de toda la humanidad⁴⁹.

LLANO ALONSO, “El *Ius gentium* y la idea liberal de un orden mundial justo en John Rawls”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 55, 2021, pp. 107-130.

⁴⁸ J. C. VELASCO ARROYO, “Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano”, *Isegoría*, nº 16, 1997, pp. 108-109.

⁴⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994 (2ª ed.), p. 643.

La tesis de Habermas sobre la democracia cosmopolita (*die kosmopolitische Demokratie*) no parte *ex novo* de una serie de presupuestos filosóficos originales, sino que, como él mismo reconoce, se inserta dentro de esa misma corriente doctrinal universalista-pacifista en la que, como ya sabemos, en su día destacaron Saint Pierre, Rousseau, Bentham y, sobre todo, Kant. En efecto, como el propio Habermas ha reconocido en un artículo escrito a propósito del bicentenario de *La paz perpetua*, el hecho de que Kant introduzca el Derecho cosmopolita como una tercera dimensión u orden jurídico que complementa al Derecho estatal y al Derecho internacional, constituye “una innovación de gran trascendencia” (*eine folgenreiche Innovation*) para la Teoría del Derecho⁵⁰.

Desde el punto de vista kantiano, cada Estado de Derecho tiene en su interior una constitución republicana o Derecho político (*ius civitatis, Staatsbürgerrecht*) que, a su vez, necesita proyectarse al exterior en un orden jurídico global que congregue a los pueblos y elimine las guerras de forma definitiva. Para este cometido están previstas las normas del Derecho de gentes (*ius gentium, Völkerrecht*) que regulan tan sólo transitoriamente la paz y la guerra, por lo menos hasta que el pacifismo jurídico haya logrado crear un ordenamiento jurídico cosmopolita (*ius cosmopoliticum, Weltbürgerrecht*) que logre la total abolición de la guerra⁵¹.

Como vemos, Habermas está dispuesto a reivindicar, por un lado, el universalismo y las mismas aspiraciones morales que orientaron en su momento al proyecto de paz perpetuo kantiano, pero, por otra parte, es consciente de que tanto la terminología (iusnaturalista-racionalista) empleada por Kant, como la experiencia y el contexto histórico de su época (finales del siglo XVIII) no son los mismos de hoy, pues han ido cambiando en el transcurso de dos siglos; de ahí que muchas de esas categorías e ideas avanzadas por el

⁵⁰ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, p. 192.

⁵¹ I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 346; *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 354.

pensador de Königsberg en su opúsculo merezcan, a juicio de Habermas, una actualización y un posterior desarrollo⁵².

Antes de acometer dicha actualización, Habermas nos recuerda las tres premisas centrales de la argumentación kantiana, que se resumen a su vez en los siguientes pasos: 1.- la definición de un objetivo inmediato como es el de la paz perpetua; 2.- la descripción del propio proyecto, cuya forma jurídica es la federación de pueblos; y tercero, la búsqueda de una solución de filosofía de la historia al problema planteado, que consistiría en realizar la idea de un orden cosmopolita. A propósito de tales premisas, Habermas lleva a cabo una interesantísima reflexión en la que, entre otras cuestiones, se plantea dos preguntas cruciales: a) ¿cómo se presenta la idea kantiana de paz perpetua a la luz de la historia de los doscientos últimos años? b) ¿cómo puede ser reformulada esta idea en relación a la situación del mundo actual (empezando por la guerra en Ucrania)?

A continuación veremos cuál ha sido la respuesta que Habermas ha dado a cada una de estas preguntas, qué propuestas teóricas se derivan de las mismas, y en qué medida ha logrado Habermas actualizar el proyecto kantiano y, en su caso, mejorarlo.

1.- La primera consideración importante de Habermas respecto a la aplicabilidad del legado universalista kantiano a nuestra época se remite directamente al *Primer artículo definitivo* de *La paz perpetua*. Como es sabido, en este artículo Kant parte de la convicción de que la constitución civil de todo Estado de Derecho debe ser republicana por dos motivos fundamentales: a) por la “pureza de su origen” (ya que surge del concepto de Derecho”, y b) porque es la causa de una consecuencia deseada (la paz perpetua). Para Kant existe, por tanto, una relación de proporcionalidad entre la forma de gobierno republicana y el grado de pacifismo y racionalidad de los Estados de Derecho, lo cual, llevado al ámbito de las relaciones

⁵² J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., pp. 192-193.

internacionales, le anima a confiar plenamente en el efecto positivo que una federación de republicas puede tener para la paz mundial y el bienestar de la humanidad. Esta conclusión tan optimista de Kant respecto a las virtudes políticas de la constitución republicana se ve reforzada por la influencia decisiva que, según el pensador prusiano, tiene el grueso de la ciudadanía como opinión pública (que, por lo demás, tiende a considerar la paz como un valor y a la guerra como un disvalor) en la política externa en cualquier Estado de Derecho:

Si es precisa la aprobación de los ciudadanos (como no puede ser de otro modo en esta constitución (republicana) para decidir 'si debe haber guerra o no', es muy natural que se piensen mucho el comenzar un juego tan maligno, ya que deberían sancionar sobre sí todos los sufrimientos de la guerra (...); por el contrario, en una constitución en la que el súbdito no es ciudadano, y que, por tanto, no es republicana, la guerra es la cosa más sencilla del mundo, porque el jefe de Estado no es miembro del Estado sino su propietario"⁵³.

Para Habermas, empero, este optimismo kantiano respecto a la dinámica pacificadora de los Estados de Derecho carece hoy en día de fundamento, es más, puntualiza este autor, de hecho empezó a perder sentido desde el momento en el que irrumpió en el panorama de la política europea decimonónica la ideología nacionalista (que Kant llegó a intuir, pero que nunca conoció de modo directo). Conviene prestar atención a esta circunstancia, porque con la aparición de los primeros movimientos nacionales la tradicional búsqueda de autoafirmación de la soberanía de los Estados será reemplazada por una lucha en pro de la libertad e independencia nacional. Como es sabido, a partir de ese momento, el patriotismo republicano clásico se convertirá en un patriotismo a secas que exigirá a los ciudadanos (o mejor dicho, súbditos), más que un compromiso con las instituciones y el ordenamiento jurídico de su

⁵³ I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 351.

Estado, un sacrificio absoluto en aras de un valor superior tan abstracto como el de pueblo o la patria. Esto quiere decir, aclara Habermas, que en la medida en que los Estados nacionales, por muy democráticos que sean, secunden los fines del nacionalismo, identifiquen a los ciudadanos con sus respectivos Estados, dada la naturaleza belicosa y excluyente del nacionalismo, no cabe sostener que el Estado nacional sea más pacífico que su antecesor, el Estado autoritario dinástico⁵⁴.

Paradójicamente es el mismo Habermas quien, tras poner de relieve el hecho de que también los Estados democráticos (no solo autoritarios) han recurrido históricamente a la fuerza militar para resolver sus conflictos, terminará exculpando a Kant de su desmedido entusiasmo u optimismo republicano; en este sentido admite incluso que Kant no pudo prever que la movilización masiva de los soldados conscriptos inflamados de sentimiento nacionalista podría conducir a una época de guerras de liberación devastadoras e ideológicamente ilimitadas⁵⁵.

Por si esta matización (por no decir rectificación) no fuera suficiente, y después de haber marcado distancias respecto al optimismo republicano de Kant, no deja de resultar curioso que sea el propio Habermas quien acabe coincidiendo con el filósofo de Königsberg en la constatación de un hecho evidente:

Tampoco es totalmente falso el pensamiento de que una situación democrática en el interior sugiere una conducta pacifista del Estado hacia fuera. Investigaciones histórico-estadísticas muestran que aunque los Estados constituidos democráticamente no tienen menos guerras que los

⁵⁴ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., p. 200.

⁵⁵ *Ibid.*

regímenes autoritarios (de una u otra clase), se comportan empero en las relaciones entre sí de modo menos belicista⁵⁶.

2.- Otro motivo por el que Habermas cree necesario reformular algunas de las tesis mantenidas por Kant en *La paz perpetua* se halla en la confluencia entre el *Tercer artículo definitivo* y la parte final del *Suplemento primero* de esta obra. En efecto, si superponemos lo que defiende Kant en ambos epígrafes y, haciendo un ejercicio de abstracción, nos retrotraemos a la época y lugar en el que aquél vivió, nos resultará fácil llegar a esta conclusión: que, a medida que el Derecho cosmopolita vaya consolidándose en el seno de la sociedad internacional, también se irá garantizando progresivamente el derecho a la libre circulación de personas, mercancías e información alrededor del planeta. A su vez, para Kant, esa comunicación entre personas, y ese intercambio de bienes y de información estaría inspirado por un espíritu comercial (*der Handelsgeist*), que no puede coexistir con la guerra y que, antes o después, se apodera de todos los pueblos⁵⁷.

En otras palabras, en la creciente interdependencia (mercantil, comunicativa, política...) de las sociedades de su tiempo, Kant percibió una tendencia a favor de la asociación política de los pueblos; de hecho, estas sociedades serían las mismas que desde la Edad Media habrían estado conformando un incipiente mercado mundial en el que sus miembros (los Estados, e indirectamente los individuos) estarían interesados en mantener y asegurar unas relaciones pacíficas.

Ante esta nueva muestra de optimismo pacifista por parte de Kant, Habermas reprocha al pensador de Königsberg el hecho de no haber previsto las tensiones sociales que a lo largo del siglo XIX se producirían con el desarrollo del capitalismo, del proceso de industrialización y del consiguiente conflicto de clases, todos ellos

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 368.

factores condicionantes de la paz social dentro de un Estado y, en combinación con la ideología nacionalista, capaces de dirigir su política exterior por las vías del imperialismo belicista (tal fue el caso, por ejemplo, de la colonización y explotación económica del continente africano llevada a cabo por las principales potencias europeas hasta la primera mitad del siglo XX). Hecho este reproche a Kant, resulta cuando menos sorprendente que sea Habermas quien, tras estudiar los efectos de la globalización contemporánea (como la deslocalización de la economía y de los mercados financieros, la eclosión de las nuevas tecnologías o la aparición de empresas transnacionales y de entidades bancarias con un volumen de operaciones superior al Producto Nacional Bruto de casi un centenar de países miembros de la ONU), acabe *descubriendo* que la globalización pone en cuestión los presupuestos esenciales del Derecho internacional clásico: la soberanía de los Estados y las nítidas distinciones entre política interior y exterior⁵⁸.

Pero se trata de un descubrimiento solo aparente de Habermas, pues dos siglos antes Kant ya había propuesto, con una conciencia claramente transnacional, la paulatina transición del Derecho de gentes al Derecho cosmopolita.

3. Tras criticar a Kant por su credulidad respecto a los efectos pacíficos que se desprenden tanto de las repúblicas, como de la fuerza asociativa de los mercados globales y de la presión normativa de la esfera pública liberal, el mismo Habermas concluye que estas tres tendencias “se encuentran hoy en una constelación imprevisible”, es decir, están sometidas a los constantes vaivenes propios de un mundo en cambio, cada vez más complejo y globalizado. En suma, viene a decir Habermas, una vez sea superada la diferencia cronológica que nos separa de Kant y de su planteamiento teórico, pensado para la comunidad internacional de su época, será necesario realizar un esfuerzo serio para tratar de adaptar y adecuar las instituciones de ese proyecto de paz

⁵⁸ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., p. 202.

perpetua a nuestro presente, a nuestra realidad histórica. Por lo tanto, lo que Habermas intenta hacer -aunque sin renunciar en absoluto al sentido universal y moral que guía el ideal kantiano de pacificación del estado de naturaleza entre los Estados es, ante todo, ampliar formalmente el marco del derecho cosmopolita, así como proveerle de un contenido material preciso (a través de una buena fundamentación y una efectiva positivación de los derechos humanos) para, a partir de ahí, avanzar con resolución hacia la constitución de una democracia cosmopolita⁵⁹.

Para la reforma del actual sistema de Derecho internacional y el establecimiento de una democracia universal sobre la base del Derecho cosmopolita, Habermas presenta tres propuestas:

a) El establecimiento de un parlamento mundial que haga que las Naciones Unidas dejen de ser concebidas como “un congreso permanente de Estados”, o sea, que su Asamblea General deje de ser una simple asamblea de las delegaciones gubernamentales y se convierta en una especie de Consejo Federal cuyas competencias estarían divididas en dos cámaras.

En este parlamento no estarían representados pueblos a través de sus gobiernos, sino por medio de representantes elegidos por la totalidad de ciudadanos del mundo. Los países que se negaran a la elección de los diputados (respetando a sus minorías nacionales), serían representados en el ínterin por organizaciones no gubernamentales que el

⁵⁹ La necesidad del establecimiento de un orden cosmopolita se explica, según Habermas, por el hecho de que los derechos humanos mantienen “una débil validez según el Derecho internacional y esperan aún su institucionalización en el marco de un orden cosmopolita, tan solo en proceso de formación”. Para este autor, “el establecimiento de un orden cosmopolita significa que las violaciones de derechos humanos no son juzgadas y combatidas *directamente* desde el punto de vista moral, sino como acciones criminales en el marco de un ordenamiento jurídico estatal, esto es, según procedimientos jurídicos institucionalizados”; cfr., J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., P. 226.

propio parlamento mundial dispusiera como representantes de las poblaciones reprimidas⁶⁰.

Obsérvese cómo en esta nueva sociedad cosmopolita Habermas, a diferencia de Kant, le concede mayor protagonismo a los ciudadanos que a los Estados, dado que los límites de la soberanía estatal no son hoy, desde luego, tan infranqueables como lo fueron durante la Ilustración, y también porque, a su juicio, el ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse⁶¹.

b) La creación de una Corte Internacional con jurisdicción en todo el mundo y con capacidad de dictar sentencias vinculantes, es decir, que no se limite, como ocurre con el Tribunal Internacional de La Haya, a las funciones de un mero tribunal arbitral. Las competencias de esta Corte Internacional deberían, por tanto, extenderse más allá de las relaciones interestatales y llegar a impartir justicia también en aquellos conflictos surgidos entre personas individuales, o entre ciudadanos particulares y sus gobiernos -aquí Habermas sigue claramente la doctrina iusirenista postulada por Hans Kelsen en su libro *Peace through Law* (1944)⁶².

En cuanto a la precaria situación institucional de la justicia penal internacional Habermas se muestra partidario de su institucionalización permanente, es decir, desea que no sea establecida sólo ad hoc, para casos concretos como el de la extinta Yugoslavia (tén-gase en cuenta que Habermas defiende esta teoría antes del 1 de

⁶⁰ Ibid., p. 218.

⁶¹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, cit., p. 660.

⁶² H. KELSEN, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944. Para un conocimiento más detallado de esta doctrina iusirenista kelseniana, cfr., C. GARCÍA PASCUAL, "El Derecho internacional en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen", en AA.VV., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 385-398. Cfr., D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995.

julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998).

c) La adaptación del Consejo de Seguridad, órgano originalmente concebido como contrapeso de la Asamblea General, al nuevo orden mundial (muy diferente del que había en el momento en que se fundó la ONU, a mediados del siglo XX). Esta nueva situación internacional exige no sólo que a dicho órgano se incorporen como miembros permanentes, junto a potencias tradicionales como Estados Unidos, Rusia o China, algunos de los Estados nacionales relevantes en la geopolítica contemporánea (atendiendo a factores como su contribución al desarrollo científico-tecnológico, por la importancia de las cifras macroeconómicas de sus empresas multinacionales, por la superpoblación de sus ciudades...), e incluso algunas organizaciones regionales y supranacionales (como la Unión Europea)⁶³. Por lo demás, añade Habermas: la coacción de la unanimidad entre los miembros permanentes debería sustituirse por la apropiada regla de la mayoría. En general el Consejo de Seguridad podría ser configurado según el modelo del Consejo de Ministros de Bruselas con una capacidad de acción ejecutiva⁶⁴.

Una vez hechas estas tres propuestas, Habermas advierte que solo son reflexiones convencionales en tanto que se orientan a las partes organizativas de las constituciones nacionales, y concluye con una consideración que le reconcilia, finalmente, con Kant:

La puesta en práctica de un Derecho cosmopolita expuesto de manera conceptual requiere obviamente algo más que imaginación institucional. Pero, en cualquier caso,

⁶³ F. H. LLANO ALONSO, "European Constitutional Patriotism and Postnational Citizenship in Jürgen Habermas", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 103, 2017 (issue 4), pp. 504-516.

⁶⁴ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., p. 219.

permanece como una intuición reguladora el universalismo moral que guió a Kant en su proyecto⁶⁵.

Una vez más se pone de manifiesto que, en la lectura habermasiana de *La paz perpetua*, hay un solo un afán honesto por reencontrar el genuino espíritu humanista-cosmopolita con el que Kant quiso encarar los conflictos y los problemas de su tiempo para, a partir de ahí, adaptar y aplicar sus principales fundamentos a nuestra realidad socio-política.

CONCLUSIÓN

A lo largo del presente artículo se han ido desgranando algunas de las claves principales de la actualidad del proyecto irenista kantiano, con el que -como señala Thomas Casadei- el pensador de Königsberg se introduce plenamente en el ámbito del *pacifismo jurídico internacional* y del cosmopolitismo, con una ascendencia directa sobre la doctrina iusfilosófica pacifista e internacionalista del siglo XX (desde la teoría del Derecho internacional de Hans Kelsen, pasando por la idea liberal de un orden mundial justo de John Rawls y, más recientemente, en el constitucionalismo mundial de Jürgen Habermas)⁶⁶.

Tanto la cultura pacifista-cosmopolita como los valores universales que inspiran los trabajos iusfilosóficos de Immanuel Kant (publicados durante sus *Meisterjahre*) entroncan con el humanismo clásico defendido tradicionalmente desde la doctrina iusnaturalista-racionalista, que inspiran ese hermoso ideal que alumbró el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789, y se concibe como “la aspiración más elevada del hombre”: el

⁶⁵ Estas tres propuestas son también planteadas, aunque de forma más sintética, en otro trabajo posterior de Habermas titulado: *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1998.

⁶⁶ T. CASADEI, “Immanuel Kant”, en T. CASADEI - GF.ZANETTI, *Manuale di Filosofia del Diritto. Figure, categorie, contesti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 186-187.

advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, una vez liberados del temor y la miseria, puedan gozar dignamente, sin distinciones, de la libertad, la justicia y la paz.

Pero, como oportunamente observa Cristina García Pascual, la tarea de someter a reglas preexistentes los conflictos y no abandonarlos a la lógica del poder, de apelar a una *norma mundi* que sea capaz de establecer las condiciones de una paz definitiva, requiere el concierto racional y universal entre los tres órdenes normativos: el derecho, la moral y la política⁶⁷.

Como argumento alternativo a la estrategia marcada por quienes abogan por inflamar el victimismo nacionalista y los intereses soberanistas de los Estados ante la comunidad internacional e incentivar la escalada militarista -conforme a la lógica de la máxima latina *si vis pacem, para bellum*- en lugar de fomentar el entendimiento pacífico entre los pueblos, para conjurar incluso el riesgo de una guerra nuclear de consecuencias funestas para nuestra supervivencia como especie, merece la pena trabajar en aras de la promoción de los valores éticos que inspiran el humanismo cosmopolita y la cultura de la paz, de la defensa de la primacía de los principios del Derecho internacional (como medio para evitar la guerra), y de la fundamentación de una futura constitución mundial de base federal, democrática y republicana.

⁶⁷ C. GARCÍA PASCUAL, Norma mundi. *La lucha por el Derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 254.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL

Gilberto Stürmer¹

INTRODUÇÃO

Com alegria recebi o convite do Professor Doutor Álvaro Sanchez Bravo, da Universidad de Sevilla, Espanha, para homenagear o Professor Doutor Juan Raso Delgue, Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidad de la República, em Montevideu, Uruguai. É um prazer e uma alegria participar de forma singela desta coletânea organizada por um querido amigo para homenagear outro querido amigo.

A responsabilidade social das empresas e a sustentabilidade envolve, indubitavelmente, o meio ambiente do trabalho.

A Constituição da República refere, no Título VIII, da Ordem Social, que a colaboração ao meio ambiente compreende o do trabalho (artigo 200, VIII).

Esta obra trata da sustentabilidade e da responsabilidade sócio-solidária das empresas. O Direito Ambiental do Trabalho e suas medidas preventivas de proteção fazem parte desse universo. É uma grande satisfação contribuir para esta obra de alta relevância

¹ Advogado e Parecerista; Professor de Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS - Brasil; Pesquisador Coordenador do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho e Sindicalismo, Professor de Direito do Trabalho na PUCRS (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado) Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS; Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC, Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla (Espanha). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e fundador da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho.

social, apresentado tema que envolve questão específica do meio ambiente, qual seja, o meio ambiente do trabalho.

No presente texto, analisar-se-ão as normas atuais que regulamentam as medidas preventivas de proteção ao trabalho. Tratam-se de normas de ordem pública, que aderem ao contrato individual de trabalho, que visam a proteção do trabalhador enquanto no desempenho de suas atividades, no sentido de se prevenir quaisquer acidentes e doenças profissionais que possam acometê-lo. Nas palavras de Arnaldo Süssekind²:

A medicina ou higiene do trabalho e a segurança do trabalho têm por finalidade prevenir, respectivamente, as doenças profissionais e os acidentes de trabalho, eliminando, neutralizando, se possível, ou reduzindo, quando for o caso, os riscos e as agressões a quês estão sujeitos os trabalhadores.

Trata-se de matéria das mais importantes, já que envolvem um bem de valor inestimável, que é a vida. Por esse motivo, é obrigação da empresa fornecer um ambiente saudável e, acima de tudo, seguro a seus empregados.

O direito à higiene e à segurança do trabalho é direito constitucionalmente previsto, que deve, pois, ser observado pelas empresas. Obviamente, essa questão está longe de ser simples e plenamente observada por todas as empresas, como de fato deveria ser. Isso porque o cumprimento das normas que regulamentam a questão da higiene e segurança do trabalho dependem de constante e rígida fiscalização por parte do órgão competente.

Optou-se por dividir o estudo de acordo com cada fonte, para uma melhor visualização e compreensão, dando uma ênfase especial às

² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 488.

normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, que tratam o tema de forma específica.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Como referido anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil aborda no seu Título VIII, que trata da Ordem Social, a Seção II, que trata da saúde.

O artigo 200, refere que, ao sistema único de saúde, compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, **colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII - grifado)**.

Por outro lado, o artigo 7^a da Constituição Federal, no seu inciso XXII, estabelece que a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança é direito dos trabalhadores urbanos e rurais. É direito, ainda, o seguro contra acidente de trabalho (SAT), conforme inciso XXVIII, conforme se vê abaixo:

Artigo 7.º - 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 (SAT), sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Verifica-se, pois, que a proteção do trabalhador e de seu ambiente de trabalho é direito constitucional, inviolável, portanto, pelo

empregador. Não poderia ser diferente, pois o bem maior a ser tutelado em uma relação de emprego é a saúde e o bem-estar do trabalhador. Lembrem Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante³:

A saúde e a incolumidade física do trabalho são fatores integrantes do próprio direito à vida. A vida humana possui um valor inestimável e deve ser protegida através de todos os meios. A medicina e segurança do trabalho é uma matéria de grande valia, como instrumental técnico-jurídico, a valorizar e dignificar a vida humana, além do patrimônio jurídico do trabalhador, o qual é representado pela sua força de trabalho.

Conforme analisar-se-á posteriormente, o acidente de trabalho possui desdobramentos previdenciários. Entretanto, como o próprio inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal expõe, o acidente também traz consigo a responsabilidade civil do empregador, dependendo do caso. Nesse mesmo sentido Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante⁴:

A responsabilidade, ou seja, a obrigação de reparar o acidente de trabalho e demais situações equiparadas devem ser valorizadas, como forma de se evitar a ocorrência de milhares e milhares de acidentes que ocorrem em nosso país. A responsabilidade não possui somente desdobramento na área previdenciária - INSS. Deve também, em nosso entendimento, incidir em outros campos, tais como a responsabilidade criminal e civil.

³ NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho - Tomo II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1012.

⁴ NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho - Tomo II**. p. 1012.

Sem adentrar na discussão travada atualmente sobre a responsabilidade do empregador nos casos de acidente de trabalho, entende-se que a Constituição Federal deve ser interpretada sem relativizações, ou seja, disse-se que a responsabilidade civil acompanha o acidente dependendo do caso, pois a indenização somente é devida quando o empregador agir com dolo ou culpa, excluindo-se, portanto, os casos fortuitos e os de culpa exclusiva do trabalhador.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

O artigo 168 da CLT traz a obrigatoriedade do exame médico, por conta do empregador. O exame médico deve ser realizado na admissão, na dispensa e periodicamente durante o curso do contrato de trabalho. O artigo 169, por sua vez, traz a obrigatoriedade da notificação das doenças profissionais ou acidentes de trabalho, o que é feito através da CAT. Verifica-se a transcrição desses artigos abaixo:

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho;

I - a admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

II - na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

III - periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) por ocasião da demissão; (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) complementares.(Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989).

Art. 169 - Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Infelizmente, o exame médico, que refere o artigo 168 da CLT, na maioria das vezes não reflete a realidade, já que feitos mediante “entrevistas”, sem ter sido efetivamente realizado um exame detalhado que possa indicar a existência tanto de doenças anteriores

ao contrato (através do exame admissional), como no decorrer do contrato (através dos exames periódicos ou do exame demissional, quando da extinção do pacto), o que pode vir a prejudicar o trabalhador principalmente nas hipóteses de doenças adquiridas no decorrer do contrato de trabalho. Por sua vez, o artigo 169 cumpre com a sua função: impedir que o empregador esconda ou omita a ocorrência de um acidente do trabalho, por exemplo.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

O Ministério do Trabalho e Emprego regulamenta a questão da segurança e saúde do trabalhador principalmente em duas importantes normas: na NR 07, que trata do programa de controle médico de saúde ocupacional (chamado PCMSO) e na NR 09, que trata do programa de prevenção de riscos ambientais (chamado PPRA). Analisar-se-á, a seguir, cada uma delas:

N.R. N.º 07 - PROGRAMA DE CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL

Partindo-se do entendimento Constitucional, nada mais lógico que as prerrogativas constantes no artigo 7.º sejam garantidas por diversos mecanismos legais. Isso porque ao promover a redução de riscos no ambiente de trabalho e no trabalho em si, tanto o Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social e Poder Legislativo pelos dispositivos da CLT, objetivam diretamente a proteção à vida e a integridade física de todo e qualquer trabalhador.

Nesse espectro de normas acerca da redução dos riscos no trabalho, cumpre destacar a existência e relevância da Norma Regulamentar n.º 7 redigida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de onde se extrai o “Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO”, o qual será abordado no presente estudo em suas diretrizes, a quem compete sua implantação, estrutura e desenvolvimento.

A referida Norma Regulamentar determinou a obrigatoriedade de elaboração e implementação por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

Nesse sentido, o PCMSO é parte integrante de uma série de iniciativas com caráter preventivo a serem implementadas pela empresa no campo da saúde dos trabalhadores, onde a interação com as outras Normas regulamentares contribui para sua efetividade.

Para que haja efetividade neste Programa é necessário que em sua elaboração e execução, a empresa enfatize questões incidentes sobre o indivíduo e a coletividade de trabalhadores, privilegiando o instrumental clínico-epidemiológico na abordagem da relação entre sua saúde e o trabalho, possibilitando assim prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

Ultrapassado o fato de ser de responsabilidade do empregador a elaboração e execução do PCMSO, lhe compete ainda uma série de atribuições⁵ que objetivam a eficácia do programa, onde, por

⁵ Norma Regulamentar n.º 07:
(...)

7.3 DAS RESPONSABILIDADES

7.3.1 Compete ao empregador:

a) garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia;

b) custear sem ônus para o empregado todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;

(Alterada pela Portaria n.º 8, de 05 de maio de 1996)

c) indicar, dentre os médicos dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho -

SESMT, da empresa, um coordenador responsável pela execução do PCMSO;

exemplo, cabe ao empregador custear sem ônus para o empregado todos os procedimentos relacionados ao PCMSO.

Acerca das responsabilidades, a Norma Regulamentar n.º 07 é criteriosa quanto à verificação de riscos e obrigatoriedade de indicação de médico coordenador para a execução do PCMSO, já que equaciona número de empregados e o grau de risco da atividade para exigir ou desobrigar a indicação do profissional, pois quanto maior o risco, exigências físicas e psíquicas das atividades desenvolvidas, e das características biopsicofisiológicas mais complexo será o programa.

Nesse sentido, por determinação do Delegado Regional do Trabalho, com base no parecer técnico conclusivo da autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, ou em decorrência de negociação coletiva, empresas que não estavam obrigadas à indicação de médico coordenador, poderão ter a obrigatoriedade de indicação, quando suas condições representarem potencial de risco grave aos trabalhadores.

Por outro lado, refere que em razão de negociação coletiva assistida por profissional do órgão regional competente em segurança e saúde no trabalho, empresas obrigadas a indicar de médico coordenador pelo número de empregados e grau de risco, poderão ficar isentas de tal incumbência.

Note-se então que, na tentativa de prevenir os riscos no trabalho, a figura do médico coordenador assume grande importância na estrutura e execução deste Programa, uma vez que a Norma regulamentar abordada não mede esforços para, mediante

d) no caso de a empresa estar desobrigada de manter médico do trabalho, de acordo com a NR 4, deverá o empregador indicar médico do trabalho, empregado ou não da empresa, para coordenar o PCMSO;

e) inexistindo médico do trabalho na localidade, o empregador poderá contratar médico de outra especialidade para coordenar o PCMSO.

acompanhamento profissional, promover a segurança e integridade dos trabalhadores.

Nesse sentido, ao médico coordenador cabe, entre outros, realizar os exames médicos admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e o demissional, complementares ou encarregar os mesmos a profissional médico familiarizado com os princípios da patologia ocupacional e suas causas, bem como com o ambiente, as condições de trabalho e os riscos a que está ou será exposto cada trabalhador da empresa a ser examinado, sempre respeitando a periodicidade da avaliação clínica exigida para cada exame.

Sendo constatada a ocorrência ou agravamento de doenças profissionais, através de exames médicos, caberá ao médico-coordenador ou encarregado, solicitar à empresa a emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT; indicar, quando necessário, o afastamento do trabalhador da exposição ao risco, ou do trabalho; encaminhar o trabalhador à Previdência Social para estabelecimento de nexos causal, avaliação de incapacidade e definição da conduta previdenciária em relação ao trabalho;

Quanto ao registro dos exames, os dados obtidos nos exames médicos, incluindo avaliação clínica e exames complementares, as conclusões e as medidas aplicadas deverão ser registrados em prontuário clínico individual, que ficará sob a responsabilidade do médico-coordenador do PCMSO.

Importante dizer que para cada exame⁶ realizado, o médico emitirá “Atestado de Saúde Ocupacional” em duas vias, pois uma via será entregue ao trabalhador e a outra será arquivada junto ao local de trabalho e, por conseguinte ficará disponível à fiscalização do trabalho.

⁶ Exame admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

Mais uma vez, se concluí pela importância do PCMSO, pois até para registrar e declarar o estado de saúde do trabalhador, a presente Norma regulamentar dispõe com precisão requisitos para a confecção do Atestado de Saúde Ocupacional, explicitando assim a melhor técnica para a eficácia do programa.

Em termos de eficácia, o PCMSO deverá obedecer a um planejamento em que estejam previstas as ações de saúde a serem executadas durante o ano, devendo estas ser objeto de relatório anual, onde o mesmo deverá discriminar, por setores da empresa, o número e a natureza dos exames médicos, incluindo avaliações clínicas e exames complementares, estatísticas de resultados considerados anormais, assim como o planejamento para o próximo ano.

O relatório anual deverá ser apresentado e discutido na CIPA, quando existente na empresa, de acordo com a Norma Regulamentar n.º 5, sendo sua cópia anexada ao livro de atas daquela comissão, sempre armazenado de forma a proporcionar o imediato acesso por parte do agente da inspeção do trabalho.

Ocorre que, a eficácia mencionada reside apenas na teoria, pois de nada adianta o rigorismo e amplitude da norma se os mecanismos de fiscalização são precários, o que contribui diretamente para o descumprimento de seus dispositivos pelas empresas e demais instituições obrigadas à elaborar e implementar o PCMSO.

Assim, por mais que a Norma Regulamentar n.º 07, estabeleça estrutura precisa e criteriosa para a elaboração e implementação do PCMSO, visando a saúde e integridade dos trabalhadores através da melhor, carece de efetividade, uma vez que a fiscalização é ínfima diante da gama de empresas existentes, o que abre espaço para inobservâncias dos dispositivos legais, bem como total descumprimento da norma.

N.R. N.º 09 - PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS

Esta norma regulamentar trata do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, que visa a preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores.

O PPRA, como o nome diz, é um programa, que envolve várias etapas, que são permanentes. O PPRA não é um simples documento, é o programa como um todo. De nada adianta a empresa possuir o registro escrito do PPRA e não apresentar um acompanhamento permanente do ambiente de trabalho.

Em uma empresa nova, o PPRA é realizado antes do PCMSO, já que ele serve de subsídio para esse outro programa. Ambos os programas fazem parte de um conjunto mais amplo das iniciativas de uma empresa no sentido de proteger a saúde e a integridade de seus trabalhadores, como já dito na introdução deste capítulo.

Na teoria, toda a empresa deve possuir o PPRA, independentemente do número de empregados e do grau de risco. Na prática, empresas que não possuem riscos elevados não costumam ter o PPRA, já que a fiscalização costuma focar as empresas com maior grau de risco.

O PPRA analisa os riscos ambientais do ambiente laboral. São eles: físicos (ruído, vibração, pressão anormal, temperatura extrema, radiações ionizantes ou não, infrassom e ultrassom), químicos (poeira, fumo, névoa, gases ou vapores) e biológicos (bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros). São todos riscos que podem, de uma forma ou de outra, causar algum dano ao organismo do trabalhador.

O PPRA é elaborado, a princípio, pelo SEESMT, devendo a CIPA participar para a discussão de idéias. Caso a empresa não possua

SEESMT, deve ser contratado um profissional (ou empresa profissional) que desenvolva o programa.

O PPRA conta, no mínimo, com quatro pontos estruturais, que são os seguintes: planejamento anual com estabelecimento de metas, prioridades e cronograma, estratégia e metodologia da ação, forma do registro, manutenção e divulgação dos dados e periodicidade e forma de avaliação do desenvolvimento do programa. No mínimo uma vez por ano deve ser feito uma análise global para avaliar o programa e, se for o caso, efetuar os ajustes necessários.

O PPRA é dividido em seis etapas: a primeira delas consiste na antecipação e reconhecimento dos riscos; a segunda, no estabelecimento de prioridades e metas de avaliação e controle; a terceira etapa consiste na avaliação dos riscos e da exposição dos trabalhadores; a quarta, na implantação de medidas de controle e avaliação de sua eficácia; a quinta consiste no monitoramento da exposição aos riscos e a sexta, por sua vez, no registro e divulgação dos dados (que nada mais é do que manter o registro escrito atualizado do programa, à disposição dos empregados interessados e do Ministério do Trabalho, além de divulgá-lo aos seus empregados).

Caso nenhum risco seja observado na empresa, o PPRA se resumirá à etapa de antecipação e reconhecimento dos riscos, onde será apurada a sua inexistência, e ao registro e divulgação desse dado.

Caso riscos sejam reconhecidos, a empresa deve adotar medidas para a eliminação, minimização ou o controle desses riscos ambientais. Preferencialmente, a empresa deve adotar medidas de segurança coletivas, que visam a segurança de todos os trabalhadores do estabelecimento ou de certo setor. Na impossibilidade, deve a empresa adotar medidas de caráter administrativo e de caráter pessoal, como será visto adiante.

Para a implementação das medidas de segurança coletiva, a empresa deve seguir a seguinte hierarquia: preferencialmente, deve adotar medidas que eliminam ou reduzem a utilização ou a formação de agentes prejudiciais à saúde; na sua impossibilidade, deve adotar medidas que previnam a liberação ou disseminação desses agentes no ambiente de trabalho; sendo impossível a adoção da primeira e da segunda hipóteses, trabalha-se com a adoção de medidas que reduzam os níveis ou a concentração desses agentes no ambiente de trabalho.

A implementação dessas medidas coletivas, que se tratam de mudanças estruturais na empresa (daí o termo “coletivas”), deverão ser acompanhadas de treinamento dos trabalhadores quanto aos procedimentos que assegurem a eficácia e eventuais limitações de proteção que ofereçam.

Como já mencionado, quando há inviabilidade técnica da adoção de medidas coletivas de proteção, deverão ser adotadas as seguintes medidas, de forma hierárquica: primeiramente, medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho; além dessa, persistindo o risco ao trabalhador, deve a empresa fornecer aos empregados em situação de risco Equipamentos de Proteção Individual (chamados EPI's), que visam, como o próprio nome já diz, a proteção individual do trabalhador a cada tipo de risco existente, conforme sua finalidade (como, por exemplo, luvas, botas, protetores auriculares, protetores respiratórios, entre outros).

Além do próprio fornecimento desses equipamentos, a empresa é obrigada a exigir o seu uso e treinar os seus empregados para a sua utilização. Afinal, de nada adianta um equipamento de proteção se ele não é bem utilizado. Conforme lição de Francisco Antonio de Oliveira⁷:

⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 272.

E não basta que ofereça meios próprios de proteção (equipamento de proteção individual). É necessário que exija o uso e cumprimento das normas de segurança, podendo para tanto usar do seu poder de comando, admoestando, advertindo, suspendendo e poderá mesmo punir com a dispensa o empregado recalcitrante (art. 158, parágrafo único, CLT).

Com relação à responsabilidade que envolve o programa, cabe ao empregador estabelecer, implementar e assegurar o cumprimento permanente do PPRA. Aos empregados, colaborar e participar na implantação e execução do programa, seguir as orientações recebidas nos treinamentos oferecidos dentro do programa e informar ao seu superior hierárquico direto ocorrências que, a seu julgamento, possam implicar riscos à saúde dos trabalhadores. No caso de grave e iminente risco, o empregador deve garantir que os empregados possam interromper de imediato as suas atividades.

Assim como o PCMSO, visto no tópico anterior, diversas empresas não cumprem com a exigência de possuir tais estudos ou, no caso de possuí-los, pecam no seu cumprimento. Isso porque a fiscalização é precária, diante da baixa quantidade de fiscais para tantas empresas constituídas. Francisco Antonio de Oliveira⁸ ressalta esse fato, como se verifica abaixo:

Lamentavelmente, em matéria de higiene e segurança do trabalho os nossos dirigentes nunca se mostraram diligentes, vez que, embora existam normas eficientes, a fiscalização sempre foi deficiente, daí resultando a ineficiência e neutralização das normas. São as famosas normas legais que “não pegam”.

⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. p. 273.

O Ministério do Trabalho e do Emprego redigiu, portanto, normas competentes e eficientes, mas que dependem de fiscalização, que ainda é precária no Brasil.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A convenção 161 da OIT é a que mais trata, embora que de modo geral, sobre a saúde e segurança dos trabalhadores. Abaixo, citam-se todas as convenções dessa organização que tratam sobre a segurança do trabalhador, todas ratificadas pelo Brasil:

C115: Radiation Protection Convention, 1960 **(05.09.1966)**

C120: Hygiene (Commerce and Offices) Convention, 1964 **(24.03.1969)**

C139: Occupational Cancer Convention, 1974 **(27.06.1990)**

C148: Working Environment (Air Pollution, Noise and Vibration) Convention, 1977 **(14.01.1982)**

C155: Occupational Safety and Health Convention, 1981 **(18.05.1992)**

C161: Occupational Health Services Convention, 1985 **(18.05.1990)**

C162: Asbestos Convention, 1986 **(18.05.1990)**

C167: Safety and Health in Construction Convention, 1988 **(19.05.2006)**

C170: Chemicals Convention, 1990 **(23.12.1996)**

C174: Prevention of Major Industrial Accidents Convention, 1993 **(02.08.2001)**

C176: Safety and Health in Mines Convention, 1995 **(18.05.2006)**

Entende-se desnecessário adentrar no mérito de cada uma dessas convenções, já que, em linhas gerais, a idéia de proteção constante em cada convenção foi incorporada por uma ou mais NR's, como, por exemplo, a NR 9, que engloba integralmente a 161, além de

englobar tópicos de outras convenções (como as de números 115 e 148, a título exemplificativo).

PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Lei n.º 8.213/91 trata, além de outros assuntos, sobre acidente de trabalho e estabilidade, assuntos ligados diretamente ao escopo do presente estudo, já que, diante da inexistência de medidas protetivas, a chance de ocorrer um acidente do trabalho é enorme. Não se pode deixar de ter em mente que, em se tratando de medidas preventivas de proteção ao trabalho, a responsabilidade por sua adoção é exclusivamente da empresa (tal como consta no parágrafo 1º do artigo 19 da Lei n.º 8.213/91), que certamente poderá e será punida na inobservância de quaisquer dos requisitos acima estudadas (conforme parágrafo 2º do artigo e Lei antes citados).

Acidente de trabalho é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados não-empregados, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Tal qualificação consta no artigo 19 da Lei n.º 8.213/91, citada no início do capítulo.

Não é somente o acidente propriamente dito que será considerado para fins dessa Lei. Algumas doenças também são consideradas como acidente do trabalho. De acordo com o artigo 20 da Lei n.º 8.213/91, também são consideradas a doença profissional, ou seja, aquela desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e a doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. O artigo menciona que as atividades e doenças que se enquadrariam nesses casos deveriam constar de uma relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Entretanto, essa não é uma obrigação, já que o parágrafo 2º desse mesmo artigo traz a

exceção de que, caso comprovado que uma doença que acomete um trabalhador tenha derivado do seu trabalho, ela será considerada acidente de trabalho mesmo que não conste na tabela do Ministério do Trabalho. Essa averiguação deverá ser feita através de um médico especialista, que analisará a doença e as condições de trabalho do obreiro.

O artigo 21 da Lei n.º 8.213/91 traz ainda mais um caso equiparado: o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação também será considerado acidente de trabalho.

O parágrafo 1º do já citado artigo 20 traz um rol taxativo de doenças que não serão consideradas como acidente de trabalho. São elas as doenças degenerativas, as inerentes a grupos etários, as que não produzam incapacidade laborativa e a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

O empregado que sofreu acidente de trabalho possui a garantia da manutenção do seu contrato de trabalho na empresa por, no mínimo, doze meses aos a cessação do auxílio-doença acidentário, mesmo que não tenha havido a percepção de auxílio-acidente. É exigência para essa estabilidade, entretanto, além do auxílio-doença acidentário, a necessidade do afastamento do trabalho superior a quinze dias (que na verdade já é um pressuposto para a concessão do auxílio), com a exceção dos casos onde, após a despedida, seja constatada doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. Nesses, por óbvio, não haverá esses pressupostos. Tais disposições estão previstas no artigo 118 da Lei nº 8.213/1991, que possui aplicação garantida pela Súmula 378 do TST.

CONCLUSÃO

Pelo estudo feito é de se entender que não é tema atual a preocupação com a integridade física do trabalhador já que, na Constituição Federal de 1988 se vislumbra a necessidade de redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Da mesma forma, é de se constatar que tal preocupação tem ocupado grande espaço na atuação legislativa, haja vista extenso rol de normas que visam à efetiva proteção de todo e qualquer trabalhador no curso de seu contrato de trabalho.

A referida proteção do trabalhador e redução dos riscos no trabalho pode ser percebida pela Norma Regulamentar n.º 07 e n.º 09, onde o Ministério do Trabalho e Emprego dispõe sobre a obrigatoriedade de elaboração e implementação dos Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional e de Prevenção de Riscos Ambientais.

Nesse sentido, tais normas assumem expressiva importância na efetiva garantia dos direitos constitucionais direcionados ao trabalhador, já que discriminam de forma pormenorizada a estrutura e planejamento de cada programa, onde cabe exclusivamente ao empregador todos os esforços para a sua elaboração e implementação.

Igualmente importante é a regulamentação oriunda da CLT, Convenções da OIT e legislação Previdenciária, já que atuam em conjunto para a otimização das condições do ambiente de trabalho bem como da própria atividade laborativa.

Em contrapartida, é de se concluir que mesmo diante deste extenso rol de normas preocupadas com a integridade física do trabalhador e redução de riscos no trabalho não se verifica efetividade em seu cumprimento, pois diante da precariedade da

fiscalização por falta de técnica e profissionais habilitados, algumas empresas obrigadas aos dispositivos legais constantes nas Normas Regulamentares, por exemplo, ficam a vontade para proceder de forma que prejudique o trabalhador pela total afronta à lei, beneficiando assim seu ramo lucrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CESARINO JUNIOR, Antônio. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.
- CUEVA, Mario de La. *Panormama do Direito do Trabalho*. (trad. Carlos Alberto Chiarelli). Porto Alegre: Sulina, 1965.
- 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.
- MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 17 edição, 1998.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 4ª edição, 1986.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000.
- NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho - Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sobre a OIT*. Disponível em: <http://www.oit.org>.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá. *DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO*. São Paulo: LTr.
- 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.

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.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, MARANHÃO, Délio, e VIANNA, José Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho, Vol. I*. São Paulo: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 10ª edição, 1987.

LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE TELETRABAJO EN URUGUAY

Gustavo Gauthier¹

“A partir de los años `70, la revolución tecnológica dio nacimiento a una sociedad informática y a nuevas formas de trabajo externo a la empresa. El teletrabajo es el nombre utilizado para designar los nuevos modos de trabajo a distancia: el neologismo recoge precisamente la raíz griega *tele*, que significa *lejano, a distancia*.” (Juan Raso Delgue, “El teletrabajo”, Capítulo XI, de su obra *La contratación atípica del trabajo*, 2ª Ed., FCU, Montevideo 2009, pág. 215)

ANTECEDENTES REGLAMENTARIOS DEL TELETRABAJO

El 13 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo decretó la Emergencia Nacional Sanitaria, como consecuencia de la pandemia causada por el virus del Sars-CoV2 con una serie de restricciones a la circulación de personas², entre las que se incluyó una exhortación “*a todos los empleadores a instrumentar y promover, en todos los casos que sea posible, que los trabajadores realicen sus tareas en sus domicilios*.”³, con lo cual, sin mencionarlo expresamente, la recomendación del Poder Ejecutivo fue inequívocamente clara en el sentido de acudir al teletrabajo en la medida que la prestación laboral lo permitiera.

En la misma exhortación se agregó, por un lado, que los empleadores debían comunicar a la Inspección General del Trabajo y de la

¹ Magíster en Derecho, opción Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Profesor Agregado (G. 4) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

² Decreto No 93/020 de 13 de marzo de 2020.

³ Decreto No 94/020 de 16 de marzo de 2020, artículo 6.

Seguridad Social los casos donde sus empleados estuvieran trabajando en modalidad de teletrabajo⁴, indicando, además, que “*El empleador deberá suministrar los implementos necesarios para realizar la tarea encomendada.*”, sin mayores desarrollos o especificaciones en esta materia.

Por su parte, la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), el 4 de agosto de 2020, emitió unas “*Recomendaciones para el tratamiento de datos personales en el marco del teletrabajo*” que incluyen “*Recomendaciones técnicas para implementar el teletrabajo*”.⁵

Tanto el contexto sanitario como la distintas medias y exhortaciones de las autoridades gubernamentales a que la población permaneciera en sus domicilios, hicieron que por ejemplo en abril del año 2020 un 19,3% del personal ocupado estuviera teletrabajando, porcentaje que fue disminuyendo paulatinamente hasta el mes de setiembre de ese año donde solo un 7,5% continuó bajo esta modalidad; con el advenimiento de la denominada “*primera ola*” de contagios con el virus del Sars-CoV2 que el país registró desde el mes de febrero de 2021, la cantidad de teletrabajadores en el mes de

⁴ Por Resolución de la Inspección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 11 de mayo de 2020, se estableció que todo empleador que en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 94/020 haya comunicado la implantación del trabajo a distancia, deberá presentar una nómina de trabajadores que cumplan tareas bajo esta modalidad y la fecha en cada uno de ellos inició el trabajo a distancia

⁵<https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/recomendaciones-tecnicas-para-teletrabajo-continuidad-operativa#:~:text=Utilizar%20contrase%C3%B1as%20seguras%20y%2C%20en,con%20doble%20factor%20de%20autenticaci%C3%B3n.&text=Mantener%20actualizados%20los%20dispositivos%20de%20teletrabajo.&text=Instalar%20antivirus%20en%20los%20dispositivos%20de%20teletrabajo.&text=Preferentemente%2C%20no%20utilizar%20redes%20p%C3%ABlicas>

marzo de 2021, se incrementó nuevamente, alcanzando un 14,8% del total del personal ocupado.⁶

EL DECRETO N° 86/022 REGLAMENTARIO DE LA LEY N° 19.978

El 17 de marzo de 2022, fue promulgado el Decreto N° 86/002 reglamentario de la Ley N° 19.978 de regulación y promoción del teletrabajo, el que fue publicado en el Diario Oficial el 23 de marzo de 2022, luego de cumplirse los seis meses que el artículo 15 de la Ley otorgaba a los empleadores, cuyos teletrabajadores ya prestaban teletrabajo, para ajustarse a sus disposiciones.

El Decreto aborda a lo largo de 10 artículos, tanto los temas que la Ley de teletrabajo había derivado expresamente a la reglamentación, como el relativo a la seguridad e higiene laboral, como los propios de todo reglamento con la finalidad de aclarar o desarrollar algunos de los temas que así lo requerían; en este sentido y como se analizará a continuación en algunos casos el Decreto cumplió esta función, pero en otros vino a sumar algunos problemas a los que ya habían quedado planteados con la propia Ley.

TELETRABAJO PARCIAL

La Ley N° 19.978 considera teletrabajo -y también teletrabajador- no solo cuando el trabajo se cumple enteramente a distancia, durante todo el tiempo de trabajo, sino también cuando la prestación de trabajo se cumple parcialmente a distancia y se alterna con trabajo presencial en la empresa, pero no estableció un mínimo de trabajo a distancia, a partir del cual quedaría configurado el

⁶ Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), accesible en: <https://www.ine.gub.uy/web/guest/actividad-empleo-y-desempleo>

teletrabajo parcial, como sí se ha efectuado en el derecho comparado al regular esta modalidad.⁷

Este constituye un tema de singular trascendencia, porque de él depende, nada más y nada menos, que la aplicación misma de las disposiciones de la Ley y que, en nuestra opinión, la reglamentación podría haber establecido con claridad a efectos no solo de otorgar las certezas necesarias para la aplicación de la norma, sino también para evitar desvíos que impliquen desvirtuar la existencia misma o la realidad del teletrabajo, en este caso parcial.

El Decreto reglamentario no fijó ningún parámetro para establecer cuándo existe teletrabajo parcial, limitándose a disponer que en los casos donde la prestación de trabajo sea parcialmente realizada, *“habrá teletrabajo cuando las partes así lo establezcan de común acuerdo.”*

La solución no resulta la más adecuada, a punto de considerar que la naturaleza jurídica del vínculo, en este caso de teletrabajo parcial, no puede quedar al arbitrio de las partes, sino que tiene que determinarse en función de los hechos y siendo que la Ley no establece un criterio de qué se considera *“parcial”*, nos enfrentamos a la existencia de un vacío legal que será necesario integrar. En este sentido y de acuerdo a las reglas de integración previstas en nuestro ordenamiento, el tema no es posible laudarlo ni a partir de los fundamentos de leyes análogas -que en puridad no existen en nuestro ordenamiento-, ni de los principios generales del derecho, por lo que en última instancia cabría recurrir a las doctrinas generalmente admitidas o más recibidas, entre las cuales se podría considerar el derecho comparado y dentro del mismo los criterios al

⁷ En España, el Real Decreto-ley 28/2020, requiere un mínimo de 30% de la jornada en un período de referencia de tres meses para entender cumplido el “carácter regular” que debe tener el teletrabajo para quedar comprendido por la regulación especial; en México, el mínimo requerido es del 40%; mientras que, en Panamá, se establece que debe existir al menos una jornada presencial por semana.

respecto han establecidos las legislaciones que sí han regulado este aspecto, como las mencionadas en la nota 7.

Dejar librada la existencia de teletrabajo parcial a lo que las partes resuelvan establecer como tal en sus acuerdos, podría redundar en situaciones por completo ajenas al principio de razonabilidad, como en el caso que se estableciera la existencia de teletrabajo parcial cuando la prestación se realiza a distancia durante solo una hora por semana.

REVERSIBILIDAD Y CAMBIO DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL

El artículo 7º de la Ley Nº 19.978, establece determinadas condiciones para que opere la reversibilidad y el cambio de la modalidad contractual como potestad unilateral tanto del teletrabajador como empleador, cuando las modificaciones son “*permanentes*”, no obstante, la norma no definía qué debía entenderse por permanentes.

El artículo 4 del Decreto reglamentario, establece que debe entenderse como permanentes aquellas modificaciones que determinen que la prestación de trabajo se realiza en una u otra modalidad durante más de 45 días⁸, sin perjuicio de que las partes acuerden expresamente otra cosa. De esta manera el Decreto reenvía también a la autonomía de las partes la determinación de cuándo una modificación se entiende o no como permanente, sin ninguna limitación, con lo que más allá de lo cuestionable que resulta reenviar a la autonomía privada este tipo de cuestiones en el contrato de trabajo, pierde algo de sentido haber establecido un determinado

⁸ El Decreto no aclara si el plazo debe computarse por días hábiles o corridos, aunque nos inclinamos por la opinión de que el mismo debe considerarse por días corridos, de la misma forma que el reglamento establece que se cuentan los otros dos plazos previstos en la misma norma.

límite, el que registrá, en todo caso, en aquellas situaciones donde las partes nada dijeron al respecto.

Otras de las especificaciones que en este tema realiza el Decreto en el artículo 4º, es que tanto el plazo de 90 días para optar por revertir la condición anterior, como el plazo de 7 días de preaviso a la otra parte para ejercer la potestad de revertir a la condición anterior, se cuentan por días corridos.

Es decir, dentro de los noventa días corridos de iniciado el teletrabajo, ambas partes tienen el derecho o la potestad unilateral de “arrepentirse” de haber adoptado esta modalidad y retornar a la modalidad presencial, pero no se trata de un derecho o potestad ilimitada en el tiempo, sino que debe ser ejercida dentro de los 90 días corridos de operado el cambio y con un preaviso a la otra parte no inferior a 7 días corridos.⁹ Pasado dicho plazo, no es que quede vedada la posibilidad de retornar a la modalidad presencial, solo que para ello se requeriría el consentimiento de la otra parte o el acuerdo de ambas partes.¹⁰

Fuera del plazo de noventa días corridos de iniciado el teletrabajo, no existe el derecho de retornar a la modalidad presencial como potestad unilateral del teletrabajador y del empleador, es decir, ninguna de las partes le puede imponer a la otra cambiar la modalidad de teletrabajo por la modalidad presencial, para que ello sea

⁹ El artículo 4, in fine, del Decreto reglamentario establece que la comunicación debe efectuarse por escrito o por cualquier medio electrónico.

¹⁰ Otro tema que el Decreto no aborda es desde cuándo se cuentan estos plazos, esto es, si comenzaron a computarse desde la entrada en vigencia de la Ley o desde la entrada en vigencia de la reglamentación. Considerando que la propia ley otorgó a los empleadores que emplearan teletrabajadores un plazo de seis meses para ajustarse a sus disposiciones y que, durante ese período, además, estuvo vigente la declaración de emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo, lo más lógico y razonable sería entender que en todo caso estos plazos comienzan a computarse a partir de la entrada en vigor del Decreto N° 86/O22, el que aclara, además, cómo se computan los mismos.

posible se requeriría también el consentimiento de ambas recabado por escrito.

EL CONTRATO DE TELETRABAJO

En el artículo 3º del Decreto reglamentario, el Poder Ejecutivo estableció, de manera acertada en nuestra opinión, un contenido mínimo necesario del contrato o adenda de teletrabajo, en el que “deberá” constar:

- “- Que la modalidad del teletrabajo se pacta en forma voluntaria.*
- El lugar o los lugares desde los que se prestará el teletrabajo, o en su caso la posibilidad de que el teletrabajador los elija libremente, pudiendo incluso, ser más de uno alternativamente.*
- Si existe combinación de prestación de trabajo presencial y teletrabajo, y en su caso, la forma en que esto se organiza.*
- Si existen horarios o rangos horarios en los que el teletrabajador distribuirá sus horas de trabajo.*
- Los tiempos de descanso (intermedio, entre jornadas y semanal) y de desconexión.*
- Sistema de registro de asistencia y horario con una breve descripción del mismo, en aquellos casos en que el empleador resuelva implementar tales registros.*
- La forma de provisión de las tecnologías de la información necesarias para el desarrollo del teletrabajo.”*

En primer lugar, la documentación por escrito de los antes mencionados extremos, resulta de vital importancia en orden a la determinación y delimitación precisa del alcance de los derechos y obligaciones del teletrabajador y del empleador y también a los

efectos de la debida fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral por parte de la administración del trabajo.

Si bien la sola constancia escrita de que la modalidad de teletrabajo se pacta en forma voluntaria, no deja a salvo el hecho de que el consentimiento haya sido otorgado libre y voluntariamente por parte del trabajador, será el Juez en última instancia quien deberá apreciar si en los hechos medió o no un consentimiento libre y donde sin perjuicio de que es diferente la posición del trabajador que ya se encuentra dentro de una relación de trabajo al momento de proponerse la suscripción de una adenda de teletrabajo, comparada con la situación de aquel que se postula para un puesto o empleo nuevo de teletrabajo, difícilmente puedan esbozarse otros criterios que escapen a la consideración y análisis del caso concreto.

En segundo término, la obligación de que las partes establezcan en el contrato el lugar o los lugares desde los que se prestará el teletrabajo, y en caso de ser varios, la posibilidad de que el teletrabajador los elija libremente se encuentra prevista en el artículo 6º de la Ley que establece: *“El teletrabajador y el empleador deberán determinar el lugar donde se prestarán las tareas laborales, que podrá ser el domicilio del teletrabajador o en otro sitio definido en el contrato.*

Se trata de uno de los casos donde la Ley remite a la voluntad de las partes, la posibilidad de establecer el o los lugares donde se prestarán las tareas, previendo que uno de esos lugares pueda ser el propio domicilio del teletrabajador. Los términos mandatorios utilizados por la norma, *“deberán”*, hace que la determinación de él o los lugares donde se desarrollará el teletrabajo sea uno de los contenidos necesarios u obligatorios del contrato que deben suscribir las partes.

El Decreto reglamentario recoge esta obligación al establecerla como uno de los contenidos que debe tener el contrato de

teletrabajo; la Ley y el Decreto no definen el lugar, pero obligan a las partes a que lo hagan. Y ello es importante, porque el lugar desde donde se teletrabaja es relevante para el desarrollo del teletrabajo, porque ello involucra aspectos de seguridad e higiene laboral, aspectos de seguridad informática vinculados a la conexión de internet a la que puede acceder al trabajador y en algunos casos involucra a la forma de control del tiempo de trabajo según el sistema que el empleador haya dispuesto o que las partes hayan acordado.

En los casos donde se haya pactado en el contrato más de un lugar alternativamente para poder teletrabajar, también es posible acordar que el teletrabajador tendrá la libertad para trabajar desde cualquiera de los lugares previamente establecidos, a su elección.

En esta materia, corresponde tener presente que el inciso final del artículo 3º dispone que el teletrabajador deberá comunicar cualquier cambio de domicilio, o de las condiciones de salud y seguridad del lugar de trabajo, ya sean transitorias o permanentes.

En tercer lugar, el Decreto reglamentario prevé como uno de los contenidos necesarios del contrato o adenda de teletrabajo, cómo las partes organizan la prestación de tareas en los casos de teletrabajo parcial, donde se alternen tiempo de trabajo a distancia y tiempo de trabajo en la empresa. En este caso, la disposición cobra particular relevancia a partir de que el propio Decreto deja librado al acuerdo de partes la prestación de teletrabajo en régimen híbrido -terminología utilizada en la norma-, ante la falta de definición del teletrabajo parcial en el texto legal. Más allá de lo discutible de la solución reglamentaria y que fuera expuesta al analizar el teletrabajo parcial, la necesaria explicación de cómo se organiza la prestación presencial y la prestación a distancia, permitirá despejar al menos la situación de cómo las partes pactaron la modalidad de teletrabajo parcial, lo que resultará útil no solo para contrastarlo luego con la realidad de la ejecución del contrato, sino para la valoración que necesariamente deberá efectuar el Juez acerca de si

se está realmente ante una modalidad de teletrabajo parcial o híbrido o no.

En cuarto término, el Decreto exige que en el contrato de teletrabajo debe establecerse si existen horarios o rangos horarios en los que el teletrabajador pueda distribuir sus horas de trabajo; y, en quinto lugar, e indisolublemente vinculado al contenido anterior, también deben incluirse los tiempos de descanso y de desconexión. Si bien el artículo 8º de la Ley dispone que *“El teletrabajador podrá distribuir libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades.”*, ello no resulta incompatible con el establecimiento, en caso de ser necesario, de horarios o rangos horarios en que se requieran o sean necesarios los servicios del teletrabajador, sea por razones de atención de determinados servicios o porque se requiere que el horario coincida con el horario de trabajo de la empresa, pues aún dentro de tales límites el teletrabajador podría ejercer cierta libertad para distribuir el trabajo, cumpliendo con los requerimientos de su función¹¹.

Este temperamento, es recogido en el segundo inciso del artículo 5º del Decreto reglamentario, al disponerse que el trabajador podrá distribuir libremente su jornada *“considerando el horario de funcionamiento y las necesidades de la empresa, en función del tipo de servicio o actividad que desarrolla el empleador”*.

Asimismo, la necesaria inclusión en el contrato de los tiempos de descanso, (intermedio, entre jornadas y semanal) y del tiempo de desconexión, completan el marco protectorio dentro del cual puede desempeñarse el teletrabajador y que en conjunto impiden

¹¹ Conf., Fernández Fasciolo, M, y Novaretto, M, ¿Se puede fijar el horario de trabajo específico para el teletrabajador? y Rosenbaum Carli, F., Régimen jurídico de tiempo de trabajo en la reciente Ley No 19.978 sobre promoción y regulación del teletrabajo en Uruguay en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021, págs. 507-508 y pág. 618 respectivamente.

tanto el exceso de trabajo, como la inobservancia de los debidos descansos.

En sexto lugar, el Decreto establece como uno de los contenidos necesarios del contrato, el sistema de registro de asistencia y horario con una breve descripción del mismo, en aquellos casos donde el empleador resuelva implementar tales registros. En ese sentido, corresponde tener presente, también, que el artículo 6º del Decreto reglamentario admite cualquier mecanismo que resulte idóneo a tal fin, siempre que el mismo no sea invasivo respecto de la vida privada e intimidad del teletrabajador y su grupo familiar y que en caso de acordarse un sistema de registro, el mismo deberá ser incluido en el contrato de trabajo, reiterándose de este modo la obligación prevista en el artículo 3º.

Por último, el artículo 3 del Decreto incluye como uno de los contenidos necesarios del contrato de teletrabajo la forma de provisión de las tecnologías de la información necesarias para el desarrollo del teletrabajo. El Decreto recoge la obligación establecida en el artículo 12 de la Ley que ya preveía que la forma de provisión en esta materia tiene que *“quedar debidamente consignada en el contrato de trabajo”*. En este caso, la disposición del artículo 3º del Decreto al reproducir el primer inciso del artículo 12 de la Ley, reitera la omisión del texto legal a las tecnologías de la comunicación, tan relevantes como imprescindibles para el teletrabajo.

Siendo una materia donde la Ley deja librado, en primer lugar, a la voluntad de las partes la forma de provisión de las tecnologías de la información, resulta adecuado que el Decreto establezca que el contrato deba incluir la forma en que ello se acordó, porque en caso contrario y como se establece en el artículo 12 del texto legal, *“el empleador deberá proporcionar los equipos, insumos y servicios y demás herramientas necesarias para el desarrollo de teletrabajo, siendo de cargo del empleador los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos.”*

LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En esta materia, el análisis no podrá centrarse exclusivamente en las disposiciones especiales de la Ley N° 19.978 que versan sobre el tema -básicamente los artículos 8 y 14- y en el Decreto reglamentario, sino también en las normas generales sobre tiempo de trabajo y descansos previstas para la normativa general, en lo que pueda resultar aplicable y de las que de alguna manera da cuenta el Decreto al referirse, en más de un pasaje, a los descansos intermedios, entre jornadas y semanales.

Sobremanera cuando la Ley consagra el principio de igualdad en el literal c) del artículo 3º, por el cual *“Los teletrabajadores gozarán de los mismos derechos y acceso a las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores presenciales, salvo las que sean inherentes a la prestación del trabajo en forma presencial. En particular, se respetará su derecho al descanso, a la intimidad, a la seguridad e higiene laboral y a la libertad sindical.”*

Principio que también se ve reflejado en el artículo 10, al referirse a los derechos del teletrabajador y las condiciones laborales, cuando se dispone: *“El teletrabajo modificará única y exclusivamente la modalidad en que se efectúa el trabajo, sin afectar los derechos individuales y colectivos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, en todo lo que le sea aplicable.”*

¿EXISTE UNA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO?

A punto de considerar las vicisitudes del proceso de aprobación parlamentaria, la Ley se afilia definitivamente al principio de la limitación del tiempo de trabajo, pero estableciendo una forma diferente de hacer efectiva la mencionada limitación, que es necesario interpretar dada la complejidad de cómo finalmente quedó redactada la norma.

En este sentido, puede afirmarse que si bien el exceso de la limitación diaria de la jornada no se podrá considerar como trabajo extraordinario, sigue existiendo una limitación de la jornada diaria, a partir de que ello constituye una referencia necesaria a efectos de la compensación de horas que la superen al cabo de la semana.¹²

Ahora bien, la limitación de la jornada de trabajo surge también de la necesaria articulación y/o armonización que debe existir entre el mecanismo previsto en la Ley, con el derecho al descanso y la desconexión, derecho, éste último, que se consagra por primera vez en el ordenamiento jurídico laboral uruguayo.

En este sentido, la parte final del inciso primero del artículo 8º de la Ley establece que los límites máximos de horas semanales, deben observarse “*sin perjuicio del derecho al descanso y a la desconexión.*”

Un primer aspecto a considerar e interpretar, tiene relación con el alcance que posee la mención al “*derecho al descanso*”; considerando que el “*nomen juris*” del artículo es “*De la jornada laboral del teletrabajador*” y que el límite de dicha jornada está fijada en función en un máximo semanal de horas de trabajo, cabría interpretar que la referencia al derecho al descanso, “*latu sensu*”, comprende necesariamente a todos descansos que pueden existir dentro de una semana de trabajo y en este sentido la referencia comprende tanto a los descansos intermedios, como al descanso entre jornadas y también el propio descanso semanal. En función de ello, el extremo de que la limitación del tiempo de trabajo se determine a través de un límite máximo de horas semanales de trabajo, no implica que no deban observarse, todos los antes mencionados

¹² Conf. Pérez del Castillo, M., Lasarte, F., Demarco, C., *Teletrabajo en Uruguay*, FCU, Montevideo 2021, págs. 86 y 98 y Garmendia, M., Notas sobre la nueva regulación legal del teletrabajo, Revista Derecho del Trabajo, N° 33, octubre diciembre 2021, Ed. La Ley Uruguay, pág. 62,

descansos, en aplicación concreta del principio de igualdad consagrado tanto en el artículo 3º como el artículo 10 de la Ley.¹³

El Decreto reglamentario viene a confirmar esta interpretación del alcance del texto legal al referir, por un lado y en el artículo 3º, que en el contrato de teletrabajo deberán constar los tiempos de descanso “(*intermedio, entre jornadas y semanal*)” y por otro en el artículo 5º, al mencionar que el total del tiempo efectivamente trabajado no superará el máximo legal de horas semanales de trabajo aplicable a la actividad a la que pertenece la empresa y que deberán observarse “*los descansos intermedios, entre jornadas y semanales*”.

Una segunda cuestión, está relacionada con el restante derecho mencionado en el inciso primero del artículo 8º, como es el derecho a la desconexión, y en qué medida puede ser asimilable con el derecho al descanso que debe existir entre jornadas o si se trata de un derecho diferente que no necesariamente coincide con este último, sobre todo en cuanto a su extensión temporal.

En nuestra opinión, el derecho a la desconexión de 8 horas continuas, tal como aparece consagrado en el artículo 14 de la Ley, es un derecho distinto y que es necesario diferenciar del derecho al descanso entre jornadas y, por tanto, no puede entenderse que las 8 horas mínimas y continuas de desconexión agotan todo el descanso que puede o debe existir entre una jornada y la siguiente.

Un primer argumento para sostener esta posición surge del propio texto, en virtud de que es la propia Ley que distingue ambos

¹³ Gauthier, G., La regulación del tiempo de trabajo en la ley de teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ob. cit., pág. 528. En el mismo sentido se ha pronunciado Raso, J., El factor “tiempo” en la ley de teletrabajo, en *Revista Derecho del Trabajo* N° 33, ob. cit., págs. 33-34.

derechos, menciona por un lado el derecho al descanso y por otro el derecho a la desconexión, como derechos diferentes.

Un segundo argumento, puede encontrarse en la historia de la sanción de la norma y en particular en el proceso de discusión en la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Representantes, donde en lugar de incluirse un descanso entre jornadas mínimo de 12 horas, como fue sugerido en la Comisión por parte del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Udelar, se terminó consagrando una desconexión de 8 horas continuas entre jornadas.¹⁴

El tercer argumento, está dado, luego de reglamentada la Ley, por las referencias efectuadas en los artículos 3º y 5º del Decreto reglamentario, donde se diferencia, claramente, el derecho al descanso entre jornadas del derecho a la desconexión.

Ahora bien, llegado a este punto, surge un problema adicional, imputable a que en Uruguay no existe una norma que con carácter general establezca la duración que debe tener el descanso entre jornadas.¹⁵ No obstante, tanto en doctrina como en jurisprudencia ha tenido recepción la denominada “*ley de los tres 8*” (8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas para el ocio) y por la cual en cada período de 24 horas o día hábil solo podrían existir 8 horas de trabajo. Si partimos de esta premisa, el total del descanso entre el fin de una jornada de trabajo de un día y el comienzo de la próxima jornada al día siguiente debería ser de 16 horas.

Considerando una duración del descanso total entre jornadas de 16 horas, o aún en la hipótesis de descansos menores fijados por la legislación, por la autonomía colectiva o incluso por las propias partes en el contrato de teletrabajo, cabría interpretar, a efectos de

¹⁴ Gauthier, G., La regulación del tiempo de trabajo en la ley de teletrabajo, ob. cit., págs. 528-529.

¹⁵ A excepción de la regulación de este tipo de descansos en el servicio doméstico, en el trabajo rural y en la actividad gastronómica.

armonizar el descanso entre jornadas con el derecho a la desconexión, que en todo caso las 8 horas de desconexión continuas se ubicarían dentro del período de descanso entre jornadas, pero éste no puede ser reducido, exclusivamente, a las 8 horas de desconexión.

Esta distinción entre el derecho al descanso, o a los descansos, que existen a lo largo de una semana y el derecho a la desconexión, puede tener importantes repercusiones en la limitación del tiempo de trabajo y específicamente respecto de los horarios de trabajo que puede establecer el empleador. Por ejemplo, a partir de la interpretación que se propone y que surge también del Decreto reglamentario, el empleador no podría imponer una jornada de 16 horas de trabajo, porque de esa manera estaría invadiendo o afectando el descanso entre jornadas, de la misma manera que no podría obligar al teletrabajador trabajar en los días de descanso semanal, porque tal requerimiento sería contrario a las leyes de descanso semanal que exigen el consentimiento del trabajador para laborar en los días de descanso.

La única hipótesis donde es posible admitir el trabajo en horas correspondientes al descanso entre jornadas o en días de descanso semanal, es cuando ello sea consecuencia de una decisión voluntaria del trabajador en ejercicio del derecho de elegir libremente sus horarios de trabajo, consagrado en el artículo 8º (*“El teletrabajador podrá distribuir libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades.”*) y/o cuando voluntariamente el teletrabajador opte por compensar horas no trabajadas en otros días de la semana, con horas laboradas en el lapso del descanso entre jornadas o durante el descanso semanal.

En consecuencia, se puede concluir que la Ley No. 19.978 y su Decreto reglamentario, establecen una forma diferente de limitación de la jornada de trabajo, donde sin perjuicio del establecimiento de límites semanales de acuerdo a la actividad de que se trate, o incluso límites contractualmente inferiores, la existencia de una

limitación diaria surge a partir de dos extremos: i.- la jornada sigue siendo una referencia para determinar los excesos diarios a efectos de su compensación en tiempo o en dinero al cabo de la misma semana; ii.- por la observancia del derecho al descanso, donde necesariamente quedan comprendidos los descansos intermedios, entre jornadas y semanales, a partir de los cuales -sobremanera del descanso entre jornadas-, es posible deducir la existencia de una limitación diaria.¹⁶

¿RESULTA DE APLICACIÓN LA LEY DE HORAS EXTRAS?

Otro de los temas que se puede plantear en materia de limitación del tiempo de trabajo, es si resulta de aplicación la Ley de horas extras (No. 15.996), frente a las soluciones contenidas en la Ley de teletrabajo respecto de las horas que superan tanto el límite diario, como el límite semanal de horas de trabajo.

En el artículo 8 de la Ley no se define si las horas que superan el máximo de horas semanales de trabajo aplicables a la actividad o las horas semanales convencionalmente pactadas, son horas extras o no, se limita a establecer que “*se abonarán con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles*”.

Por su parte en el artículo 5º del Decreto reglamentario, se dispone que el exceso de trabajo diario “*Se abonará como hora extra, con las tasas de recargo que correspondan...*”; al establecerse que se abonará “*como*” hora extra, va de suyo que estrictamente no se está frente a una hora extra, o por lo menos no frente a una hora extra en la concepción de la Ley No. 15.996, de lo contrario no se hubiera expresado de esa forma. Ahora bien, cuando la reglamentación dispone que se abonarán “*con las tasas de recargo que correspondan*”, se está introduciendo una distinción que el legislador

¹⁶ Conf. Castro, N. y Arévalo, L., Teletrabajo, jornada de trabajo y horas extras, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ob. cit., pág. 481.

no previó, en tanto éste dispuso que las horas que superen el máximo semanal, se abonarán -hay que entenderlo para todos los casos- con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles, por lo que en esta parte el Decreto resulta, en nuestra opinión, claramente ilegal por efectuar una distinción allí donde el legislador no lo hizo.

En esta materia, compartimos tanto lo señalado por (Garmendia, 2021), en el sentido que la Ley No. 19.978 “se aparta del régimen general que para las horas extras se encuentra regulado por la ley No 15.996”¹⁷, como lo sostenido por (Castro y Arévalo, 2021), cuando afirman que se “trata de una derogación tácita por cuanto no existe una referencia expresa a la derogación, pero con claridad la Ley de Teletrabajo establece una solución distinta y opuesta a la Ley de Horas Extras”.¹⁸

La incompatibilidad entre ambas normas resulta manifiesta y ello en mérito a que existe una diferencia conceptual irreductible respecto de lo que para una y otra ley, constituye trabajo extraordinario:

- Para la Ley 15.996, constituyen horas extras las horas que superan el límite de la jornada diaria legal o convencional; en cambio, para la Ley No. 19.978, se abonarán con un 100% de recargo, solo las horas que superen el máximo de horas semanales de trabajo aplicables a la actividad o las horas

¹⁷ Garmendia, M., La ley de teletrabajo, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, ob. cit., pág. 392.

¹⁸ Castro, N. y Arévalo, L., Teletrabajo, jornada de trabajo y horas extras, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ob. cit., pág. 481. Estas autoras aclaran que “al tratarse de una ley especial, la derogación tácita de la Ley No 15.996 opera sólo respecto de los teletrabajadores, manteniéndose plenamente vigente como norma general.”. Rosenbaum Carli, F., por su parte, sostiene que “en la modalidad de teletrabajo, resultarán aplicables aquellas disposiciones de la Ley No 15.996, que no se refieran al pago de las horas extras; como, por ejemplo, la que concreta el límite de horas de trabajo que excedan el límite diario, y que es posible trabajar por cada semana.”, “Régimen jurídico...”, ob. cit., págs. 620-621.

semanales convencionalmente pactadas. En este sentido, podría afirmarse que mientras para la Ley No. 15.996 son horas extras las que exceden la jornada diaria, para la Ley No. 19.978 solo serían compensables con un 100% de recargo, las horas que excedan el límite semanal.

- La Ley de teletrabajo, en abierta contraposición con la Ley de horas extras, establece en forma expresa que el exceso de trabajo diario, respecto de la jornada legal o contractual, no constituye trabajo extraordinario y por lo tanto no dará lugar al pago de horas extras.
- La Ley de teletrabajo permite expresamente la compensación de horas entre los días de la misma semana, solución que en principio no está prevista en la Ley de horas extras, sin perjuicio de las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el particular.
- La Ley de teletrabajo establece que el exceso de horas por encima del límite semanal, se abonará con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles, sin distinguir si las horas trabajadas en exceso se laboraron en días hábiles o inhábiles, extremo que resulta incompatible con la Ley de horas extras, solución que por otra parte aparece como razonable considerando que es el teletrabajador quien tiene la posibilidad de fijar los días y las horas en las que se desarrolla el trabajo. Por lo tanto, en el caso del teletrabajo, todas las horas que excedan el límite semanal deberá abonarse con el mismo recargo (100% sobre el valor hora de los días hábiles)

COMPENSACIÓN DE HORAS

COMPENSACIÓN COMO BENEFICIO DEL TELETRABAJADOR

El inciso tercero del artículo 8 de la Ley, establece que *“El teletrabajador podrá distribuir libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades.”*; mientras que a continuación

en el inciso final del mismo artículo se dispone que *“Las horas efectivamente trabajadas que superen el límite legal o convencional diario, se compensarán con horas no trabajadas en otros días de la misma semana.”*

En nuestra opinión, leída en su conjunto, la norma establece la posibilidad de distribuir los horarios y compensar las horas, claramente como una potestad y como un beneficio del teletrabajador, que habiendo laborado un día un exceso de horas respecto de las horas que forman parte de su jornada, puede optar, si prefiere -no se trata de un imposición de la Ley-, dejar de trabajar las mismas horas en otros días de la semana, para compensar aquel exceso horario, logrando con ello, por ejemplo, gozar de un descanso semanal de mayor extensión. De no optarse por la compensación, al cabo de la semana existirá un exceso de horas respecto del límite semanal aplicable y las mismas tendrán que ser abonadas con el 100% de recargo.

PERÍODO A CONSIDERAR PARA LA COMPENSACIÓN

La Ley permite compensar horas efectivamente trabajadas que superen el límite legal o convencional diario, siempre y cuando ello ocurra en otros días de la misma semana, sin mencionar o limitar que ello se produzca solo en los días hábiles o laborables; siendo que la semana se compone de 7 días, surge el problema de si la compensación tiene que producirse en los días “hábiles” de la semana o si también fuera posible cumplirse en días de descanso semanal.

No se presentan mayores inconvenientes cuando la compensación de horas en exceso de produce dentro de los días “hábiles” de la misma semana, donde la consecuencia es que en algunos días “hábiles” se trabajarán menos horas y ello podría llegar a suponer incluso trabajar menos días a la semana, redundando, por ejemplo, en una ampliación del descanso semanal.

En cambio, corresponde plantarse, ante el silencio del legislador y también del Decreto reglamentario, si la compensación podría verificarse con horas trabajadas en días de descanso semanal, que también integran la semana. Siendo que la compensación puede operar en los 7 días de la semana y que la compensación es una potestad del teletrabajador, no se advierten inconvenientes para admitir la compensación con horas trabajadas en días de descanso¹⁹. Ello no implica que el teletrabajador puede ser obligado por el empleador a trabajar en los días de descanso, en cuyo caso se estarían vulnerando las leyes de descanso semanal, sino simplemente admitir la posibilidad de que el trabajador voluntariamente prefiera compensar en esos días, para no verse sometido al descuento de horas no trabajadas durante la semana.

RELACIÓN DE COMPENSACIÓN

Otro aspecto de la compensación que corresponde abordar es la relación de la compensación, es decir, cómo se compensan las horas trabajadas con las horas no trabajadas.

En este caso, tampoco la Ley y el Decreto reglamentario, establecieron cuál debe ser la relación de compensación, como sí fue establecido en su momento en materia de descansos semanales por la Ley No. 7.318.

Partiendo del supuesto que la Ley admite la compensación tanto respecto de horas trabajadas en exceso en uno o más días de la semana, como respecto de horas trabajadas de menos, la relación de compensación en todos los casos debería implicar que 1 hora trabajada en exceso se compensa con 1 hora trabajada de menos otro día de la misma semana y que una hora trabajada de menos,

¹⁹ En contra de esta posibilidad se ha pronunciado Raso, J., El factor “tiempo” en la ley de teletrabajo, ob. cit., págs. 31-32.

se compensa con 1 hora trabajada de más otro día de la misma semana.²⁰

De otro modo y tratándose de una potestad que queda en manos del teletrabajador, de no admitirse esta relación de compensación, aquél podría elegir compensar horas no trabajadas en días hábiles, con horas trabajadas en días de descanso semanal para que, al computarse diferente, por ejemplo dobles, en definitiva se terminen trabajando efectivamente menos horas que el máximo semanal aplicable, extremo que no puede ser admitido.

FORMA EN QUE OPERA LA COMPENSACIÓN

También resulta un extremo a interpretar, la forma en que opera la compensación, es decir, básicamente, si se trata de una compensación automática o depende de la voluntad de las partes.

En un primer momento, la decisión de compensar o no las horas trabajadas de más o de menos, depende, como fuera dicho, de la voluntad del trabajador, y ello puede ocurrir tanto cuando se deseen compensar horas trabajadas de más, con horas trabajadas de menos, como cuando se compensen horas trabajadas de menos con horas trabajadas de más. En ambos casos las consecuencias se pueden deducir de la propia Ley: en el primero, si la decisión del trabajador es no compensar, al cabo de la semana existirá un exceso de horas trabajadas respecto del límite semanal y en ese caso se deberán compensar con un recargo del 100%; en el segundo caso, si se decide no compensar, al término de la semana no se habrá alcanzado las horas semanales de trabajo y la consecuencia

²⁰ Conf. Pérez del Castillo, M., Lasarte, F., Demarco, C., *Teletrabajo en Uruguay*, ob. cit., pág. 95, Raso Delgue, J. El factor “tiempo en la ley de teletrabajo”, ob. cit., pág. 31 y Castro, N. y Arévalo, L., *Teletrabajo, jornada de trabajo y horas extras*, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, ob. cit., págs. 481-482.

puede ser el descuento de las horas trabajadas de menos en la semana, respecto del total de horas semanales de trabajo.

En consecuencia y más allá de la decisión del trabajador de compensar o no durante la semana, una vez culminada la semana, esto es al séptimo día -coincidente con el final de último día de descanso-, la compensación opera en forma automática, por imperio legal, de manera que si al término de la semana se registran horas trabajadas por encima del máximo semanal aplicable, deberán necesariamente pagarse con el recargo correspondiente, al no ser posible ya su compensación con tiempo; en cambio, si no se llegó al número de horas que deben laborarse por semana, ya no habrá tiempo para recuperar o compensar las horas trabajadas de menos y en ese caso quedará abierta la posibilidad de que las horas trabajadas de menos, sean objeto de descuento.

COMPENSACIÓN DE HORAS Y TELETRABAJO PARCIAL

El último aspecto vinculado a la compensación que corresponde abordar es el caso del teletrabajo parcial comprendido en la definición de teletrabajo, donde se alterna el trabajo a distancia con el trabajo presencial.

Más allá que como se mencionara, a Ley no estableció un límite mínimo de trabajo a distancia a partir del cual se determine la existencia del teletrabajo y de un teletrabajador y que la reglamentación dejó librado el asunto a lo que las partes acuerden, corresponde plantearse si es posible la compensación de horas trabajadas -de más o de menos- en la oficina, con horas trabajados -de menos o de más- a distancia y viceversa.

En este sentido habíamos adelantado opinión, en el sentido de que, verificándose una hipótesis de teletrabajo parcial, la consecuencia es la aplicación "*in totum*" de la Ley a la relación laboral de que se trate, donde sus disposiciones deben cumplirse y asumirse

durante todo el tiempo de trabajo y no solo mientras se desarrolla el trabajo en la modalidad a distancia. Así como la modalidad de teletrabajo no deja de ser tal, cuando algunos días se alterna con trabajo en la empresa, tampoco el teletrabajador deja de ser tal, por concurrir algunos días a la oficina; en todo caso, el cambio de la modalidad de la prestación no puede suponer la aplicación parcial y/o sucesivas de normas diferentes a una misma relación de empleo, lo que ocasionaría, por otra parte, problemas de difícil resolución en materia de tiempo de trabajo.²¹

La anterior interpretación encuentra sustento, actualmente, en el artículo 5º, in fine, del Decreto reglamentario, que establece que *“Las disposiciones del artículo 8 de la Ley que se reglamenta serán aplicables a la totalidad de las jornadas trabajadas en régimen de teletrabajo parcial o híbrido.”*, con lo cual queda claro que las reglas sobre jornada de trabajo y descansos, incluida la compensación, previstas en la Ley se aplican tanto a las jornadas laboradas a distancia como a las jornadas presenciales en casos de teletrabajo parcial o híbrido.

En consecuencia, la normativa sobre teletrabajo admite la posibilidad de compensar tanto las horas trabajadas en exceso o de menos en la oficina, con horas no laboradas o laboradas de más en modalidad teletrabajo, como compensar horas trabajadas en exceso o de menos en teletrabajo, con horas no trabajadas o trabajadas en exceso en la empresa, con la única condición que se trate de horas que se encuentren dentro de la misma semana.²²

²¹ Gauthier, G., La regulación del tiempo de trabajo en la ley de teletrabajo, ob. cit., pág. 534.

²² Raso, por su parte, sostiene que *“las horas en exceso de teletrabajo se podrán compensar con horas no trabajadas en la jornada presencial dentro de la misma semana, pero ni la ley especial ni la normativa general autorizan la compensación de horas de exceso de la jornada común o presencial, con horas no trabajadas en el teletrabajo.”*, en El factor “tiempo en la ley de teletrabajo”, ob. cit., pág. 33.

EL CONTROL DE HORARIO

Indisolublemente asociado al tiempo de trabajo, se encuentra el sistema de registro de asistencia que permita determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana y en definitiva poder hacer efectivas las reglas que venimos de comentar. No obstante, en el teletrabajo no es posible soslayar que muchas veces son los propios programas instalados en los ordenadores los que constituyen eficaces sistemas de “*watchfulness*” (donde obviamente también quedan registros del tiempo de trabajo), que pueden resultar más invasivos e insidiosos, incluso, que el que teorizó Frederick Taylor en sus “*Principles of scientific Management*”.²³

A estos efectos la Ley, en el artículo 9 y bajo el “*nomen juris*”, “Del registro de asistencia”, establece que “*Las partes podrán establecer el sistema de registro de asistencia que permita determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana.*” En este sentido no habría que pensar solo en el establecimiento de un sistema exclusivo de control o registro de horario -a la vieja usanza o por medio de programas específicos-, sino también en registros derivados de los propios programas utilizados para trabajar, así como las distintas analíticas resultantes de tales programas o de los proveedores de servicios en la nube, los que en todo caso deberían transparentarse al teletrabajador.

Si bien es cierto que la Ley no obliga a la adopción de un sistema de registro del horario de trabajo, como en el caso del lugar donde el trabajador desarrollará el teletrabajo, sino que establece la facultad o posibilidad de que las partes lo establezcan al utilizarse el verbo “*podrán*”, puede plantearse razonablemente la pregunta de

²³ Aloisi, A. y De Stefano, V., “Máquinas, algoritmos, plataformas digitales: facultades ampliadas y libertades virtuales. Notas sobre el futuro (del Derecho) del trabajo”, en *Cambiando la forma de trabajar y de vivir*, AAVV, Hernández Bejarano, M., Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí, A., Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 25.

qué sucede en los casos donde las partes no acordaron o establecieron un sistema de registro del horario.

En ausencia de un sistema de control de horario concreto y ante un eventual reclamo por horas que excedieran el máximo semanal previsto, regirán los principios en materia de carga de la prueba que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen asentados en materia de horario extraordinario, corresponderá al teletrabajador acreditar que trabajaba más horas que el máximo semanal aplicable y, acreditado dicho extremo, corresponde al empleador probar la cantidad de horas aportando los medios de prueba necesarios.²⁴

En este tema, hubiera sido preferible que la Ley estableciera la obligatoriedad de que las partes determinaran en el contrato un sistema de registro de horario y al mismo tiempo prever que los mismos no resulten invasivos o vulneren el derecho a la intimidad del teletrabajador y eventualmente de su familia en los casos donde el teletrabajo se desarrolle desde el hogar, a punto de considerar que no solo existen actualmente múltiples sistemas tecnológicos de control de las tareas que se cumplen a distancia, sino que algunos de ellos resultan a menudo excesivamente invasivos respecto de la actividad laboral y de la intimidad del teletrabajador.²⁵

Esta última carencia, de alguna manera ha sido contemplada por el Decreto reglamentario, en cuyo artículo 6º al tiempo de admitir *“cualquier mecanismo que resulte idóneo”* para registrar la asistencia, impone como condición: *“siempre que el mismo no sea invasivo respecto de la vida privada e intimidad del teletrabajador y su grupo familiar”*.

²⁴ Sobre el tema de la prueba del tiempo de trabajo en el teletrabajo, ver Da Silveira, F. y Burutarán, R., Tendencias jurisprudenciales en materia de trabajo a distancia, en rev. Der. Lab., LXV (283), 597 y ss.

²⁵ Gauthier, G., La regulación del tiempo de trabajo en la ley de teletrabajo, ob. cit., pág. 535.

SEGURIDAD E HIGIENE LABORAL EN EL TELETRABAJO

En cuanto a la reglamentación en esta materia y a modo de antecedente, como recuerda (Risso, 2021), corresponde mencionar que, en diciembre de 2020, la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social elaboró una ficha técnica²⁶ con algunas recomendaciones para llevar a cabo el teletrabajo que si bien carecen de fuerza vinculante, la misma recoge algunos criterios ya establecidos en otras normas vigentes como el Decreto No 406/988.

Por su parte, el artículo 7º de Decreto reglamentario, comienza estableciendo *“que el o los lugares donde se realice el teletrabajo deberán cumplir con las condiciones de salud y seguridad requeridas por la normativa vigente”*, lo que constituye un reenvío a las normas vigentes para las distintas actividades y riesgos asociados y cuyo cuerpo general continúa siendo el Decreto No 406/988. Pero el Decreto, además, obliga a *“integrar los riesgos laborales del teletrabajo al sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo de las empresas”*, lo que representa un avance en la consideración y tratamiento de la prevención de riesgos, en mérito a que ello implica que los riesgos que involucra el teletrabajo deben ser planeados y analizados en los distintos ámbitos donde se trata el conjunto de la temática relacionada con la seguridad y salud ocupacionales, como son, por ejemplo, las Comisiones Bipartitas de seguridad que funcionan a nivel de las empresas.

Para el Decreto, en la gestión de la salud y seguridad de los riesgos en el teletrabajo, se deben *“identificar y evaluar los riesgos laborales a los que están expuestos los teletrabajadores”*, lo que cumpliría con la primera de etapa señalada por la doctrina para el tratamiento de los riesgos en el teletrabajo; la segunda de ellas, como

²⁶<https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/noticias/Ficha%20t%C3%A9cnica%20de%20prevenci%C3%B3n-trabajo%20a%20distancia.pdf>

es la determinación de “*las medidas preventivas a adoptar para evitar o mitigar sus efectos*”, también aparece mencionada en la norma entre las medidas que el empleador debe informar a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social cuando ésta se lo solicite. No obstante, llama la atención que la reglamentación haya omitido una de las obligaciones principales del empleador en esta materia, una vez identificados los riesgos y las medidas preventivas a adoptar, como es la información y capacitación al trabajador acerca de las mismas a efectos de su observancia y puesta en práctica²⁷ y que va de suyo debe integrar, también, el haz obligacional del empleador en esta materia.

Sin perjuicio de esta omisión, el Decreto contempla finalmente la cuarta etapa del periplo preventivo, como es la verificación de que los lugares en los que se desarrolle el teletrabajo cumplan con las condiciones de seguridad y salud requeridas, estableciendo que “*En caso de negativa del teletrabajador a autorizar la verificación del lugar de trabajo, cuando éste se cumpla en el domicilio, el empleador podrá recurrir a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, la que podrá solicitar autorización judicial para efectuar la correspondiente inspección del lugar de trabajo.*”, dadas las limitaciones constitucionales en materia de acceso al hogar.(artículo 11 de la Constitución)

De modo que ante la negativa del teletrabajador de que el empleador ingrese a su domicilio a verificar las condiciones de seguridad y salud ocupacionales y ante la solicitud de éste a la Inspección General del Trabajo, esta repartición estatal no tiene otra alternativa que solicitar a la Justicia una orden para ingresar al hogar/lugar

²⁷ Conf. Mella Méndez, L., La seguridad y la salud en el teletrabajo, en *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Mella Méndez, L. (editora), Villalba, A. (coordinadora), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015, págs. 175 y ss., De las Heras García, A., *El teletrabajo en España: análisis crítico de normas y prácticas*, Ediciones CEF, ISBN 9788445432921, Madrid 2016, pág. 257, Spiwak, P y Martínez López, A, Teletrabajo: desafíos para la protección de la salud y seguridad del trabajador ante la nueva regulación, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ob. cit., pág. 646

de trabajo, lo que plantea a su vez otro tema que ni la Ley ni el Decreto resuelven, como es qué Juzgados serían competentes para resolver semejante medida.

(González Martínez, 2021) analizando específicamente el tema en la Ley de teletrabajo, concluye, en opinión que compartimos, que la sede competente sería la laboral, con fundamento en el artículo 2º de la Ley No 18.572, *“en tanto la actuación de la IGTSS supone la existencia de un desacuerdo entre el teletrabajador y empleador, es decir, un conflicto individual de trabajo.”*²⁸

El Decreto finalmente otorga a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, en caso de que se constate que las condiciones en las que se realiza el teletrabajo no cumplen con la normativa vigente en salud y seguridad, la facultad de suspender *“teletrabajo hasta tanto no se modifiquen dichas condiciones o se modifique el lugar en el que se realiza; sin perjuicio de la aplicación de sanciones que puedan corresponder.”*

Por último y no por ello menos trascendente, es el hecho de que el Decreto al establecer la obligación de integrar los riesgos laborales del teletrabajo a sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo de las empresas, menciona expresamente dos de los riesgos más comunes en el teletrabajo como son *“los riesgos psicosociales y ergonómicos”* y que no suelen entrar en la consideración muchas veces como riesgos derivados del trabajo en general y del teletrabajo, sobre todo los riesgos psicosociales.²⁹

²⁸ En cambio, han sostenido la competencia de la justicia civil, Pérez del Castillo, M., Lasarte, F., De Marco, C., ob. cit., pág. 139.

²⁹ Sobre los riesgos que puede traer consigo el teletrabajo puede verse Tessler, J., Encyclopedia of Occupational Health and Safety, Part XVII - Services and Trade, Chapter 99, Office and Retail Trades, ILO, Ginebra 2011, Raso Delgue, J., “La desconexión”, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ob. cit. págs. 605-606 y Risso, D., “Aspectos de seguridad, higiene y salud ocupacional a tener en cuenta en el teletrabajo”, ob. cit., pág. 612.

En referencia a éstos últimos, (Mella Méndez, 2017), afirma que los riesgos psicosociales surgen de la interacción entre la particular personalidad del trabajador y las condiciones en las que realiza su actividad laboral y suelen reflejar la competencia profesional y la relación emocional de aquél con las nuevas tecnologías, entre los cuales destacan el tecnoestrés y, su opuesto, la tecno adicción. El tecnoestrés se genera cuando el trabajar percibe, subjetivamente, una falta de correspondencia entre las altas demandas exigidas y los escasos recursos personales disponibles para el adecuado uso de aquellas en el trabajo; mientras que la tecno adicción es un tipo de estrés tecnológico relacionado con una incontrolable compulsión a utilizar las nuevas tecnologías durante largos períodos de tiempo.³⁰

HERRAMIENTAS Y EQUIPOS PARA EL TELETRABAJO

El artículo 12 de la Ley, dispone que “*Las partes acordarán la forma de provisión de las tecnologías de la información necesarias para que el trabajador desarrolle el teletrabajo, debiendo quedar debidamente consignada en el contrato de trabajo*” y para el caso de desacuerdo será el empleador el que deberá proporcionar los equipos, insumos y servicios y demás herramientas necesarias para el desarrollo del teletrabajo, siendo de cargo del empleador los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos.

³⁰ Mella Méndez, L., Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español, en *El teletrabajo en España...*, ob. cit., págs. 73-74. El tema ha sido tratado recientemente por Molina Navarrete, C, en La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el “neo-taylorismo digital en clave de (pérdida de) bienestar, en *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M., (Coordinadores), Universidad Carlos III, Madrid 2020, Edición electrónica disponible en internet en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/29725>

La solución se aparta de la mayoría de las legislaciones que en el último tiempo han regulado el teletrabajo y que establecen directamente la obligación del empleador de suministrar los equipos, programas y servicios necesarios para teletrabajar³¹, pero, además, la norma presenta algunos problemas de redacción que no pueden dejar de mencionarse.

Por un lado, el inciso primero del artículo 12, al establecer el tema sobre el que las partes podrían acordar, lo hace mencionando solo a las tecnologías de la información, que comprenden tanto el hardware o las computadoras, como el software o los programas operativos necesarios para teletrabajar, omitiendo toda referencia a las tecnologías de la comunicación, como es la conexión a internet y también omitiendo el resto de las herramientas, insumos o gastos.³²

³¹ En Argentina es el empleador que debe proporcionar el equipamiento -hardware y software-, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja; en Chile, los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador, igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán también de cargo del empleador; en Colombia, los empleadores deben proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por el, necesarios para desempeñar sus funciones; en España, las personas que trabajan a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad.

³² En este tema, es necesario tener presente que puede ser interés del teletrabajador utilizar su propio ordenador, por costumbre o adaptación al mismo y también, aunque más no sea, para evitar “programas espías” donde tanto el teletrabajador interactivo como el que no tiene conexión telemática permanente, quedan expuestos a una vigilancia directa en tiempo real o diferida en el tiempo a través de programas “*in accounting*”, conf. Mercader Ugina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, Valencia 2017, pág. 156.

En esta materia, del Decreto reglamentario fue más allá de la Ley al establecer que el acuerdo debe versar sobre “*la forma de provisión de los equipos, insumos y servicios necesarios para desarrollar el teletrabajo*”, en este punto, la referencia a “*equipos*”, resulta una referencia clara a las tecnologías de la información (hardware), mientras que la referencia a “*insumos*” podría comprender también el programa o “*software*”, ambas acepciones que estaban previstas en la Ley bajo la denominación de tecnologías de la información. El Decreto agrega, que el acuerdo también debería comprender los servicios necesarios para desarrollar el teletrabajo, como son las tecnologías de la comunicación, extremo que, si bien no fue tenido en cuenta en el artículo 12 de la Ley, parece lógico y razonable que las partes regulen también este aspecto imprescindible para el teletrabajo.

En consecuencia, una interpretación armónica del artículo 12 de la Ley, llevaría a entender que la norma, al priorizar en primer lugar el acuerdo de partes, en realidad se refiere a que si no existe acuerdo sobre el conjunto de “*las herramientas y equipos para el teletrabajo*”, tal el “*nomen iuris*” del artículo, será de cargo del empleador el suministro de los equipos, insumos y servicios y demás herramientas necesarias para el desarrollo del teletrabajo³³, así como los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos.³⁴

Es decir, el acuerdo al que deberían llegar las partes, debería ser integral y establecer quién proporciona o asume los gastos de los

³³ Conf. Pérez del Castillo, M., Lasarte, F., Demarco, C., Teletrabajo en Uruguay, ob. cit., pág. 142 y Loustaunau, N., Los elementos marginales del salario en la Ley de Teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ob. cit., pág. 562.

³⁴ Entre los “*equipos*” quedan comprendidos la computadora, una impresora si fuera necesario para el desarrollo del trabajo y eventualmente un router; entre los “*insumos*”, además, podría considerarse la tinta para la impresora si fuera de caso; los “*servicios*” comprenderían la conexión a internet o a una VPN y el consumo eléctrico; mientras que respecto de la referencia a las “*demás herramientas*” puede considerarse comprendido el escritorio y la silla de trabajo.

equipos, insumos y servicios y demás herramientas necesarias para el desarrollo del teletrabajo y también cómo se distribuyen los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos; cuando no se pueda arribar a este acuerdo integral sobre todos los aspectos necesarios para teletrabajar, en ese caso operaría la condición para que el empleador asuma los mismos.

El Decreto reglamentario, agrega que *“El teletrabajador será responsable del cuidado y uso exclusivo de los equipos, herramientas y medios de protección personal proporcionados por el empleador e informar a este en caso de desperfecto, daño o cualquier otra circunstancia que impida la utilización de los mismos.”*

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

La Ley N° 19.978 consagró en el artículo 14 el *“Derecho a la desconexión”*, como el derecho de todo trabajador a la desconexión, entendiéndose por tal, el pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías, pero también se establece un derecho a no ser contactado por el empleador, lo cual implica que el teletrabajador no estará obligado -entre otros-, a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el artículo 8°, respecto al descanso mínimo. La referencia al artículo 8, supone que la norma terminó consagrando un tiempo de desconexión de 8 horas continuas.³⁵

Una primera observación a efectuar, tiene relación con el alcance del derecho que se plasma en el artículo 14, el que parece exceder

³⁵ Ello ha sido objeto de críticas por parte de Raso Delgue, J. quien asimila el derecho a la desconexión con el descanso entre jornadas: *“No deja de sorprender un tiempo tan exiguo de desconexión, cuando vimos que regulaciones como la chilena y la peruana han establecido tiempo de desconexión de 12 horas.”*, en *La desconexión*, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ob. cit., pág. 604.

el marco del teletrabajo a punto de partida de consagrar el derecho para todo tipo de trabajador; tal referencia aparece en dos oportunidades, cuando se consagra el derecho a la desconexión que se lo asigna como derecho de “*todo trabajador*” y cuando se aclara en qué consiste el derecho, donde se vuelve a reiterar que es el derecho de “*todo trabajador*” a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías. Nobleza obliga mencionar, que más adelante, el mismo artículo contiene una referencia a los teletrabajadores cuando se regula lo que implica la desconexión de los dispositivos digitales, en el sentido de que, ahora sí el “teletrabajador”, no estará obligado a responder comunicaciones órdenes u otros requerimientos del empleador a fin de garantizar su tiempo de descanso.

Podría sostenerse, asimismo, que, tratándose de una ley concebida para regular el teletrabajo, sus disposiciones deben aplicarse exclusivamente a los teletrabajadores³⁶ - el artículo 9º del Decreto reglamentario se refiere solo a los teletrabajadores- y que en realidad la referencia a “*todo trabajador*” en el artículo 14, se trata de una imprecisión terminológica que pasó inadvertida en la discusión parlamentaria.

La anterior interpretación no nos parece de recibo, en mérito a que, por un lado, el texto es claro, habilitando una interpretación amplia; por otro lado, existen ejemplos en el derecho laboral uruguayo donde determinados mecanismos protectores incluidos en leyes concebidas para regular actividades determinadas, luego se han extendido a todos los trabajadores.³⁷ Pero tampoco puede sostenerse que se trató de una imprecisión terminológica que se deslizó por inadvertencia del legislador; en efecto, analizando el proceso de discusión parlamentaria del proyecto de ley puede advertirse que la referencia a “*todo trabajador*” como titular del derecho

³⁶ Posición sostenida por Rosenbaum Carli, F., en Régimen jurídico del tiempo de trabajo en la reciente Ley No 19.978 sobre promoción y regulación del teletrabajo en el Uruguay, ob. cit., págs. 622-623.

³⁷ Es el caso de la protección contra el despido de la trabajadora grávida prevista en Ley No. 11.577 que regula determinados aspectos de las actividades insalubres.

a la desconexión, figuró desde el principio en el proyecto de ley presentado en el Senado y no fue objeto de modificación a pesar de que el contenido del artículo sí fue objeto de sucesivos cambios. Pero lo que resulta definitorio, en nuestra opinión, para entender que la referencia a “*todo trabajador*” no se trató de una imprecisión terminológica ni que pasó inadvertido en la discusión parlamentaria, fue el hecho de que en una de las sesiones de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Representantes, el Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Udelar, señaló que con la redacción del artículo sancionado por el Senado en realidad se estaba consagrando el derecho a la desconexión para todos los trabajadores y no solo para los teletrabajadores y a pesar de ello, la Comisión de Legislación del Trabajo y luego el Plenario de la Cámara de Diputados, terminó aprobando el texto vigente.

Una segunda observación a señalar, es que no solo se contempla el derecho de todo trabajador a desconectarse de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías, sino que además se consagra otro derecho, como es el derecho a no ser contactado por el empleador, lo que implica que el empleador tiene que abstenerse de contactar o comunicarse con el trabajador, esto es, está impedido de comunicarse o entrar en contacto de cualquier forma (personalmente, por SMS, por redes sociales, por correo electrónico, o mediante una llamada telefónica, etc.). Si bien es cierto que la norma no establece una sanción concreta para el caso de que el empleador no respete el derecho del trabajador a no ser contactado, no caben dudas de que ha quedado consagrada una obligación para el empleador de no contactar a sus empleados durante un determinado lapso.

En este sentido, el artículo 14, más allá de regular el alcance del derecho a la desconexión y del derecho a no ser contactado, no establece la duración del período durante el cual regirían o deben hacerse efectivos ambos derechos, aunque al disponer que la finalidad de estos es garantizar el tiempo de descanso, se hace una

remisión al artículo 8º donde sí establece la duración de 8 horas continuas.

Naturalmente que la aplicación y observancia de estos derechos debe efectuarse con la debida razonabilidad, en mérito a que, por ejemplo, no puede considerarse que estemos frente a una prohibición de carácter absoluto que no pueda admitir excepciones, como aquellas situaciones que podrían tener como causa razones urgentes, impostergables o de fuerza mayor o, incluso, cuando se trata de meros avisos para advertir al trabajador que debe presentarse o no presentarse en determinado horario, etc., que no puedan considerarse siquiera requerimientos de trabajo.

Si bien la Ley no establece ninguna consecuencia ante la inobservancia del derecho a la desconexión por parte del empleador, coincidimos con la opinión de Raso cuando afirma que la violación de la obligación de desconexión no implica solo la eventual compensación patrimonial del trabajo realizado en dicha oportunidad, sino también a violación de deberes vinculados a la salud y la seguridad en el trabajo, que podrán ser sancionados por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social o reparados con daños y perjuicios en la vía judicial, en función de la gravedad del daño psicofísico causado al trabajador.³⁸

El artículo 9 del Decreto reglamentario, establece que las partes acordarán el horario de desconexión, el que se establecerá en el contrato, en concordancia con lo ya previsto en el artículo 3º del Decreto en relación con el contenido necesario del contrato de teletrabajo.

Pero a continuación se agrega: *“Todo teletrabajador tiene derecho a la desconexión en los tiempos de descanso y licencias, y durante ese período el teletrabajador tiene derecho a no responder comunicaciones, ordenes u otros requerimientos”*

³⁸ Raso Delgue, J., La desconexión, ob. cit., pág. 606.

La redacción de esta parte de la norma es pasible de crítica, por cuanto establece que el derecho a la desconexión rige también durante los tiempos de descanso, que para el Decreto comprende los descansos intermedios, los descansos entre jornadas y el descanso semanal, incorporándose ahora, también, las licencias, extremos que exceden claramente el alcance de la Ley, razón por la cual esta parte de la norma puede ser tachada como ilegal, sin perjuicio de que sea razonable que también durante los mencionados descansos rija el derecho a no ser contactado por el empleador o no tener la obligación de atender requerimientos de trabajo, como forma de asegurar la finalidad de los distintos descansos.

EL TELETRABAJO EN ZONAS FRANCAS

El 3 de noviembre de 2021, el artículo 129 de la Ley N° 19.996 de Rendición de Cuentas y Balance Presupuestal del ejercicio 2020, habilitó expresamente la posibilidad de que el personal de zonas francas desempeñe sus tareas en modalidad de teletrabajo, agregando un artículo -14TER- a Ley de Zonas Francas N° 15.921.

Por su parte, el Decreto N° 319/O22 aprobado el día 29 de setiembre de 2022, reglamentó las condiciones y los límites para poder implementar dicha modalidad en para los trabajadores dependientes de los usuarios de Zonas Francas.

Entre los requisitos, se establecen: i.- los servicios en la modalidad de teletrabajo pueden prestarse exclusivamente desde su domicilio particular del teletrabajador situado en territorio nacional. ii.- debe tratarse de trabajadores dependientes que cumplan una jornada a tiempo completo en atención a la actividad desarrollada por la empresa, con un mínimo de 25 (veinticinco) horas semanales. iii.- el 90% de los trabajadores beneficiarios de esta modalidad -que cumplan con el requisito señalado en el párrafo anterior-, deberán desempeñar como mínimo un 60% de su carga horaria mensual en la modalidad de trabajo presencial. El 10% restante de la plantilla queda exceptuado del cumplimiento de tal requisito mínimo,

siempre que así se establezca en los acuerdos celebrados entre el Usuario y sus dependientes. iv.- en ningún caso la sumatoria de horas presenciales cumplidas por la totalidad de los dependientes del usuario en un mes, podrá ser inferior al 60% del total de la carga horaria correspondiente al referido grupo en ese período. Por lo tanto, la norma exige que se cumplan determinados porcentajes mínimos de presencialidad por parte del teletrabajador y un mínimo de horas presenciales mensuales. v.- únicamente podrán hacer uso del teletrabajo los Usuarios de Zonas Francas que tengan un mínimo de 1.000 (mil) horas mensuales trabajadas en la modalidad de trabajo presencial para la totalidad de la plantilla del Usuario.

El Decreto va en la misma línea que el artículo 14-TER de la Ley de zonas francas en relación a las exclusiones de este régimen. El artículo 5 del Decreto no autoriza el teletrabajo a los recursos humanos que desarrollen directamente las actividades operativas de producción o fabriles, de distribución o logísticas.

Tampoco se autoriza para el desarrollo de las actividades comerciales sustantivas definidas en el artículo 14 de la ley N.º 15.921 (enajenación, promoción, exhibición, entrega de mercaderías, actividades análogas y cobranza).

La norma aclara expresamente que la autorización no implicará, bajo ninguna circunstancia, permiso para abrir oficinas de ningún tipo fuera del territorio de Zonas Francas. Se mantiene entonces el área territorial determinada por el Poder Ejecutivo a efectos de continuar garantizando el aislamiento de estas zonas respecto del territorio nacional. Es menester señalar que se entiende por territorio nacional, el territorio nacional excluidas todas aquellas áreas determinadas como zonas francas (art. 1-TER ley 15.921).

Asimismo, no quedan comprendidas dentro del beneficio de la modalidad de teletrabajo, las actividades excepcionales, auxiliares y complementarias establecidas en la ley n.º 15.921, tales como las

relaciones públicas, el manejo de documentación auxiliar, facturación, cobranza de bienes y servicios, entre otros.

A su vez, el artículo 6 del Decreto le impone la carga a los Desarrolladores de llevar un registro de los acuerdos suscritos entre los Usuarios y sus trabajadores dependientes, de acuerdo con las condiciones que establezca la Dirección Nacional de Zonas Francas. Dicho organismo establecerá los requisitos y procedimientos para dar cumplimiento al Decreto, tales como el detalle de documentación que ilustre sobre los recursos humanos que se hubieren amparado al beneficio del teletrabajo, reportes de días y horarios de trabajo presencial y teletrabajo, plazos de guarda de dicha información, entre otros.

Finalmente corresponde dar cuenta que la Dirección Nacional de Zonas Francas por Resolución N° 77/O22, de 14 de octubre de 2022, aprobó el “Reglamento de teletrabajo en Zonas Francas”, a partir de lo dispuesto por el artículo 14ter de la Ley N° 15.921, en la redacción dada por el artículo 129 de la Ley N° 19.996 y el Decreto reglamentario N° 319/O22.

El Reglamento se aplica al personal dependiente de las empresas Usuarias de Zona Franca y al resto de los actores involucrados y comienza a regir el 4 de diciembre de 2022 (a los 60 días de la publicación del Decreto N° 319/O22 en el D. O.), pudiendo la Dirección Nacional de Zonas Francas prorrogar por única vez el plazo hasta por 30 días corridos.

El Reglamento reafirma lo dispuesto por las normas legales y reglamentarias sobre el particular, en el sentido que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo, deberá efectuarse exclusivamente desde el domicilio particular del empleado situado en el territorio nacional.

Al reiterar que podrán beneficiarse de esta modalidad los trabajadores dependientes de las empresas usuarias que cumplan

jornadas a tiempo completo en atención a la actividad desempeñada, descartaría que la modalidad de teletrabajo pueda ser utilizada por trabajadores contratados a “tiempo parcial”, es decir, por jornadas diarias inferiores a la jornada legal.

En control de la correcta implementación de la modalidad de teletrabajo en Zonas Francas, estará a cargo de la Dirección Nacional de Zonas Francas del Ministerio de Economía y Finanzas y los Desarrolladores deberán llevar el registro donde se verifique, de manera clara e inequívoca, el cumplimiento de las condiciones y límites establecidos en la reglamentación dispuesta para la modalidad de teletrabajo.

El Reglamento aclara que el mismo rige exclusivamente en lo que respecta al vínculo laboral existente entre los Usuarios de Zonas Francas y su personal dependiente. Todo lo que no se encuentre expresamente previsto en la Ley N° 15.921, en la redacción dada por las Leyes N° 19.566 y N° 19.996 y sus Decretos reglamentarios, se regirá por el régimen general y particular que las Leyes Nacionales y sus reglamentos establezcan en materia laboral, siempre y cuando no se oponga a la normativa del teletrabajo dispuesta por el Régimen de Zonas Francas.

En consecuencia, además de la normativa laboral general, resultan aplicables a los trabajadores de Zonas Francas que accedan a la modalidad de teletrabajo, tanto la Ley N° 19.978 de promoción y regulación del teletrabajo, como su Decreto reglamentario N° 86/O22, que constituyen la regulación especial o particular del teletrabajo dependiente en el país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aloisi, A. y De Stefano, V., Máquinas, algoritmos, plataformas digitales: facultades ampliadas y libertades virtuales. Notas sobre el futuro (del Derecho) del trabajo, en *Cambiando la forma de trabajar y de vivir*, AAVV,

Hernández Bejarano, M., Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí, A., *Tirant lo Blanch*, Valencia 2020.

Castro, N. y Arévalo, L., Teletrabajo, jornada de trabajo y horas extras, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021, pág. 481.

Da Silveira, F. y Burutarán, R., Tendencias jurisprudenciales en materia de trabajo a distancia, en *rev. Der. Lab.*, LXV (283).

De las Heras García, A., *El teletrabajo en España: análisis crítico de normas y prácticas*, Ediciones CEF, ISBN 9788445432921, Madrid 2016.

Fernández Fasciolo, M. y Novaretto, M., ¿Se puede fijar el horario de trabajo específico para el teletrabajador? en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Garmendia, M., Notas sobre la nueva regulación legal del teletrabajo, *Revista Derecho del Trabajo*, Nº 33, octubre diciembre 2021, Ed. La Ley Uruguay.

Garmendia, M., La ley de teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Gauthier, G., La regulación del tiempo de trabajo en la ley de teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

González Martínez, M., Competencia de la justicia laboral para autorizar inspecciones en domicilios (art. 11 Ley 19.978 - Teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Loustaunau, N., Los elementos marginales del salario en la Ley de Teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Mella Méndez, L., La seguridad y la salud en el teletrabajo, en *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Mella Méndez, L. (editora), Villalba, A. (coordinadora), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015.

Mella Méndez, L., Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español, en *El teletrabajo en España, El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Madrid 2017.

Mercader Ugina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, Valencia 2017.

Molina Navarrete, C., La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el “neo-taylorismo digital en clave de (pérdida de) bienestar, en *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M., (Coordinadores),

Universidad Carlos III, Madrid 2020, Edición electrónica disponible en internet en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/29725>

Pérez del Castillo, M., Lasarte, F., Demarco, C., Teletrabajo en Uruguay, FCU, Montevideo 2021.

Raso, J., El factor “tiempo” en la ley de teletrabajo, en Revista Derecho del Trabajo N° 33, octubre diciembre 2021, págs. 33-34.

Raso Delgue, J., La desconexión, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Risso, D., Aspectos de seguridad, higiene y salud ocupacional a tener en cuenta en el teletrabajo, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Rosenbaum Carli, F., Régimen jurídico de tiempo de trabajo en la reciente Ley No 19.978 sobre promoción y regulación del teletrabajo en Uruguay, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Maldonado 2021.

Spiwak, P y Martínez López, A, Teletrabajo: desafíos para la protección de la salud y seguridad del trabajador ante la nueva regulación, en *XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Maldonado 2021.

Tessler, J., *Encyclopedia of Occupational Health and Safety, Part XVII - Services and Trade*, Chapter 99, Office and Retail Trades, ILO, Ginebra 2011.

BREVE DIAGNÓSTICO CRÍTICO ACERCA DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

Jesús Ignacio Delgado Rojas.
Universidad de Sevilla.
Dpto. Filosofía del Derecho.

ORCID ID 0000-0002-3818-5990

“Órgano creador de la ciencia u órgano que esclarece y difunde los ideales que concuerdan mejor con los fines universales del hombre o con la visión que tiene un pueblo de su misión en la historia, esto es la Universidad”.

Fernando de los Ríos, «Ineficacia de nuestras Universidades».

Habrá quien piense que seguir debatiendo sobre la situación de la Universidad, y sobre el trabajo que los profesores y profesoras desempeñan en ella, es un tema anacrónico y desfasado, y que resultará utópico cualquier proyecto reformista que, si no es contundente, no terminará por atacar la raíz del problema. La abundante literatura al respecto, abarcando o ahondando en unos u otros asuntos, no ha conseguido aún echar el cierre a la sempiterna polémica del encaje de la Universidad en la sociedad democrática del siglo XXI¹.

¹ A esta cuestión se dedica monográficamente el número 23 de la revista *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, que lleva por título *La Universidad en crisis*. También recientemente ha aparecido *La precariedad en la Universidad española: un estudio en primera persona*, DUEÑAS CASTRILLO A.I. (dir.), ANDRÉS LLAMAS M.A y MACHO CARRO A. (coords.), Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022. Ver además RIVERO ORTEGA R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021 y CUESTA REVILLA J. (dir.), *Juzgar a la Universidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

El ya viejo debate sobre el papel de la Universidad, lejos de parecer superado, se actualiza hoy con más fuerza. Así lo demuestran las abundantes reflexiones que recientemente intelectuales y profesores han aportado en torno a un problema que, por la autoridad de las voces que escriben sobre ello y las preocupaciones que manifiestan, no está desde luego clausurado².

Siempre habrá quien diga aquello de que cualquier tiempo pasado fue mejor. Un pensamiento nostálgico que, entre muchos de los que ocupan actualmente una cátedra o lo hicieron en su día y hoy están jubilados, parece haberse acomodado para no marcharse. Máxime entre las generaciones más avanzadas de edad, que ven – entre tristeza y añoranza– el calamitoso resultado al que ha llegado una Universidad que poco o nada se parece a la que en su día ellos entraron (seguramente en las postrimerías del franquismo). Sin haber echado aún el cierre al problema, merece la pena entonces seguir reflexionando sobre su diagnóstico, albergando siempre alguna esperanza sobre la pronta y exitosa recuperación de tan importante institución.

Mucho me temo que uno de los males que aquejan hoy a la Universidad tiene que ver con la confusión de su necesaria autonomía con la creciente *politización*, haciendo de aquella una herramienta más al servicio del turno y oportunismo que marcan los poderes fácticos³. Si el autogobierno sirve para la producción normativa y

² Cito, entre otras, una obra publicada sobre el tema que recoge la contribución de diecinueve catedráticos que analizan la situación de la Universidad española, con título y subtítulo que son suficientemente ilustrativos de la tesis que se suscribe: *La Universidad cercada. Testimonios de un naufragio*, HERNÁNDEZ J., DELGADO-GAL A., PERICAY X. (eds.), Anagrama, Barcelona, 2013. También puede resultar interesante la entrevista con el prof. José ÁLVAREZ JUNCO que aparece en las páginas finales de la obra en su homenaje *Pueblo y Nación*, MORENO LUZÓN J. y DEL REY F. (eds.), Taurus, 2013, pp. 347 y ss.

³ De este viejo fenómeno universitario se ocupó *in extenso* el catedrático de Filosofía del Derecho Andrés Ollero con un análisis que, pese a la distancia cronológica de su autoría, sigue siendo perfectamente aplicable a la situación actual: OLLERO A., *Qué hacemos con la Universidad*, cap. IX: ¿Universidad apolítica?, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985, pp. 185-201. A este texto le siguió

posterior despreocupación de la propia vida académica, parecería que estamos haciendo un perverso ejercicio de este derecho fundamental. Si el paliativo a las enfermedades de las que adolece la Universidad creemos que debe venir de mayores dosis de autogobierno universitario, por mal camino vamos si esa ampliación de sus cotas de autonomía no va acompañada de un uso más legítimo de la misma, que impida volver a caer en la misma raíz del problema: mayor autonomía para albergar mayor poder (político):

«Las peticiones de autonomía universitaria han sido moneda corriente a lo largo de los últimos decenios. Los problemas de la Universidad se consideraban siempre provocados por imposiciones caprichosas o políticamente interesadas; desaparecerían de inmediato si se permitiera a los universitarios resolver sus propias cuestiones»⁴.

Para el profesor Manuel Atienza la «*democracia universitaria* es hoy más bien una forma de *corporativismo*, en la que los miembros de la institución persiguen sus intereses particulares y no los generales de la sociedad». Y añade el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante que la autonomía universitaria «juega un papel sumamente negativo, al igual que el fenómeno de la sindicalización y la (creciente y asfixiante) burocratización»⁵.

El panorama se vuelve bastante desolador si consideramos la autonomía universitaria solo como voz de mando y no como vocación de servicio. Ingenuo el que piense que *más autonomía* es el Bálamo de Fierabrás que acabará milagrosamente con los males de la institución. Pareciera que tan venerado derecho fundamental

otro donde, el que había sido portavoz de Educación en el Congreso de los Diputados durante la mayor parte de sus más de diecisiete años de actividad parlamentaria, fue revisando las propuestas de política educativa de los gobiernos de turno: OLLERO A., *Qué hemos hecho con la Universidad. Cinco lustros de política educativa*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

⁴ OLLERO A., *Qué hacemos con la Universidad*, op. cit., p. 144.

⁵ ATIENZA M., “De cercos, naufragios y otros desastres”, en *Claves de razón práctica*, 230, sept-oct 2013, p. 104.

resulta ser en realidad un mantra que, lejos de atacar la base del problema, solamente sirve para remendar la herida con los jirones que de ella quedan. Al final que cada Universidad aguante su autonomía como (buenamente) pueda, la presupuestaria también.

Si autonomía universitaria es el equivalente exclusivo de autogobierno y no el correlato necesario para que el servicio público educativo superior se desenvuelva en un clima proclive a la formación e investigación, como ejes claves para el progreso de una sociedad avanzada, vamos a seguir cayendo en el mismo sistema que hemos venido arrastrando y cuyo desprestigio progresivo sufren hoy las actuales generaciones de estudiantes e investigadores.

Las más recientes políticas gubernativas ministeriales parecen no cesar en su empeño de seguir parcheando, con medidas anestésicas y paralizantes, un sistema educativo al que parecen haberse propuesto dinamitar en tiempo record, por más “indignación” que el asunto provoque. La “marea verde”, más que arribar a buen puerto, parece haber naufragado en el mar de la sordera de aquellos para quienes claman, sin obtener respuesta desde la otra orilla ante sus peticiones de S.O.S. Mirar para otro lado parece seguir siendo la mejor receta. No duda Manuel Atienza en señalar como responsables directos de esta situación «a las autoridades ministeriales y autonómicas (de diversos gobiernos y partidos políticos) y a los rectores», sin olvidarse tampoco de los propios profesores como responsables indirectos que «hemos permitido que las cosas hayan llegado hasta donde han llegado»⁶.

La criticada tendencia fuertemente endogámica de formación de doctorandos y su posterior colocación entre las filas del propio departamento en el que han leído su tesis doctoral, no ha podido combatirse a través de *idoneidades*, *habilitaciones* ni, ahora, con las vigentes *acreditaciones*. Es más, la autonomía universitaria parece haber venido a consagrar este localismo paternalista, por el hecho de que «todo joven becario se cree, y su Universidad se lo

⁶ ATIENZA M., *De cercos, naufragios y otros desastres*, op. cit., p. 107.

procura, con derecho a permanecer en la Facultad en la que estudió hasta que se jubile; allí le crearán la plaza de titular y allí esperará a suceder a su Maestro [...]. Se acabó desde hace tiempo el ir a ganar una plaza en otra Universidad: se muere donde se nace y no se permite ir a ocupar una plaza en corral ajeno. Éste ha sido uno de los frutos de una concepción radicalmente pervertida de la autonomía universitaria⁷. Para la profesora Anna Caballé, «bastaría con hacer una cala sobre los doctorandos que han conseguido contratarse en un departamento para valorar su nivel de endogamia y clientelismo»⁸.

El actual procedimiento de selección del profesorado ha conseguido crear, a juicio de Álvarez García, «un verdadero constructo de defectos al optar por el sistema de acreditaciones», achacando la perversión del sistema a la capital función que en ese entramado se le atribuye a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), pues «no es el mérito o la capacidad del candidato lo que determina la valoración, sino unos criterios en los que no es posible reflejar la calidad científica de las obras presentadas». Las consecuencias de esta situación resultan evidentes para este catedrático de Derecho Penal: «los jóvenes profesores carecen cada vez más de la necesaria formación de base, o dicho de otra forma, se ha empeorado notablemente la formación de los nuevos investigadores»⁹.

Ello conduce a que estemos ante un «sistema de selección y promoción del profesorado profundamente insatisfactorio: la no existencia de pruebas públicas (una “innovación” de los últimos tiempos), la endogamia extrema (al parecer, el 95% de los profesores que han obtenido una plaza en las últimas décadas formaban ya parte de la Universidad convocante) y el papel de la ANECA

⁷ ÁLVAREZ GARCÍA F.J., “La selección del profesorado en la Universidad española”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, 2013, p. 156.

⁸ CABALLÉ A., “¿Universidad cercada?”, en *Claves de razón práctica*, 230, sept-oct 2013, p. 114.

⁹ ÁLVAREZ GARCÍA F.J., *La selección del profesorado en la Universidad española*, op. cit., pp. 142-143.

(calificado por alguno de “invento monstruoso”; la acreditación como profesor titular o catedrático depende ahora de una comisión de profesores nombrados a dedo y sin participación de especialistas en la materia) lleva inevitablemente a pensar que se ha establecido un procedimiento bastante más arbitrario que el existente al final del franquismo»¹⁰. La situación resultante es bien conocida entre el profesorado del entorno universitario:

«Para conseguir plaza los profesores necesitarían publicar una serie de *papers* que tendrán que ser aprobados por un vasto cuerpo de expertos en el ámbito de esos trabajos, que atestiguarían su originalidad y productividad. Nacía así –critica el profesor de Ciencia Política Patrick J. Deneen– un mercado de selección y reclutamiento de profesores. Los docentes dejaron de estar ligados a instituciones particulares, y ni siquiera a sus estudiantes, entendiéndose a sí mismos cada día más como miembros de una profesión»¹¹.

Frente a ello, la alternativa parece que sería volver a las *menos* defectuosas pruebas nacionales. Pues, «mientras no se encuentre otro mejor y se pruebe la bondad de sus resultados, las oposiciones constituyen el mejor sistema de selección de catedráticos». Lo cual no garantiza que ese sistema no se pueda aplicar, también, aunque en menor medida, «de manera absolutamente corrompida e injusta»¹².

En consonancia con todo lo anterior, parece hoy bastante claro que la docencia de calidad ha abandonado la Universidad, asfixiada por los apremios burocráticos que a diario absorben al profesor y por la primacía de la investigación en la carrera académica. Paralelamente, desde hace ya algún tiempo, pareciera que la Universidad española se está convirtiendo en una fiel seguidora de las modas imperantes del mundo anglosajón en la materia, convirtiendo los

¹⁰ ATIENZA M., *De cercos, naufragios y otros desastres*, op. cit., p. 104.

¹¹ DENEEN P.J., *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?*, trad. de D. Cerdá, Rialp, Madrid, 2018, p. 151.

¹² NIETO A., *La tribu universitaria*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 75.

departamentos universitarios en sucursales de las más afamadas universidades yanquis. Y, mientras tanto, la excelencia, los *rankings*... dulcificarán la agonía de lo que nos estamos cargando a pulso. Se pregunta con acierto la profesora Anna Caballé si nos preocuparía tanto la Universidad de no existir esos *rankings* que ponen en evidencia el fracaso¹³.

Para combatir tan difícil tesitura, el denominado *plan Bolonia* se propuso, aunque con resultados hoy bastante confusos¹⁴, remediar la situación con la cura tradicional que ya todos imaginaban: «las Universidades tendrán mucha mayor autonomía en el ámbito de la organización de la docencia»¹⁵. Ya en el preámbulo del RD 1393/2007, que introducía las reformas de Bolonia, se anunciaba que era su objetivo «profundizar en la concepción y expresión de la autonomía universitaria de modo que en lo sucesivo serán las propias Universidades las que crearán y propondrán, de acuerdo con las reglas establecidas, las enseñanzas y títulos que hayan de impartir y expedir, sin sujeción a la existencia de un catálogo previo establecido por el Gobierno, como hasta ahora era obligado».

Un sistema que resultó ser más loable en sus fines y objetivos iniciales que lo que las deficiencias de su ulterior implantación ha revelado. Igual de crítico se mostraba el profesor Atienza para quien el *plan Bolonia* es «un intento (relativamente exitoso) de trasladar a la Universidad los principios del neoliberalismo:

«Los profesores deben ser “facilitadores de conocimientos” y los estudiantes “gestores de su propio aprendizaje”, lo que les permitiría formarse en “un espíritu de liderazgo y empresa” [...]; la lógica

¹³ CABALLÉ A., *¿Universidad cercada?*, Op. Cit. Pág. 113

¹⁴ Ver sobre esto uno de los últimos artículos que publicara el recientemente fallecido historiador del Derecho CLAVERO B., “Retrospección de un historiador jurista en tiempos posbologneses”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 2022, pp. 379-388.

¹⁵ VIDAL PRADO C., “**Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario**”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, p. 101.

del saber científico debe ser sustituida por la del beneficio empresarial; la pérdida de valor de los títulos (los grados frente a las anteriores licenciaturas) tiene un efecto clasista, pues hace depender más que antes el futuro profesional de los estudiantes de los postgrados (donde se quiebra el principio de igualdad de oportunidades); y, en fin, las funciones de la Universidad se reducen ahora a la de formación de profesionales (para el mercado de trabajo) y el desarrollo de la investigación (que se pretende ligar estrechamente al desarrollo empresarial), dejando por lo tanto de lado la función propiamente educativa, la de generar cultura de alta calidad»¹⁶.

Desde hace ya algún tiempo se empezó a poner en duda la honorabilidad o prestigio social de la imagen del catedrático, no faltando quien cree observar «un perceptible deterioro como consecuencia del deterioro institucional de la Universidad y del enorme aumento del número de catedráticos, que reduce su valor elitista»¹⁷. Pese a ello, sí sería razonable pensar que el mejor ejercicio de la libertad de cátedra «es incompatible con cualquier otra actividad y exige una dedicación absorbente y total»¹⁸, pues «la tarea universitaria exige un rigor y una dedicación que la hace poco compatible con el pluriempleo» y es una ocupación que requiere tal entrega que puede afirmarse que «el que hace algo fuera de la Universidad está dejando de hacer algo en ella»¹⁹.

Ahora el estudio y la investigación que le serían exigibles al profesor, que enriquecerían su docencia y que es el ámbito propio de su actividad, se ve reducido a la mínima dedicación ante la falta de tiempo por tener que anteponer a sus tradicionales funciones el cumplimiento de un sin fin de trámites de gestión que lo convierten en un oficinista desbordado. El triunfo de la Universidad administrativa -ha señalado recientemente la profesora McCloskey- ha

¹⁶ ATIENZA M., *De cercos, naufragios y otros desastres*, op. cit., p. 105.

¹⁷ NIETO A., *La tribu universitaria*, op. cit., p. 37.

¹⁸ NIETO A., *La tribu universitaria*, op. cit., p. 102.

¹⁹ OLLERO A., *Qué hacemos con la Universidad*, op. cit., 109.

sido deplorable²⁰. Además, la excesiva burocratización universitaria ha multiplicado el número de autoridades, organismos, agencias y comisiones que hacen sus propias evaluaciones, requiriendo cada una el preceptivo informe que los profesores deberán elaborar y presentar en su quehacer diario de conferencistas, organizadores de seminarios, solicitantes de algún proyecto de investigación competitivo o al tener que rendir exhaustivas cuentas sobre el mismo. Toda una “tramititis” preparada para desincentivar cualquier estímulo que pueda tener un profesor o profesora con vocación investigadora.

El paso del tiempo se encargará de descifrar la suerte de una Universidad que encarna en su semblante el nutrido encadenamiento y entrecruzamiento de factores diversos que se condicionan entre sí, que sobresalen o se desvanecen en las singularidades de una institución que, como obra humana, no ha estado ni estará exenta de oportunismos y contrariedades. El mismo paso del tiempo que nos ofrece cada día variados y abundantes ejemplos tanto de las luces como de las sombras que ensalzan o empobrecen la misión de la Universidad. Una Universidad que, maltrecha a veces e idealizada siempre, no puede ocultar las servidumbres del pasado a las que con frecuencia la institución sigue adscrita y subordinada, ni las presiones políticas a las que se siente a veces sometida.

Solo las simplificaciones de un análisis poco riguroso pueden llevar a aislar alguno de estos elementos, pero siempre con el riesgo de amputar la realidad y, a la postre, distorsionarla. Resultan parciales las explicaciones que se ciñen a resaltar unos fenómenos (la politización de la Universidad, por ejemplo) haciendo dejación u olvido de otros (su fecunda misión y servicio al interés general). La dificultad de los procesos políticos y jurídicos, su lenta fraguación y múltiples aristas, arrojan una irreductible complejidad que cualquier

²⁰ MCCLOSKEY D.N., *Por qué el liberalismo funciona. Cómo los verdaderos valores liberales crean un mundo más libre, igualitario y próspero para todos*, trad. de R. González Ferriz y M. Valdivieso, Deusto, Barcelona, 2020, p. 371.

intento de simplificación queda de antemano condenado al fracaso.

Pero tampoco podemos quedarnos en una visión pesimista. Es importante reivindicar para la Universidad el merecido papel central que desempeña en una sociedad democrática, abierta y plural. Una crítica almibarada quizás sea la postura más complaciente para quien observa pasivamente el desastre. Pero la actual situación de la Universidad española nos debe obligar a despojarnos de los prejuicios de una institución que reclama, en cambio, por su propia naturaleza, reflexionar con espíritu crítico sobre sus problemas y, sobre todo, proponer soluciones que sean realistas en su planteamiento, justas en sus objetivos y factibles en su cumplimiento. Al menos ello nos concierne a quienes creemos que este oficio aún sigue mereciendo la pena.

REPENSANDO EL ALCANCE APLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Jorge Rosenbaum Rimolo¹

VIVIR EN LA REVOLUCIÓN DEL TRABAJO: INCERTIDUMBRES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. En las palabras de apertura del 2º Congreso Mundial Cielo Laboral llevado a cabo en Uruguay en el año 2018, bajo la consigna “Cuarta Revolución Industrial y Globalización: la protección del empleo, la salud y la vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro”, el Prof. JUAN RASO DELGUE expresaba lo siguiente:

“Hoy, ante una nueva revolución tecnológica y productiva, no solo debemos imaginar cuáles serán los futuros trabajos o cómo se organizará la nueva empresa; hoy, el gran desafío es cómo construir nuevas tutelas sustitutivas para proteger a aquellos trabajadores que queden al margen de la producción de las riquezas. Ello nos lleva a reflexionar sobre nuevas formas de concebir la sociedad y sus amortiguadores sociales”.

Resulta ineludible señalar que transcurren ya cincuenta y cuatro años de una entrañable amistad personal que nos une y en ese recorrido del tiempo, la trayectoria académica de Juan Raso lo sitúa como un referente encumbrado en el estudio, la investigación y la docencia, tanto del Derecho del trabajo como de las Relaciones laborales, con una protección que trasciende fronteras, como lo

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay (retirado). Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia de Derecho de Uruguay.

comprueba esta obra colectiva de tantos colegas que dan fe de los encumbrados méritos y la excelencia del homenajeado.

Sus ideas, análisis y aportes han constituido siempre una fuente de inspiración para quien esto escribe, lo que me anima a trazar algunas de las tantas reflexiones sobre el contexto transformador y las alternativas que enfrenta la disciplina, a lo que dedicaremos las páginas que siguen.

2. Suele aludirse con acierto que tanto el Derecho Laboral como la Seguridad Social, han sido la gran invención jurídica sobrevenida para dar forma a *las nuevas relaciones de trabajo* que generó la primera revolución industrial, así como apañar las condiciones miserables y oprobiosas de *la cuestión social*, reconociendo derechos en el trabajo e instrumentando protecciones –principalmente previsionales– para la vida de las personas enfrentadas a los riesgos de la sociedad.

En anteriores artículos de nuestra autoría, anticipamos opinión en cuanto a compartir la visión de prestigiosos autores que entienden que aquellos planteamientos generales y primigenios del **Derecho del Trabajo** y del **Derecho de la Seguridad Social**, siguen justificando al día de hoy la razón de ser de estas disciplinas², por lo que adelantamos que, de seguro, tampoco habrán de sustraerse de su esencia en el futuro. A fundar este aserto dedicaremos las siguientes reflexiones.

3. Constituye ya una expresión retórica aseverar que desde que el mundo se preparó para ingresar en el siglo XXI, transitamos por épocas de cambios drásticos, plenos de incertidumbres que poseen un alcance y una complejidad muy distinta a lo que nuestra realidad histórica haya

² Como expresa ALAIN SUPIOT, “no han perdido ni un ápice de validez” (en “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 115, nº 6, OIT, Ginebra, 1997).

experimentado antes. Y eso debido a la vastedad de los factores alterativos, en especial aquellos que más inciden en el mundo del trabajo, como la incorporación creciente de nuevas tecnologías, la robotización y mecanización, la hiperconectividad y el uso intensivo de internet, la aplicación de la inteligencia artificial, el acceso a información a través de las redes sociales y bases de datos, así como el surgimiento de las plataformas y aplicaciones digitales y un conjunto inacabado de avances técnico productivos en proceso de generación que, en forma cotidiana y con una multiplicación vertiginosa, adquieren consistencia real.

4. Se trata de fenómenos desenvueltos a través de un largo proceso, en cuyo decurso se va produciendo, en primer lugar, una ***pérdida importante de puestos de trabajo en el mercado laboral***. Pérdida ésta que no se detendrá, pero a cuyo respecto resulta harto difícil estimar cuál será su alcance cuantitativo, dificultad que evidencian las inúmeras estimaciones que generan pronósticos tan disímiles, lo que eclipsa cualquier confirmación fundada al respecto³. Las opiniones más pesimistas y radicales anuncian la desaparición de diversos trabajos (oficios, profesiones, ocupaciones, empleos); más aún, se ha llegado a afirmar que la desocupación adquirirá dimensiones imposibles de revertir⁴. Por otra parte, en un ámbito laboral imprevisible,

³ Una lúcida y sistematizada referencia a la coexistencia de estudios pesimistas conjuntamente con los más optimistas, es presentada por las centrales sindicales españolas UGT y CCOO en el informe aportado en el año 2016 a la Iniciativa del Centenario convocada por el Director General de la OIT -titulado "El futuro del trabajo que queremos"-, en el cual se deja en claro que "los sindicatos no pretendemos impedir el avance de la digitalización y la innovación tecnológica, que contribuye en gran medida al desarrollo industrial y genera beneficios sociales y riqueza, lo cual, por otra parte sería en vano. Sin embargo, los sindicatos de clase como UGT y CCOO no podemos obviar los riesgos (laborales y sociales) que lleva asociados" [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-madrid/documents/genericdocument/wcms_548990.pdf].

⁴ Así sostiene YUVAL NOAH HARARI, para quien el presente siglo asistimos a la creación de una nueva y masiva clase no trabajadora, compuesta por "personas carentes de ningún valor económico, político o incluso artístico, que no

extremadamente competitivo y exigente en cuanto a conocimientos y formación, los estudios e investigaciones que analizan el futuro del trabajo, son imprecisos en cuanto al balance final entre los puestos y tareas que desaparecerán y aquellos otros que se crearán por efecto de la incorporación de nuevas tecnologías⁵. Sostener que “las innovaciones tecnológicas que destruyen algunos empleos existentes, también crean empleos nuevos”⁶, suena como una frase intuitiva más que comprobable. Lo que sí parece constatar es que “la idea de que habrá menos empleos globalmente y de que los pocos empleos disponibles serán de mucha o poca calidad, pero no realmente de calidad intermedia”⁷.

contribuyen en nada a la prosperidad, al poder y a la gloria de la sociedad”. El autor califica el fenómeno como el de una «clase inútil», augurando que no solo permanecerá desempleada, sino mucho más drásticamente que “será inempleable” ya que “el problema crucial es crear empleos en que los humanos rindan mejor que los algoritmos”, lo que parece difícil (Homo Deus, ed. Debate, 2016).

⁵ En Uruguay, el ex Director de Planificación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto ha señalado que “si bien en sectores como el agro el riesgo de la sustitución de mano de obra por tecnología es cercano al 90%, ese sector apenas tiene el 5% del empleo en Uruguay. Sin embargo, hay otras categorías de oficios donde la amenaza de la automatización dejaría a un número sensiblemente mayor de trabajadores por el camino, como el caso de trabajadores de servicios y vendedores de comercio y mercados (22% del mercado laboral en Uruguay), donde el riesgo de reemplazo por tecnología llega al 64%. En tanto, en el personal de apoyo administrativo -que tiene un peso en el empleo del 12%-, el riesgo de automatización trepa al 94%. En cambio, en el caso de los profesionales y científicos (11% del empleo) la amenaza del reemplazo por máquinas apenas llega al 12%” (FERNANDO ISABELLA). Por su parte, desde el Instituto Cuesta Duarte (del PIT-CNT) se considera que la tecnología y la robotización “no es hoy la prioridad” en la agenda de la central sindical y que está relegada a un cuarto lugar en un orden de importancia (comentarios de MILTON CASTELLANO) (Opiniones vertidas en la prensa, El Observador, 24.09.2017).

⁶ Por ejemplo, ha sido empleada en el Word Economic Forum, reunión celebrada el 24 de octubre de 2017 sobre “El futuro no tan sombrío del trabajo”.

⁷ Aporte de Lord ROBERT SKIDELSKY, de la Universidad de Warwick (Reino Unido), en el debate del que da cuenta el Informe sobre “El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global”, OIT, Ginebra, 6 y 7 de abril de 2017.

5. En segundo término, ha acaecido ***un radical menoscabo del peso específico o de la centralidad del “trabajo subordinado” como elemento definidor del alcance del Derecho laboral y de la Seguridad social.*** Las “nuevas” condiciones bajo las cuales se desarrolla la prestación humana de actividades productivas, conforma uno de los resultados concretos de esta realidad⁸. Ello ha provocado que los rasgos contractuales clásicos de la estructura normativa que regula el trabajo, han pasado a ser de utilidad solo para un núcleo de personas que pueden considerarse favorecidas, grupo éste que día a día se reduce más y más⁹.

Esta realidad nos sitúa ante la perplejidad de si asistimos a un Derecho laboral puesto en jaque¹⁰.

Porque en el firmamento del trabajo, han ido irrumpiendo formas de prestación de actividades muy diversas; desde las genéricamente calificadas como contrataciones atípicas¹¹, el empleo

⁸ ALAIN SUPIOT habla de “las fronteras movedizas de la condición de asalariado” (“Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, en Revista Internacional del Trabajo núm. 115, vol. 6, OIT, 1996,

⁹ OIT, Informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación”, 2015.

¹⁰ RAFAEL ALBURQUERQUE apuntaba que: “El clásico Derecho del trabajo fue concebido para regular una relación de trabajo nacida en la sociedad industrial; por tanto, sus normas se avienen mal a nuevos estereotipos laborales creados por una empresa horizontal que impone un nuevo modo de producción de naturaleza molecular, constreñida por la necesidad de triunfar en un mercado global dominado por la tecnología más sofisticada” (El futuro del Derecho del Trabajo”, conferencia expuesta en 2018 (cit.). Más aún, en su pensamiento precedente, el autor ya señalaba que: “Estamos ante un proceso de mundialización de la economía que exige obviamente la adaptación de institutos laborales superados por la evolución de los acontecimientos. La metamorfosis es inevitable, pero una interrogante se impone: ¿podrá adaptarse nuestra disciplina a los cambios de la economía y a la revolución tecnológica o simplemente perecerá en el intento?”, ¿Se desploma el Derecho del Trabajo?, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.

¹¹ EFRÉN CÓRDOVA, “Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas”, en rev. Derecho Laboral N° 142, Montevideo, 1986; HUGO FERNÁNDEZ

temporal o estacional, el trabajo a tiempo parcial, las prestaciones con alternancia esporádica o discontinuas, el trabajo por proyectos o encargos, el trabajo a comisión o sujeto al desempeño, las prácticas laborales, el trabajo prestado a través de agencias o suministro temporal de “mano de obra”, la subcontratación, el trabajo por cuenta propia e independiente, los trabajos semi autónomos, el teletrabajo librado a una indeterminación horaria, las relaciones de trabajo ambiguas, las prestaciones de colaboración, el trabajo en la economía de plataformas y múltiples estilos de prestar tareas productivas cada vez más individualizadas.

Por eso afirmamos que de eso se trata **vivir en la revolución del trabajo**.

Desde una mirada sociológica, se destacan los elementos disruptivos del modelo que alcanzara una posición preeminente (al menos, en las sociedades occidentales y occidentalizadas, de economía capitalista): una variada heterogeneidad, su complejidad y la fragmentación del trabajo¹², siendo que, además, los cambios tecnológicos claramente han allanado los caminos de la tercerización y la relocalización, en especial en los países desarrollados¹³. Proceso que se viera facilitado por un inocultable dato de la realidad: la creciente desigualdad que siempre ha estado presente pero que ahora se ve nutrida por el “*dumping social*” en el comercio internacional¹⁴ y en la concentración y oligopolización ante los mercados¹⁵.

BRIGNONI, “Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90”, en rev. Derecho Laboral Nº 190, Montevideo, enero-marzo, 1998.

¹² RICARDO ANTUNES, “La centralidad del trabajo hoy”, Papeles de población vol.6, Nº 25, Toluca, jul.-sept., 2000.

¹³ “Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro. Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos”, aportes de IRMGARD NÜBLER, Nota Informativa 1 de OIT [http://www.inefop.org.uy/docs/Cambios%20tecnologicos%20y%20futuro%20del%20trabajo, Notas%20OIT.pdf].

¹⁴ JOSÉ GARCÍA MENÉNDEZ, “Neoproteccionismo, dumping social y eco-dumping”, Rev. Nueva Sociedad Nº 143, mayo-junio 1996.

¹⁵ Comenta MARIANO RUIZ FUNES que “entre las causas del incremento de la concentración en los mercados y de la generación de utilidades extra normales

Todo ello transcurre en un mundo en el cual hay nuevos actores y espacios que se ubican más allá de los partidos políticos, de los sindicatos y de las asociaciones de empleadores, máxime cuando las redes sociales poseen un poder de convocatoria casi desconocido apenas dos décadas atrás. Y esto ocurre al punto de poner en tela de juicio –con el natural peligro que subyace en la actual realidad– que las democracias no sigan siendo garantía de crecimiento, estabilidad y bienestar social¹⁶.

Como fuera destacado en la síntesis de los Diálogos Nacionales sobre el Futuro del Trabajo¹⁷ propiciados por la O.I.T. para celebrar su Centenario, asistimos a *“un giro notable del modelo de empleo típico a nuevas formas de empleo con escasa protección social”*. Muchos son los Estados en los que se constata el pasaje de un empleo definido por un patrón clásico, a unas relaciones de trabajo más asequibles, flexibles e individualizadas, lo que repercute de manera ostensible en los derechos de los trabajadores.

Se trata de una realidad que contribuye a que la ***precariedad, la pérdida de derechos y beneficios, los déficits en materia de trabajo decente y el menor o nulo desarrollo de protecciones***

en diversos sectores, destacan el proteccionismo comercial, la baja exposición de ciertos sectores a la competencia y las barreras a la entrada. Ello generó que la participación del trabajo se redujera en industrias con elevada concentración, que el número de nuevos participantes disminuyera y que el crecimiento de la productividad se debilitara en esos sectores, lo que fue en detrimento de la innovación y propició un estancamiento de los niveles de vida de la población en general” (“Oligopolización económica”, El Financiero, México, 22.11.2018).

¹⁶ Como lo expone MÁRIAM MARTÍNEZ-BASCUÑÁN: “Demasiados temores y fantasías nos hablan de indignidad, de la sensación de no contar nada, de estar fuera. Es el lenguaje que nos acaban de mostrar los chalecos amarillos en Francia, el de unas vidas demediadas donde todas las formas de invisibilidad saltan de pronto con una estruendosa cólera: la nueva manifestación anti política expresada con violencia” (El País, Madrid, 30.12.2018).

¹⁷ Documento de apoyo a la tarea encomendada a la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo designada por la OIT (publicación de 2017).

sociales, constituyan el signo saliente de una época signada por la inseguridad e inestabilidad laborales¹⁸.

Condiciones éstas que, además, se hiperbolizaron a partir de la pandemia sanitaria que azota a las comunidades del planeta, sin distinciones y que formalmente fuera calificada como tal por la OMS el 11 de marzo de 2020. El actual estado de cosas vaticina un futuro más incierto aún, en el que probablemente se verán acentuadas las brechas ya existentes entre países, y dentro de éstos, entre los ciudadanos¹⁹.

ESFUERZOS DESPLEGADOS DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

6. Ha de reconocerse, sin embargo, que **son ingentes los esfuerzos realizados desde el propio Derecho laboral para** evitar semejante sangría, procurándose –por sobre todo– **ensanchar sus fronteras²⁰ y, además, que la subordinación mantenga su rol central** para definir qué sujetos están amparados y protegidos por las normas laborales (su

¹⁸ Tal como lo describe DIEGO LÓPEZ, se ha perdido protección legal al trabajo, “transformándolo en comúnmente precario, inseguro, inestable, volátil y fragmentado, insuficiente para proveer sustento permanente personal y familiar” (“La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, Revista Nueva Sociedad N° 188, nov. – dic. 2003).

¹⁹ Como señala ANA MARÍA CARRILLO (Doctora en Historia y Licenciada en Sociología por la Universidad Autónoma de México): “... las pandemias suelen afectar no solo a todos o casi todos los países, sino también a personas de todas las condiciones sociales; sin embargo, hacen evidentes las inequidades que existen en todos niveles, ya que no se distribuyen de manera uniforme, ni entre las diferentes regiones geográficas ni entre las diferentes clases sociales” (Entrevista en Revista de Historia, vol. 6, núm. 10, Universidad de la República, Uruguay, 2020).

²⁰ ANTONIO MARTÍN VALVERDE, “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 38, 2002, págs. 21-50; ELEONORA PELIZA, “El derecho del trabajo y sus fronteras. La situación latinoamericana. Informalidad y zonas grises”, en [www.adapt.it/boletinespanol/fadocs/peliza_ilo_02_05_2012.pdf].

ámbito de imputación normativa)²¹. **Un elenco relevante y cada vez más laxo de criterios presuntivos de laboralidad**²² es objeto de discernimiento en diferentes ámbitos doctrinarios y jurisdiccionales para determinar si existe o no un vínculo laboral alcanzado por la protección jurídica - ortodoxa- de la disciplina²³.

Ya es moneda corriente señalar que, entre algunas de las elaboraciones emergentes desde el propio Derecho del trabajo, la **para-subordinación** irrumpe como un ejemplo paradigmático, pretendiendo ampliar la laboralidad en estos casos²⁴. Regulada por artículo 409 n.3 del Código Civil italiano, abarcó a los trabajadores

²¹ Tal como señala ANTONIO BAYLOS GRAU, la calificación de una prestación de servicios como laboral alcanza un significado relevante en términos no sólo contractuales; "significa el acceso a un conjunto de condiciones de trabajo y empleo tuteladas legal y colectivamente y a una situación de ejercicio de derechos cívicos individuales y colectivos que se fundamentan en el trabajo y que se construyen desde él como partes de un proyecto colectivo de ciudadanía social" ("Sobre el contrato de trabajo y la subordinación jurídica", Blog, 3 de noviembre de 2009).

²² Ha de reconocerse que en esta materia se observa el método presuntivo con cautela; así lo expresa WILFREDO SANGUINETI, al anotar que "la incorporación de la presunción de laboralidad a un sistema concreto, aun no siendo indispensable, puede resultar más o menos aconsejable dependiendo de la aptitud que pueda reconocerse a dichos mecanismos -y muy especialmente a la actuación de los jueces y tribunales- para hacer frente de manera satisfactoria a los problemas que plantea en un momento determinado de su evolución el deslinde entre las prestaciones incluidas y excluidas del ámbito de la laboralidad" ("La decadencia de la presunción de laboralidad en España: ¿una cuestión de oportunidad o de método?, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 12, Madrid, 2006).

²³ Recomendación Internacional del Trabajo núm. 198.

²⁴ GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, ed. F. Angeli, Milán, 1979; ADALBERTO PERULLI, "Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado)", Parlamento Europeo, Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Bruselas, 2003; EDUARDO CAAMAÑO ROJO, "La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo", en *Revista Laboral Chilena*, Nº 132, diciembre 2004, p. 61; SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Apunte sobre el trabajo "parasubordinado" como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia", *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2007, págs. 287-295;

autónomos -en tanto desarrollen una actividad prevalentemente personal de colaboración coordinada y continuativa con la empresa- dentro del alcance de la jurisdicción que entiende sobre los conflictos laborales y, para una parte de la doctrina, incluso bajo la tutela de las mismas normas aplicables a los trabajadores subordinados²⁵.

De igual modo lo hace la generación de otras presunciones como **la dependencia estructural u operativa** de quien, en apariencia, es un proveedor autónomo de tareas, pero trabaja inserto en la estructura de la empresa que arrienda sus servicios²⁶; de la persona que prescinde de la ajenidad propia del empresario porque no tiene capacidad económica ni financiera para asumir los riesgos de un emprendimiento²⁷; de quien desenvuelve las tareas sin poseer una infraestructura empresarial mínima independiente,

²⁵ Similar posición ocuparía la figura del “cuasi empleado” que definiera en la legislación alemana, la sección 12 de la ley de 1974 sobre convenios colectivos, según la opinión de ADRIAN GOLDIN, “Las fronteras de la dependencia”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, N° 2, Buenos Aires, 2001 y Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina, CEPAL, Buenos Aires, junio de 2020.

²⁶ Conf. señala JOSÉ LUIS UGARTE, se avanza “en una “evolución desde una noción precisa pero rígida de dependencia, entendida como sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresariado a un concepto más definido, pero más elástico, referido a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno” (Montoya, 1998: 713). El resultado será sostener, como lo hace un tribunal europeo, que “el elemento caracterizante del trabajo subordinado es el vínculo de la subordinación, entendido como inserción del trabajador en la organización de la empresa en modo continuado y sistemático, más que como ejercicio de una constante vigilancia del empleador sobre lo que ha hecho el trabajador...” (“La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”, Gaceta Laboral vol.11, N°1, Maracaibo, abr. 2005).

²⁷ FEDERICO ROSENBAUM CARLI, “El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica”, Thomson Reuters, Madrid, 2021. ANTONIO OJEDA AVILÉS entiende, en cambio, que el problema del riesgo puede no servir para diferenciar al contrato de trabajo de los de arrendamiento de obra o servicio, “porque no es cierto que en estos sea el comitente quien asuma el riesgo de la obra o el servicio, por cuanto con frecuencia se acuerdan mecanismos de reparto” (“Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, Derecho UCP, Revista de la Facultad de Derecho, 2007).

empleando en cambio maquinaria, herramientas y materiales que le proporciona la empresa cliente; de aquellos que hacen depender su desempeño profesional respecto de actividades que presntan con exclusividad para una sola unidad productiva; de quien hiper coordina su trabajo técnico con la empresa arrendadora que establece condiciones de horarios, impone cronogramas de trabajo, planifica visitas de clientes, exige reportes, vigila y controla movimientos y operaciones, capacita, evalúa, sanciona, etc.²⁸.

7. Pero no obstante esos progresos, muchos son los seres humanos que también trabajando, ya hace mucho tiempo que están fuera del círculo del Derecho laboral tradicionalmente diseñado.

Y ello es una realidad condicionada por razones fácticas, como las que imponen, por un lado, los elevados índices de informalidad laboral que persisten en gran número de países, entre los cuales los latinoamericanos no escapan de esa realidad²⁹. Por otro, el fraude a la ley que procura encubrir bajo formas no laborales, vínculos de trabajo efectivamente dependientes y por cuenta ajena³⁰. Pero

²⁸ JORGE ROSENBAUM RIMOLO, "Reflexiones acerca de la actualidad de otras formas de contratación, por fuera del contrato de trabajo, en la realidad latinoamericana", Libro en homenaje al Prof. Adrian Goldin, Buenos Aires, 2017.

²⁹ También denominado trabajo sumergido, en negro o no declarado. Sobre esto último, la Comisión Europea propuso en 2014 una plataforma para la lucha frontal contra estas prácticas [véase <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/labour-mobility/platform-against-undeclared-work/>]. Como asevera ESPERANZA MACARENA SIERRA, "la informalidad plantea graves problemas de política y fomenta la competencia desleal en el mercado de trabajo debido a una cadena de factores inquietantes como, entre otros, la escasez de trabajo de calidad y el debilitamiento de ciertos sectores tradicionales como, por ejemplo, el del sector manufacturero que cuenta con un número importante de mano de obra perjudicada considerablemente por los procesos de reestructuración económica" ("La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica", en Revista de Derecho de la Seguridad Social N° 11, ed. Laborum, Madrid, 2017).

³⁰ ADRIAN GOLDIN, "El fraude laboral y los contratos afines", en La Ley, Buenos Aires, 22 de setiembre de 2011; OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, "La prestación

también, la inaplicación de las normas laborales³¹ (o dicho en buen romance, el incumplimiento liso y llano del Derecho, tolerado en extensos sectores de actividad en muchas naciones)³². Respecto de América Latina, se destaca “cierta cultura de la anomia, que se manifiesta en la atribución de más importancia a la existencia de la ley que a su aplicación efectiva”³³. O si se quiere, con una expresión que resulta suficientemente descriptiva, como la empelada por ERMIDA URIARTE, para quien uno de los caracteres propios de la región es la preponderante brecha existente “entre Derecho y realidad”³⁴.

Correlativamente con estas situaciones disociativas, cabe anotar que **el ordenamiento “ius laboral” existente, ni siquiera contempla o se adecua a categorías enteras de prestadores de actividad** que fueron quedando prescindidos o han tenido que huir de su alcance tradicional para que quien las desenvuelve obtenga –siempre “trabajando”– un ingreso con el cual vivir. Como se reseña, “muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del trabajo y de la Seguridad social. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las

de trabajo en condiciones de fraude o simulación”, en rev. Derecho Laboral No 141, Montevideo, 1986.

³¹ GRACIELA BENSUSÁN, “La efectividad de la legislación laboral en América Latina”, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, 2007; HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA, “Vigencia y eficacia de los instrumentos normativos en el derecho laboral”, en Revista De La Facultad de Derecho, Montevideo, 2005, págs. 97-108.

³² Puede verse un interesante estudio desarrollado por TZEHAINESH TEKLÉ para la OIT, intitulado “Derecho del Trabajo y protección de los trabajadores en países en desarrollo”, 2014, en el cual se pone de manifiesto que, “además de los problemas a la hora de aplicar el derecho del trabajo, existe una clara distancia entre la realidad del mundo en desarrollo y las premisas sociales, económicas y políticas sobre las cuales se construyó el derecho del trabajo”.

³³ ADRIAN GOLDIN, Sobre los derechos del trabajo de América Latina; evolución y perspectivas (traducido de la exposición en el Collège de France el 14.05.2018).

³⁴ OSCAR ERMIDA URIARTE, “Caracteres, tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa”, Revista de Derecho Social-Latinoamérica, Buenos Aires, núm. 1, 2006.

empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura”³⁵. Sostiene RASO DELGUE, poniendo como ejemplo a las empresas “virtuales”, que han aparecido “las primeras reacciones de los tribunales y de la administración del trabajo, que de forma desordenada tratan de comprender el fenómeno y buscar soluciones que protejan los desplazamientos de trabajadores formales... Nace así un nuevo modelo de organización empresarial llamado *Uber economy*, pero también *on demand economy*, *economía colaborativa*, *peer to peer economy* (economía “de igual a igual”) o *1099 economy* (el Form 1099 es un formulario norteamericano para inscribir a trabajadores autónomos)”³⁶.

En efecto; resulta superabundante referir –a modo de reseña– un tipo de prestaciones basado en el empleo de plataformas³⁷ asentadas en internet, que agrupan a numerosos posibles prestadores de tareas, para así concretar con los clientes consumidores, un servicio o el acceso a un producto. Entre los más usuales, se encuentra el transporte de personas, el delivery de comida, la entrega de paquetes o mercaderías, etc.), lo que ofrece supuestas garantías diferenciales (confiabilidad, seguridad, celeridad, competitividad en el precio). Quienes brindan materialmente un servicio así contratado, aparentan no ser trabajadores³⁸, sino que las propias plataformas los califican como asociados, colaboradores, prestadores autónomos o auto emprendedores. Como tales –y sin perjuicio de las inúmeras variantes que es posible describir actualmente en cada caso y otras muchas que seguramente sobrevendrán con el tiempo – organizan con libertad su trabajo (son sus propios jefes,

³⁵ Conf. ESPERANZA MACARENA SIERRA, ob. cit.

³⁶ JUAN RASO DELGUE, “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, Nº 1, enero-marzo de 2017.

³⁷ Puede verse FEDERICO ROSENBAUM CARLI, “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de empleo en plataformas digitales o “Uber Economy”, *Blog Opinión y crítica sobre el Derecho del Trabajo*, 11 de enero de 2019 [<https://federico-rosenbaum.blogspot.com/>].

³⁸ De allí que sostengamos que estos trabajadores prestan tareas en el halo de una subordinación evanescente, contribuyendo a generar marcos de trabajos no estructurados e invisibles.

trabajan cuando quieren, aportan un vehículo o instrumental propio, deciden si responden o no a un llamado u oferta, no están obligados a cumplir un mínimo de prestaciones, se conectan y desconectan de internet cuando desean, no tienen exclusividad y asumen los riesgos de su actividad frente al cliente).

Hemos señalado que en términos jurídicos, no resulta nítido ni fácil discernir, practicando un simple “*test de laboralidad*”, cuál es la posición real que ocupan; en ello influye de manera fundamental la casuística, el aporte probatorio, el criterio de la administración del trabajo y, naturalmente, el de los tribunales que, ciertamente, mantienen posturas encontradas. Por eso concluíamos tiempo atrás que **“el Derecho del Trabajo no se encuentra preparado para asumir, con respuestas unívocas, estas transformaciones de organización del trabajo en el mundo digital**, siendo notorio que el camino recorrido en esta década ha sido errático”³⁹.

Más aun, en muchos casos la introducción de estas nuevas tecnologías –y formas de producir, agregamos nosotros- rebasa toda reglamentación preexistente, resultando estratégico para su implementación desatender cualquier tipo de condicionamiento regulatorio⁴⁰.

³⁹ JORGE ROSENBAUM RIMOLO, “Las instituciones del Derecho del Trabajo, ¿están preparadas para las transformaciones del mundo digital?”, exposición en VIII Congreso Internacional de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sao Paulo, 5 de octubre de 2018; “Las nuevas relaciones de trabajo en la era digital”, exposición en el Colegio de Abogados de Santa Fe, 8 de noviembre de 2018.

⁴⁰ HUGO BARRETTO, “Tres determinismos tecnológicos sobre el futuro del trabajo”, nota en Blog “La realidad y el resto de las cosas”, 15 de julio de 2017. Prueba fehaciente de tal condicionamiento se constata en el reciente conflicto que tuvo lugar en el norte de España: 31.01.2019 - “Uber anuncia el cese de su actividad en Barcelona. Después de que la Generalitat de Catalunya aprobara el decreto ley que regula el sector de las VTC, la compañía ha comunicado que suspende el servicio de UberX en Barcelona, la única ciudad catalana donde hasta la fecha ofrecía el servicio” [en <https://www.xataka.com/automovil/uber-abandona-barcelona-restricciones>].

A ello debe agregarse que las adaptaciones y transformaciones propiamente jurídicas del Derecho laboral, se procesan de modo mucho más lento que los cambios que ocurren en el mundo del trabajo, duramente sacudido por efectos disruptivos, lo que se ve claramente reflejado en el terreno del empleo⁴¹.

HACIA UNA NUEVA INSTRUMENTALIDAD

8. Es en este epicentro –algo borroso y extremadamente cambiante– donde surgen algunos señalamientos dilemáticos. Lo primero es que **la protección del trabajo fue diseñada a través de un proceso histórico universal** que plasmaron las normas internacionales, constituciones y legislaciones nacionales, como un imperativo, **con carácter general y sin distinciones**. Mejorar la calidad de vida de las personas que trabajan, su seguridad, las condiciones de trabajo, la justa remuneración –por citar solamente algunos de los propósitos axiomáticos primigenios–, así como atender las contingencias sociales, lograr la paz mundial y evitar el dumping social entre las naciones, no pueden convertirse en meros eslóganes vacíos de contenidos.⁴²

Lo segundo es **la obligación de proteger** lo que hemos calificado como **el trabajo globalmente considerado**, en la medida que detrás del mismo haya un ser humano (individuo – persona - ciudadano) que merece ser respetado en su dignidad e integridad, dotándosele de una capacidad real para obtener ingresos a través de sus habilidades y aptitudes laborativas, al tiempo que resulte útil e

⁴¹ ADRIAN GOLDIN, "El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos", en *El trabajo en la economía de plataformas*, Lucas CAPARRÓS y Héctor O. GARCÍA (coordinadores), ed. Ediar, Buenos Aires, 2019.

⁴² Muchas veces se las califica como normas programáticas, que no afirman derechos y deberes inmediatamente exigibles por los individuos, sino que "son normas que imponen una obligación de hacer al Estado, o que autorizan al legislador para que establezca, realice o cumpla un determinado programa" (conf. HÉCTOR GROS ESPIEL, *Evolución constitucional del Uruguay*, FCU, Montevideo, 2003).

integrado a la comunidad en razón del rendimiento de su esfuerzo productivo⁴³.

Resaltamos que desde nuestra óptica, existen varios elementos definitorios en este entramado principiológico y conceptual. En efecto; *trabajar constituye un “deber”* que generalizadamente impone la sociedad resguardando el “bien común”, ya que el ser humano es un ser gregario y se integra en comunidades para vivir. Por lo tanto, al individuo le cabe un grado de responsabilidad compartida con el propio grupo del que forma parte constitutiva. Paralelamente, los ordenamientos normativos (especialmente los de superior jerarquía), *consagran el “derecho” de todo ciudadano o habitante “a trabajar”*⁴⁴. Es así, simplemente porque el trabajo constituye el principal medio para obtener aquél sostén de sobrevivencia y desenvolvimiento material, personal y familiar. BARRETTO apunta la significación del trabajo en cuanto a constituir “una señal de identidad para la persona”⁴⁵.

Un tercer factor (generado en el ámbito de la economía), reconoce que *el trabajo constituye una actividad necesaria para “producir”, es decir, transformar la naturaleza* de modo de obtener frutos o bienes que, a la vez de satisfacer mejor a las personas y sus necesidades, posean un valor económico de intercambio y permitan generar beneficios más allá del prestador directo o primario⁴⁶.

9. Ello nos lleva a formular otra disyuntiva, entendiendo que **los desafíos para el Derecho laboral exceden de la**

⁴³ JORGE ROSENBAUM RIMOLO, “El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno”, revista Derecho laboral Nº 270, abril-junio 2018.

⁴⁴ Pueden consultarse las normas constitucionales de América latina que así lo establecen en la transcripción contenida en la siguiente página: <https://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/trabajo.html>

⁴⁵ HUGO BARRETTO, “Trabajo y normatividad en la Iniciativa del Centenario de la OIT”, editorial de la revista Derecho Laboral, Montevideo, 2016.

⁴⁶ Finalidades que están presente en los planteos de las concepciones positivistas modernas, propias de las corrientes relativistas, deterministas e historicistas.

simple adaptación de sus normas o sus principios a los requerimientos del mercado y la economía. Consideramos que ese es el balance que puede y debe hacerse básicamente respecto de las experiencias de desregulación⁴⁷ y flexibilidad⁴⁸, de los ensayos de una “tercera vía” alternativa⁴⁹, basados en la flexiseguridad⁵⁰ o en el “softlaw”⁵¹, y de la implementación más reciente de diversas y

⁴⁷ UMBERTO ROMAGNOLI, “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo”, Cuadernos de Relaciones Laborales, Nº 1, ed. Complutense, Madrid, 1992.

⁴⁸ OSCAR ERMIDA URIARTE, “La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas”, Primeras Jornadas Chileno-Italianas de Derecho de Trabajo, organizadas por la Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1990 (publicadas en *Ius y Veritas*). HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA, “Los límites de la flexibilidad en el mercado de trabajo”, *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, 2ª. ed. FCU, Montevideo, 2009; ARTURO BRONSTEIN, “La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate”, en revista *Derecho Laboral* Nº 153, Montevideo, 1989.

⁴⁹ TONY BLAIR y GERHARD SCHROEDER, “The Way Forward for Europe’s Social Democrats – A Proposal”, The Labour Party, Londres, 1999.

⁵⁰ ANTONIO OJEDA AVILES y MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ, “La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión crítica”, *Themis Revista de Derecho* Nº. 65, 2014, págs. 41a 51.

⁵¹ FERNANDO VALDÉS DAL RE, “Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* Nº 1, 2005, págs. 37-54.

extendidas “reformas laborales”⁵² determinadas por políticas de ajuste en el ámbito macroeconómico⁵³.

Resulta incontestable que las condiciones pos modernas perturbaban el mercado de trabajo, el empleo, los ingresos económicos y las regulaciones laborales construidas por el Derecho del trabajo convencional, pero también lo vienen haciendo las expectativas de las personas en cuanto a su desarrollo profesional⁵⁴, a las

⁵² CÉSAR ARESE, “Los procesos de reformas laborales”, I Congreso Nacional de la Asociación Nacional de Jueces del Trabajo (ANJUT) Santiago del Estero, 25 y 26 de agosto de 2017; HÉCTOR GARCÍA, “Los paradigmas de una reforma laboral sustentable”, La Nación, 26 de noviembre de 2017; TARSO GENRO, “Cuidados essenciais na aplicação da reforma laboral”, [Espaço Vital.com, 21 de diciembre de 2017]; GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, MARCO AURÉLIO MARSIGLIA, SAULO TARCÍSIO DE CARVALHO FONTES, (Coordinadores), Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica, ed. LTr, São Paulo, 2017; PABLO ARELLANO ORTIZ, “Reforma Laboral ley N° 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX, Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2017; EDGARD BELMONT CORTÉS, “La reforma laboral en México: La mitificación de la empresa y los ajustes en las relaciones laborales”, Nueva antropología vol.27, N° 80, México, en./jun. 2014; JUAN RASO DELGUE, “Una reforma laboral uruguaya: ¿posible?”, El Blog de Juan Raso, 22 de octubre de 2017; JOSÉ LUIS GIL Y GIL, “Trabajo decente y reformas laborales”, Revista Derecho Social y Empresa N° 7, julio de 2017; STAMATINA YANNAKOUROU Y CHRONIS TSIMPOUKIS, “Labour law reforms in Greece after the economic crisis (2010-2012)”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, [en w ww.iustel.com]; ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO, “A reforma laboral em Portugal”, Actualidad jurídica Uría Menéndez N° Extra 1, 2012.

⁵³ Se produce lo que WILFREDO SANGUINETI describe como un “triumfo de los mercados sobre los gobiernos”, argumentando con acierto que no ha sido el resultado del solo desenvolvimiento de los primeros, sino de la simultánea aplicación de políticas deliberadas, tanto por parte de un reducido número de países cuyo peso económico y político resulta decisivo dentro de la escena internacional, como de los organismos financieros internacionales (“La de-construcción del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?, Relaciones Laborales N° 23, Madrid, 2004).

⁵⁴ Al punto que en medicina se comienzan a estudiar los síntomas de otra patología, denominada “tecno estrés” que está vinculada a los casos de trabajadores que no pueden adaptarse a los cambios tecnológicos en sus puestos de trabajo.

necesidades formativas continuas, a la salud psicosocial⁵⁵, a la conciliación del trabajo y la vida familiar⁵⁶, a la búsqueda de seguridad y bienestar, a la dignificación del trabajo, al cuidado del ambiente, entre otros muchos designios que alcanzar.

10. Constituye un imperativo ineludible reconocer una oblicuidad que se proyecta como componente necesario en el devenir del Derecho laboral, al abordarse la tarea que contemporáneamente propicia su “deconstrucción”⁵⁷ puesta al servicio de las nuevas realidades del mundo del trabajo. A partir de las crisis contemporáneas (como la norteamericana y europea de la primera década del siglo que transcurre, así como la pandemia que ha generado consecuencias económicas y sociales a nivel universal⁵⁸), muchos movimientos sociales buscan rectificar los marcos políticos, institucionales y normativos para asegurar grados de

⁵⁵ Véase “El estrés en el trabajo. Un reto colectivo”, OIT [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safe-work/documents/publication/wcms_473270.pdf]

⁵⁶ JAIME CABEZA PEREIRO, “La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la conciliación de la vida familiar y laboral”, La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas, ed. La ley, Madrid, 2015.

⁵⁷ Entendida ésta como una “relectura prolongada de las instituciones laborales, pues los intensos procesos de reestructuración organizativa en los diversos niveles de la economía, sobre todo a nivel empresarial, han inducido a una evolución esquizoide, de tejer y destejer”, sobre la base de “contenidos siempre abiertos”, pero por sobre todo conservando “la función histórica del Derecho del Trabajo” que ha consistido en “mantener la paz social a través de la tutela del más débil” como meta que no ha desaparecido (ANTONIO OJEDA AVILES, La deconstrucción del Derecho del Trabajo, ed. La Ley, Madrid, 2010). Como ha señalado ANTONIO BAYLOS, no para constituir un desmontaje, demolición, desmantelamiento y desguace, sino para generar un conjunto de procesos y técnicas orientados a la recuperación, clasificación, reutilización de materiales y espacios, capaz de formular “el nuevo paradigma” del Derecho del Trabajo (comentario al libro de Ojeda en su Blog, 13 de noviembre de 2010).

⁵⁸ Quizás lo más significativo de estos efectos es que “empujarán a la pobreza a unos 115 millones de personas, y aquellas que ya vivían con menos de dos dólares al día, más de 700 millones, serán afectados aún más profundamente” (informe del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, 19.10.2020)

gobernanza más justos y equitativos respecto del mercado de trabajo en sus distintas escalas (sectorial, nacional e internacional)⁵⁹.

En este proceso, estimamos que el armado del escenario de la nueva realidad, ha de tener en cuenta que **no es factible que las respuestas y soluciones provengan exclusivamente de las normas laborales**, a la vez que **las alternativas a instrumentar tampoco pueden resultar ajenas a la importancia del Derecho del trabajo** como expresión normativa del derecho social.

CONTRASTANDO UN MARCO ABIERTO DE POSIBILIDADES

11. En suma, estamos lejos de avizorar una respuesta u opinión unívoca y lineal sobre cómo discurrirá el devenir de la disciplina, así como también se

diversifican las alternativas propositivas del “deber ser” esperado o deseable. Elecciones que dependen, por otra parte, de decisiones políticas que son las que determinan qué, a quiénes y cómo regular. Es el poder público el que prescribe cuando conviene, por razones de política social, seguir uno u otro camino, de acuerdo

⁵⁹ Con la única pretensión de constatar un ejemplo, a mediados del año 2018, se creó el llamado “Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital” por parte del Secretario General de las Naciones Unidas. Su propósito será efectuar propuestas que refuercen la cooperación en el espacio digital entre los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, las organizaciones internacionales, las comunidades técnica y académica y otros interesados. A su respecto, se consigna que “las tecnologías digitales contribuyen considerablemente a hacer realidad la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y trascienden de manera incomparable las fronteras internacionales” [<http://www.un.org/es/digital-cooperation-panel/index.html>].

con un criterio finalístico determinado por la “ciencia de la legislación”⁶⁰.

Por el contrario, constatamos que se plantean **perspectivas disímiles**, lo que nos permite trazar un análisis (apenas esquemático) sobre grandes líneas que se debaten en las elaboraciones del laborismo contemporáneo. Nuestra pretensión es identificarlas tan sólo como un ensayo para el imaginario y sin pretender sistematizar ni agotar el elenco de opciones, siempre abiertas en épocas de profundos cambios como las que nos toca vivir. Por otra parte, existen múltiples argumentos no sólo jurídicos, sino incluso ideológicos, para no concordar con alguna(s) de las disyuntivas que seguidamente son presentadas.

(a) El mantenimiento de la estructura de un Derecho Laboral tradicional

como modelo unitario, sin abandono de los paradigmas centrales de la subordinación y el trabajo asalariado, como delimitadores de su esfera de actuación (alcance personal, material, normativo e institucional). El Derecho del trabajo debe seguir siendo lo que siempre fue, aun cuando resulte necesario implantar grados de laxitud respecto de aquellos arquetipos⁶¹.

En cambio, las prestaciones de actividad que quedan excluidas y extramuros de la figura tradicional de los sujetos (empleador y trabajador dependiente) y del objeto (trabajo humano subordinado, por cuenta ajena y asalariado), tendrán que regularse desde el Derecho común (civil o comercial), como claramente ocurre con el auténtico prestador de trabajo autónomo (quien organiza un emprendimiento por cuenta propia, toma los riesgos del mercado, transita

⁶⁰ Conf. ALBERT CASALMIGLIA, “El concepto de integridad de Dworkin”, Rev. Doxa. N. 12, Madrid, 1992.

⁶¹ ALEJANDRO CASTELLO, “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX”, en revista Derecho Laboral nº 190, Montevideo, abril-junio 1998.

por fuera de la organización empresarial a la que vende sus servicios, contrata su propio personal, determina el precio de su actividad o servicio, etc.).

La lógica de estas posturas sostiene las estructuras binarias que diferencian el trabajo subordinado del trabajo autónomo o independiente; en términos duros y empleando lúcidas expresiones de GOLDIN, parece claro que desde esa dogmática, en el trabajo autónomo debe primar “la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido”. Para el autor se trata del trayecto más directo hacia la situación de una “protección cero”⁶².

Sin embargo, estas conclusiones admiten cuestionamientos, al grado que el Director General de la OIT, en las Conversaciones del Centenario, formula una pregunta para reflexionar: *“¿Estamos entrando en un territorio nuevo, en el que una relación comercializada, y no la relación laboral, media en el trabajo?”*⁶³. No se trata de una interrogante ligera y vana. Observamos que, en el terreno teleológico de la aplicación de los ordenamientos jurídicos, la sociedad comienza a apreciar que las normas del Derecho privado (civiles o comerciales), no cumplen ciertos objetivos axiomáticos de protección de la persona y por ello contemporáneamente aparecen regulaciones específicas que comienzan a incorporarlas. Así ha ocurrido, como ejemplo, con el Estatuto del Trabajador Autónomo sancionado en España en 2007 y el Real Decreto 197/2009 respecto del contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Entre las protecciones que se instauran, aparecen derechos fundamentales como la no discriminación y el respeto de su intimidad y dignidad; la formación y readaptación profesionales; la seguridad y salud en el trabajo; la percepción puntual de su contraprestación económica; la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar; el ejercicio

⁶² ADRIAN GOLDIN, “El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos” en El trabajo en la economía de plataformas, ob. cit.

⁶³ GUY RYDER, “El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global”, OIT Informe preparatorio, 6 y 7 de abril de 2017, pág. 3.

individual de las acciones derivadas de la actividad profesional; e incluso los derechos colectivos.

Ello nos introduce en otras opciones que matizan la idea de un Derecho del trabajo unitario.

(b) La promoción de un **sistema de regulación del trabajo diferenciado y múltiple**⁶⁴. Estas corrientes de opinión propugnan la idea básica de que una realidad “diversificada” debe ser regulada solo a través de normas adaptadas a medida de las particularidades de los nuevos trabajos, ya que como bien destaca RASO DELGUE, el Derecho puede reglamentar la realidad y mejorarla sólo dentro de ciertos límites⁶⁵.

Por sí solo, el Derecho no puede modificar en forma radical el contexto que exhibe un mundo en el que se han consolidado formas distintas de prestar trabajo; más aún, es posible pensar en un nuevo diseño de los procesos de producción en el marco de la era digital, tanto en términos de espacio (la empresa deja de ser el centro habitual de prestación de tareas y a veces ni siquiera tiene una existencia material), tiempos (muy diferentes a los parámetros gestados a través de la jornada de trabajo y su histórica limitación), ingresos (lo que representa una pérdida del carácter

⁶⁴ No hacemos referencia a las vías de constante diferenciación del Derecho Laboral de la doctrina tradicional, tal como pueden verse G.H. CAMERLYNCK y G. LYON-CAEN, *Derecho del Trabajo*, ed. Aguilar, Madrid, 1974, págs. 21 y 22. Aunque en cambio, apreciamos que existe un acercamiento a ciertas concepciones como las que enunciaba PAUL DURAND en cuanto al surgimiento de “un nuevo derecho profesional más allá del Derecho del Trabajo” (“Naissance d’un droit nouveau: du droit du travail au droit de l’activité professionnelle”, *La Semaine Juridique*, noviembre de 1996, pág. 606, citado por Juan López Gandía en *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 571), argumento que fuera mencionado por la Comisión redactora del Proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo en España.

⁶⁵ JUAN RASO DELGUE, “Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos”, *revista Derecho Laboral* Nº 190, Montevideo, 1998.

contraprestativo salarial), riesgos (al ser asumidos como propios) y su repercusión en las contingencias profesionales.

De allí nace la alternativa de multiplicar la actividad reglamentaria, más allá de la normativa típicamente laboral⁶⁶.

Sin embargo, se observa críticamente que cuando se impulsan propuestas como las de la creación de una tercera categoría “legal” de trabajador, que combina independencia y protección⁶⁷, ello puede tener implicaciones negativas, “ya que es difícil encuadrar todos los posibles entramados y relaciones y es complicado facilitar definiciones jurídicas que permitan su identificación”⁶⁸.

(c) La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo, posibilitando abarcar las formas atípicas o diferentes de la relación laboral en su ámbito de aplicación, así como asegurar la transición de los trabajadores empleados en la economía informal o en la precariedad, hacia el marco de un trabajo decente. Estos conceptos hacen decir a VEGA RUIZ que “todo trabajo útil para la sociedad debe contar con una serie de derechos sociales que le permitan un estatuto jurídico”⁶⁹.

Postulación que encuentra antecedentes muy en zaga, pero limitados a la ampliación del elenco de ciertos prestadores de actividad para incorporarlos selectivamente, a través del espectro ampliado

⁶⁶ Lo que ha ocurrido a través de la formulación del ya mencionado Estatutos de los trabajadores autónomos y los TRADE en España; pero también los contratos “zero hours” en el Reino Unido y el “lavoro agile” en Italia, entre otros.

⁶⁷ Con referencia a WEBER: What if there were a new type of worker? Dependent contractor, The Wall Street Journal (29.01.15), en [<http://www.wsj.com/articles/what-if-there-were-a-new-type-of-worker-dependent-contractor-1422405831>].

⁶⁸ MARÍA LUZ VEGA RUIZ, “Los nuevos paradigmas en la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción”, XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 17 y 18 de marzo de 2016.

⁶⁹ MARÍA LUZ VEGA RUIZ, “Los nuevos paradigmas, cit.

de los indicios de laboralidad, al cobijo protector del ordenamiento normativo del Derecho del trabajo.⁷⁰ Contrastando con ello, parece claro que en la contemporaneidad, se enfrentan realidades mucho más vastas y complejas, como las impuestas por la confrontación delimitadora en el binomio “autonomía - subordinación”, y promovidas desde disrupciones tecnológicas inéditas como las plataformas y las aplicaciones digitales de la economía colaborativa.

En opinión de SUPLOT, ha de relativizarse “el alcance de la oposición entre trabajo dependiente e independiente, pues si la conciliación de la subordinación y de la libertad individual es un asunto propio del trabajo asalariado, la necesidad de seguridad del trabajador es algo válido por igual para las dos clases de trabajo”. De allí su propuesta de “elaborar un **derecho laboral común** que se aplique lo mismo al trabajo independiente que al dependiente”, entendiendo premonitoriamente que “ya presagian esta evolución indicios visibles en materia de higiene y seguridad laborales, formación profesional o derechos de jubilación”.

Interpretamos que la visión de BRONSTEIN va más allá aún, ya que percibe que “es posible que el derecho del trabajo deberá evolucionar, para tratar de abarcar a todos los trabajadores y no solamente aquellos que se encuentran en una relación de trabajo subordinada según los conceptos prevalecientes en el siglo

⁷⁰ TIBELIA HUERTAS BARTOLOMÉ y JULIA LÓPEZ LÓPEZ, La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del estatuto de los Trabajadores, Cuadernos de Relaciones Laborales Nº 1, ed. Complutense, Madrid, 1992. También: VV.AA., Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán (con referencias a deportistas profesiones, trabajo familiar, teletrabajo, transportistas de mercaderías, contratos de agencia, representación de comercio, medios de comunicación, servicios de proximidad, trabajo au pair, etc.), Tecnos, Madrid, 1999. Otro tanto: "Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios", tema del XXVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado el 2 y 3 de junio de 2016 en Córdoba, España.

pasado. En gran medida esto implicaría pasar del “derecho del trabajo” al “**derecho de los trabajadores**”⁷¹.

Por nuestra parte, propugnamos por la idea de un “**Derecho del y para el trabajo global**”⁷², concepto que fue germinando por aproximación a ideas o propuestas delineadas por muchos referentes del pensamiento ius laboralista. Entre ellos, reconocemos la influencia que ejercieran sobre nosotros las enseñanzas de BARBAGELATA, cuando en el año 2011 enuncia una descripción de nuestra disciplina jurídica a través del prisma de lo que él califica como **su proyección universal**. La concepción del autor le asigna al Derecho laboral una función omnicomprensiva de “protección del trabajo y consiguientemente de los trabajadores, bajo todas sus formas y modalidades, aunque” –agrega– “la protección deba adaptarse a las respectivas condiciones”⁷³. Se trata de una apertura conceptual respecto de los caracteres que identifican, por una parte, el objeto o materia (trabajo) y, por la otra, los sujetos (tanto trabajador como empleador), en relación con los tipos regulados por la normativa corriente. Se supera así el modelo histórico que, en cierto modo, ROMAGNOLI calificara como “el derecho laboral que ha sido reconocido en la ley o negociado con los sindicatos”⁷⁴.

Por ello concebimos que las modalidades de prestar y organizar el trabajo de las personas que viven del mismo (y por qué no, para el mismo)⁷⁵, dependiendo de su capacidad de prestarlo a efectos de

⁷¹ ARTURO BRONSTEIN, Relatoría en la que comenta la ponencia presentada por el Prof. Wagner Giglio sobre el tema “El futuro del Derecho del Trabajo”, en el VI Congreso Regional Americano de la SIDTSS que tuvo lugar en Querétaro, México, en setiembre de 2004.

⁷² JORGE ROSENBAUM RIMOLO, “Reflexiones acerca de la actualidad...”, cit.; “El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno”, revista Derecho Laboral N° 270, Montevideo, abr.-jun. 2018.

⁷³ HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA, “El Derecho universal del Trabajo”, Revista de la Facultad de Derecho N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

⁷⁴ UMBERTO ROMAGNOLI, “El derecho laboral de cara a la globalización”, Revista Actualidad Laboral N° 114, Lima, nov.-dic. 2002.

⁷⁵ Sometiendo su capacidad “laborativa” (adjetivo de la lengua portuguesa al que acudimos con frecuencia en nuestra dicción), entregando su tiempo y

obtener su sustento, no pueden quedar sujetas a los estrechos límites del Derecho Laboral que supo irrumpir como disciplina protectora del trabajo humano industrial a nivel de cada Estado nacional.⁷⁶

subsumiendo porciones de libertad individual para “producir algo” (como AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ gustaba definir al trabajo).

⁷⁶ Aun sin desconocer el papel trascendente que ha prestado y sigue prestando la OIT en la internacionalización de estándares protectores mínimos en el mercado laboral. Pero la propia institución hoy plantea dilemas que conforman un clima de preocupación. “A escala nacional, es difícil regular de forma efectiva la relación de empleo individual a causa del trabajo informal, la migración laboral y la proliferación de formas atípicas de empleo. El estancamiento o la disminución del número de afiliados a los sindicatos y, en algunos casos, la pérdida de apoyo político a la negociación colectiva constituye un obstáculo a la regulación colectiva del empleo. Del mismo modo, la regulación pública encuentra trabas en muchos casos por el debilitamiento del apoyo a la administración laboral, en especial la inspección del trabajo y la solución de conflictos” (Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo - Grupo 6, Nota informativa de 15 - 17 de febrero de 2018).

GLOBALIZAÇÃO E RETROTOPIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DE ZYGMUNT BAUMAN

José Alcebiades de Oliveira Junior¹

Esse texto foi inicialmente elaborado para dar vazão às pesquisas realizadas pelo prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior, junto aos seus grupos de estudo e pesquisa no PPGD UFRGS e no PPGD URI/SAN, sendo agora rerepresentado com algumas alterações e atualizações para ser publicado em obra coletiva organizada pelo prof. Dr. Álvaro Sanchez Bravo, na Espanha.

GLOBALIZAÇÃO: INDIVIDUALISMO E VULNERABILIDADE ENTRE INÚMEROS LEVIATÃS

A globalização pode ser observada como um gradual processo de desmonte do Estado Social (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017). A era globalizante se caracteriza na interdependência, principalmente econômica, entre os Estados, de forma que se fala em uma soberania relativa em consideração às formulações tradicionais sobre o termo. A globalização implica em diversos fatores de desafio que

¹ Doutor em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC (1985). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (1978). Professor permanente 30 hs. do PPGD-URI Santo Ângelo, Mestrado e Doutorado, desde março de 2018, atuando nos seus Cursos de Mestrado e Doutorado com atividades de ensino e orientação. Professor Colaborador do PPGD-UFRGS, Mestrado e Doutorado, atuando nos cursos de Mestrado e Doutorado com atividades de ensino e orientação. Professor Titular aposentado da UFRGS. Saliente-se que as contribuições oriundas dos grupos de pesquisa tiveram a participação especialmente das pesquisadoras Suellen Martins Pacheco (hoje Doutora em Direito pelo PPGD UFRGS) e Alana Taíse Castro Sartori (Mestra em Direito pelo PPGD URI/SAN).

se manifestam em crises às ordens nacionais no aspecto da legalidade, da estruturação do Estado de Direito e do Estado de Bem-estar Social, e na luta contra o cosmopolitismo subordinado (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016). Há também o deslocamento dos lugares de soberania, o enfraquecimento do constitucionalismo e o avanço de um direito de mercado, de ordem infra e supraconstitucional (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018). Todos esses desafios são resultantes do processo de interdependência não apenas entre as nações soberanas, mas também dos governos estatais com as grandes corporações privadas e com o fluxo crescente de informações compartilhadas instantaneamente pelos novos meios de comunicação (internet) que, ao invés de gerarem conhecimento e esclarecimento, têm efeito contrário e levam à fenômenos de desinformação generalizada.

Contrariamente do que se esperava da globalização enquanto um processo de integração mundial que traria como consequência a pacificação entre os Estados Soberanos e as trocas interculturais, a insegurança e a vulnerabilidade causadas por ela reascendeu fagulhas de nacionalismos e autoritarismos. Em última análise pode-se falar até em uma crise da identidade nacional, pois a globalização não torna mais possível o claro vislumbre sobre quem ou o que faz parte de *nós* ou *deles*. Com a porosidade das fronteiras e o fluxo constante de capital e pessoas advindos de diferentes culturas, os Estados tornaram-se grandes vizinhanças de forma que, para promover a diferenciação entre o nacional e estrangeiro, qualquer diferença é usada para justificar a superioridade de um grupo em relação a outro e trazer de volta a *segurança* aparente da identidade nacional. (BAUMAN, 2017).

Neste aspecto, o Leviatã de Hobbes parece não ter cumprido seu papel de subjugar a crueldade humana. Baumann (2017) explica que o processo civilizatório, mais do que ter se aprimorado em conter a violência humana, desenvolveu a maestria de mascarar-la, buscar justificá-la, subvertendo a racionalidade. A exemplo se podem citar todas as escusas para escravizar, colonizar, encarcerar e excluir que marcam a modernidade. Com a globalização, a capacidade destruição apenas se expandiu para além das fronteiras

nacionais, o que também alimenta o medo retropista, que será objeto de análise do segundo tópico desta pesquisa.

Como descreve François Châtelet em *A história das ideias políticas*, o Estado seria quadro obrigatório da existência social: “ele é a realidade política por excelência, em torno da qual se organizam os atos históricos” (CHÂTELET, 1985, p. 85). Muito disso, como explica Bauman (2017), é decorrência da lógica de que a construção da nação é um consenso entre seus cidadãos (esquecendo-se de todas as guerras necessárias para convencer todos os chamados posteriormente de *nacionais* de sua origem comum), os quais constroem o poder ou, ao menos, dentro de uma circunscrição soberana estão submetidos ao exercício desse poder constituído. Entretanto, em tempos líquidos evidencia-se um processo de *divórcio* entre o poder e a política. A política estaria ainda restrita aos antigos procedimentos do Estado Nação, enquanto que o poder, a capacidade de efetivação, é global. Desterritorializar o poder e as ações violentas, excluindo, assim a responsabilidade, é um dos golpes mais pesados que o processo de globalização desenfreou:

Trocando em miúdos: graças a uma longa linha de guinadas não antecipadas do destino, o Leviatã passou a ser visto como insolvente: incapaz de pagar os dividendos do crédito de confiança em que aqueles que procuram segurança investiram, a conselho de Hobbes, de seus supostos (às vezes experimentados como genuínos, mas com demasiada frequência apenas atribuídos) poderes. Em ocasiões cada vez mais frequentes, o Leviatã se mostra incapaz de expressar a fronteira que ele próprio estabelece entre violência legítima e ilegítima de maneira realmente confiável – obrigatória, vinculante, não usurpável e intransponível (BAUMANN, 2017, p. 25).

O Estado, para todo fim prático, substituiu seu papel de defensor e guardião da segurança por aquele de um dentre os diversos

agentes (embora talvez o mais efetivo) que cooperam para elevar a apreensão, a incerteza e a insegurança até o nível de condições humanas permanentes. A insegurança é resultado direto do aprofundamento do individualismo diante dos choques multiculturais e da acentuação das condições de vulnerabilidade social causadas pela crise do modelo de Bem-estar Social.

Em *Vida para o consumo*, Baumann (2008) explora a questão da transformação dos *indivíduos cidadãos* para *indivíduos consumistas*, e lança alguns pontos de observação para o aprofundamento do individualismo na era da globalização. Segundo o autor, a globalização trouxe consequências também para o próprio sistema do capital, que passou a ser mais competitivo. Complementando esta percepção com Guy Standing (2015) o crescimento e o desenvolvimento dependente da competitividade de mercado são uma marca do modelo neoliberal. Essa tendência mercadológica em não regular apenas as trocas comerciais, mas também a própria vida das pessoas, originou uma cultura consumerista, na qual os sujeitos apenas *sentem-se* cidadãos na medida em que são consumidores. Dentro do turbilhão informações e da incapacidade de perceber-se como parte do poder, há uma passagem do cidadão para o consumidor por intermédio da mercantilização de todos os aspectos da vida. *Consome-se e se é consumido a todo momento no mundo de consumidores* (BAUMAN, 2011).

A lógica consumidora do mercado implantou nas mentes a necessidade da aquisição constante de produtos e serviços para causar a satisfação pessoal. O centro das relações passou do *ser humano* para o *produto*. Baumann (2008) faz referência a Descartes, e menciona que produtos – ou denominados objetos cartesianos – exercem uma força que faz com que as pessoas – sujeitos cartesianos – gravitem em seu entorno. Esses sujeitos são atomizados e alienados, vivem e trabalham quase que exclusivamente para consumir e, portanto, as relações com o *outro* são rebaixadas à um segundo plano de sua atenção.

Se, por um lado, a sensação de insegurança tem relação com o consumismo excessivo implantado pela globalização neoliberal, por outro lado tem relação também com a vulnerabilidade causada pela fragmentação do modelo de Estado de Bem-estar Social. A nível epistêmico, pode-se falar que a crise do Estado Social se origina de uma inadequação da filosofia individualista com as bases de formulação das funções do *Welfare State*, no sentido em que há dificuldades na prática dos tribunais diante de problemas sociais coletivos massificados e também a falta da revisão de conceitos e ações que possam oferecer respostas eficazes e contemporâneas a esses problemas (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016).

Manuel Atienza (2013) em sua obra *Podemos hacer mas* explica que a globalização induz ao esvaziamento dos direitos humanos e, principalmente, de direitos sociais dos Estados Soberanos, justamente por exigir alto nível de competitividade mercadológica e produzir como consequência a expansão das regras de mercado para o domínio de diversos aspectos da vida pública e privada. Os interesses de corporações privadas e do mercado se sobressaem aos interesses da população, uma vez que eles gozam de um poder econômico muitas vezes superior ao do próprio Estado. Forma-se um círculo vicioso em que os Estados Soberanos, com suas economias dependentes de grandes corporações, se submetem às regras do mercado e deixam de legislar ou de efetivar legislações que tem relação com os direitos sociais e representariam um *déficit* no acúmulo de riquezas no mercado do capital. Instauram-se, nesse sentido, condições de vulnerabilidade social, relacionadas principalmente com a desigualdade de distribuição de empregos e renda, que, por sua vez, geram a sensação de insegurança, pois, conforme Baumann (2017) não há a que/quem recorrer.

Conforme observou Domenico Losurdo (2015) em *A Luta de Classes*, por trás da aparente novidade está a repetição de velhas práticas, uma espécie de tentativa de retorno (ou permanência) ao homem isolado, individualista, incapaz de ver a intersecção de seus interesses com os dos outros. A insegurança e a vulnerabilidade frutos da globalização reproduzem esquemas intelectuais do

passado que têm relação com nacionalismos e autoritarismos. As imagens e pensamentos com roupagem de novidade são, na verdade, a autopoiese do velho, o qual oferece um vínculo com o conhecido e transmite uma sensação de segurança - ironicamente, enquanto reproduz mais insegurança -, sem qualquer pretensão de mudança efetiva (BAUMANN, 2017).

É neste contexto de insegurança e vulnerabilidade que insurge o fenômeno que Baumann denomina de *retrotopia*. A *retrotopia* tem relação com a invenção de inimigos imaginados e imaginários, e a ausência de criatividade - de imaginação sociológica, como conceituou Charles Mills - de olhar para o contexto histórico e bibliográfico, compreendendo a relação fundante com o outro e buscando em conjunto novas formas de convivência. Prefere-se devaneios *retrotopistas* que colocam o cidadão em uma constante batalha em meio à inúmeros *Leviatãs*, e que encontram terreno fértil para sua reprodução junto às classes que mais experimentam os sentimentos de insegurança e vulnerabilidade.

RETROTOPIA: O QUE É A ERA DA NOSTALGIA PARA ZYGMUNT BAUMAN

Em *Retrotopia* (2017), Baumann busca fazer um esboço geral desde a obra de Tomas More, iniciando com a ideia da *guerra de todos contra todos* referida por Hobbes e alicerçada na voracidade do liberalismo econômico, para então demonstrar a volta do modelo tribal de sociedade, a volta à desesperança na promoção da igualdade e a volta ao eu em sua maneira mais nuclear, o que caracteriza como um novo fenômeno global de desejo de retorno ao passado, ou, de surgimento de *retrotopias*.

Uma forma de proporcionar um entendimento sobre a *retrotopia* em Zygmunt Baumann pode ser construído a partir da análise do início de sua obra intitulada *Retrotopia*, traduzida para o português em 2017. Nela, o autor refere o *insight* de Walter Benjamin (1940) a respeito de um quadro de Paul Klee. No quadro haveria a figura

do *Anjo da História*. Pode-se dizer que o Anjo de Klee retrata a modernidade sólida: na imagem, este vê - perplexo - as atrocidades do passado se amontoarem, sente uma vontade desoladora de retornar e consertar todos os erros do passado. Porém, um vento forte sopra do paraíso e suas asas são empurradas, impedindo-o de retornar. A tempestade é o progresso, paradigma por excelência da modernidade sólida, o vento empurra para o futuro. É no futuro que se depositavam as esperanças, onde se buscava alcançar uma melhor convivência, onde se aprenderia com o passado e, sempre em frente, seria construído um mundo melhor, onde haveria lugar para efetividade dos direitos humanos (BAUMANN, 2017). De certa forma, o *Anjo da História* resguarda a esperança do alcance da utopia.

Quase um século depois, adaptando a interpretação a atual modernidade líquida, Baumann oferece outra interpretação. Atualmente o *Anjo da História* girou 180°: olha assombrado para o futuro, no qual estão depositados todos os medos e angústias e, por um vento que sopra do inferno vindouro, é empurrado para o passado. Não qualquer passado. O passado nostálgico, remodelado ao gosto individual de cada um, o qual não se vê com exatidão, tampouco pode ser construído (ou reconstruído) coletivamente (BAUMANN, 2017). São inúmeros passados, todos eles oferecidos como lugar seguro, nenhum deles capaz de oferecer futuro, tendo em vista que falta o elemento público, enquanto é exaltado o particular.

O passado é seguro na imaginação particular e busca se impor com violência no presente, sob a justificativa de proteger o indivíduo da insegurança do futuro. Daí o surgimento do termo retrotopia para descrever, em oposição à utopia, o desejo de retorno a um passado imaginário, seguro e romantizado:

O que eu chamo de retrotopia é um derivativo do já mencionado segundo grau de negação - a negação da negação da utopia. É um derivativo que compartilha

com o legado de Thomas More a fixidez num *topos* territorialmente soberano: uma base sólida que, segundo se crê, fornece e otimistamente garante um mínimo aceitável de estabilidade; e, por conseguinte, um grau satisfatório de autoconfiança. Entretanto, a retrotopia difere do seu legado ao aprovar, absorver e incorporar as contribuições/correções supridas por seu predecessor imediato: a saber, a substituição da ideia de “perfeição suprema” por uma hipótese de incompletude e dinamismo endêmico da ordem que ela promove, permitindo, por conseguinte, a possibilidade (como a deseabilidade) de uma sucessão infinita de mudanças posteriores, as quais aquela ideia a priori deslegitima e obstaculiza. Fiel ao espírito utópico, a retrotopia deriva seu estímulo da esperança de reconciliar, finalmente, segurança e liberdade, feito que nem a visão original nem sua primeira negação tentaram alcançar – ou, se tentaram, fracassaram. (BAUMANN, 2017, p. 13-14).

Se existem vários passados aos quais se deseja retornar, existem também várias retrotopias. As retrotopias são “visões instaladas num passado perdido/roubado/abandonado, mas que não morreu, em vez de se ligarem a um futuro “ainda todavia por nascer” e, por isso, inexistente” (BAUMANN, 2017, p. 10). Nesse sentido, ideologias que representaram grandes violações aos direitos humanos no passado, como os nacionalismos exacerbados e o fechamento de fronteiras, são resgatadas no presente e descontextualizadas de seu potencial nocivo para a humanidade. Em última análise, há a descaracterização do elemento ético por excelência do *outro*, de forma que cada vez ficam mais acentuadas posturas polarizadas entre *nós* e *eles*, que geram conflitos segregacionistas que negam direitos individuais, sociais e políticos.

Paradoxalmente às ideologias segregacionistas fomentadas pelo discurso retrotópico, as fronteiras nunca estiveram tão permeáveis ao fluxo de pessoas e, principalmente, aos interesses das grandes corporações. Verifica-se uma incoerência entre as visões

retrotópicas e as condições materiais das relações contemporâneas que, apesar de cada vez mais efêmeras – característica da modernidade líquida – são multiculturais. Assim, o que se busca é o retorno a um *lar* idealizado de forma seletiva, sem nunca se questionar os motivos de seu abandono ou sua inadequação com a realidade.

A retrotopia torna ausente a utopia, e, conseqüentemente, a esperança (BAUMANN, 2017). Isso porque sem as grandes utopias do passado, tais como a igualdade ou os direitos humanos, nunca se teriam alcançado avanços e conquistas significativas no âmbito social, cultural e jurídico. Na retrotopia não se tem esperança em modificar a realidade conflitiva atual diante do choque com o *outro* resultante do processo de integração global. Na ausência de esperança, o que resta é a vontade em retornar à segurança das estruturas sociais já consolidadas no passado. Isso representa uma ameaça à evolução jurídica e a emergência de novos direitos, pois, conforme leciona Norberto Bobbio (1992), os direitos nascem da resistência diante das injustiças promovidas pelas antigas estruturas sociais.

É importante mencionar que o imaginário retrotópico possui um ambiente específico de proliferação, que mescla as condições necessárias para que os sujeitos desenvolvam sentimentos como raiva, anomia, ansiedade e alienação, que, por sua vez, são oriundos de situações de insegurança e vulnerabilidade.

CONCLUSÕES

A era da globalização ao mesmo tempo em que trouxe inúmeros avanços econômicos, políticos e tecnológicos, trouxe consigo desafios para a efetivação de direitos e da prestação social por parte dos Estados Soberanos. A inserção de uma política neoliberal que fomenta a competitividade radical no mercado faz com que não apenas as trocas comerciais sejam regidas pela *lex mercatória*, mas também as próprias vidas as pessoas. Nesse contexto, as relações

trabalhistas sofreram diversas transformações, com a gradual extinção dos vínculos trabalhistas tradicionais, que gozava de benefícios das empresas e do Estado. Os novos vínculos de trabalho são temporários, flexíveis, sem memória ou identidade social e fazem insurgir a insegurança e vulnerabilidade dos trabalhadores em todo o mundo.

O discurso retrotópico encontra terreno fértil para se desenvolver em meio à populações que provam de singular sensação de medo e insegurança, ao mesmo tempo em que sofrem com o desamparo Estatal, resultado da crise do modelo de Estado Social. Esses discursos se aproveitam das situações de vulnerabilidade para instaurar narrativas míticas sobre um passado bom e seguro, no qual não se discutia sobre direitos humanos, igualdade ou democracia. A retrotopia, como uma seita religiosa, preza pelo retorno desse passado, promovendo a idolatria de líderes políticos que expressam posicionamentos fascistas, xenofóbicos e antidemocráticos, encobrindo os rastros de sofrimento que foram deixados na história por essas formas de pensar.

Tendo em vista que a retrotopia oferece uma ameaça aos direitos humanos e à democracia, é imprescindível buscar meios para impedir sua propagação. Uma das alternativas para promover esse impedimento é agir no combate das condições de insegurança e vulnerabilidade que atingem as pessoas que são adeptas desses discursos, de forma a promover um vislumbre positivo do futuro, onde se depositam esperanças e se buscam alcançar utopias, e não onde se esconde o medo e a tragédia. Nesse sentido, é necessária uma reformulação do Estado Social, para que este possa prover assistência aos vulneráveis diante da competitividade do mercado.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Retrotopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

- BAUMANN, Zigmund. *A Ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMANN, Zigmund. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHÂTELET, François. *História das Ideias Políticas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- LOSURDO, Domenico. *A luta de classes: uma história política e filosófica*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Breve agenda sobre o papel do direito e da justiça na gestão da globalização e proteção social. In: CONPEDI. UNIO/CONPEDI E-book 2017. *Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas*. Vol. II, p. 125-138. Disponível em: < <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/Novos%20Ebooks/Ebook%20UNIO%20CONPEDI%20VOL.%202.pdf> > Acesso em fev 2022.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. O Direito na era da Globalização. In: TURATTI, Luciana; PINHEIRO, Fernanda Storck [Orgs]. *Direitos Humanos na Contemporaneidade*. Lageado: UNIVATES, 2018. P. 138-145.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Sociologia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

TRIBUTACIÓN Y CAMBIOS CLIMÁTICOS EN BRASIL

Marciano Buffon¹

INTRODUCCIÓN

Existe un sonido que resuena en aquellos que no embarcaron en la medieval nave del negacionismo científico. Aunque poderosos intereses persisten alimentando la ferocidad de mentes que no se avergüenzan de su propio vacío, fue posible construir un relativo acuerdo de que la cuestión ambiental ya no puede ser ignorada. El riesgo es concreto y sus efectos, inminentes no solo para futuras generaciones, sino incluso para esta que, aunque sepa la amplitud del problema, sigue devastando inexorablemente su propio medio natural. Considerando esto, todas las áreas del conocimiento humano están convocadas a colaborar para minimizar los riesgos que, dramáticamente, no tienen que ver tan solo con el futuro.

Los recientes Informes del IPCC lanzan alertas que deben ser considerados. Las sirenas que anuncian el peligro ya pueden escucharse desde hace algún tiempo. Ya no es posible elegir una conveniente y falsa sordez para evitar adoptar las medidas necesarias, o incluso estimular una ceguera colectiva en aquel que padece los efectos de un calor infernal, como este que asola el continente europeo en su triste verano de 2022.

En ese caso, el “sonido” oriundo de trabajos científicamente sostenibles está aumentando, y no sirve de nada negarse a notarlo, pues seguirá sonando y, cuando deje de hacerlo, nos encontraremos en

¹ Postdoc en Derecho por la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Profesor del Programa de Postgrado en Derecho (Maestría/Doctorado) y de grado en la UNISINOS. Abogado en el área tributaria.

el medio de una irreversible tragedia ya anunciada. Incluso teniendo alguna creencia, poco servirá apelar “al cielo”, porque la naturaleza tiene una lógica irrefrenable que, cuando contrariada, produce resultados que pueden ser imaginados, pero difícilmente previstos en su magnitud, intensidad o aún en el “cuando”. Que lo digan todas las infelices víctimas (humanas y no humanas) de Mariana y Brumadinho, que siquiera tuvieron la posibilidad de actuar frente al “sonido” tan solo perceptible a los oídos sordos de quienes tenían el poder de hacer algo para evitar las tragedias. A propósito, “Dios” y naturaleza pueden oponerse o, podríamos decir que casi se confunden.

Si el apelo para una ética de la protección al otro, de la preservación de la naturaleza para futuras generaciones o del deber de proteger otras especies, o sea, si la idea de solidaridad intergeneracional o una visión ecocéntrica no es suficiente como para motivar acciones concretas que tengan el objetivo de adoptar distintos modos de vidas o, parafraseando a Victor Hugo, musicado por Frejat, no sea posible decirle al dinero “quien realmente es el dueño de quién”, será necesario apelar a lo que tiene un poder de convencimiento más efectivo.

Como se ha dicho en otro momento con respecto a la desigualdad, los indeterminados actores centrales del capitalismo ya han notado que los caminos recorridos conducirán al colapso de lo que, hasta el momento presente, les aseguró un modo de vida satisfactorio, para decir poco. Dicho en otros términos, el “capitalismo” está dándose cuenta de que la degradación ambiental y el calentamiento global representan un riesgo cada vez mayor de destrucción de “sí mismo”. Como el “ser” (capitalismo), a lo largo de la historia, no se mostró “suicida” y autodestructivo, se encuentran fundadas esperanzas de que el aviso de alerta encuentre oídos dispuestos a asimilar el mensaje transmitido. En este momento, tal como la cuestión de la desigualdad, no importa la nobleza de las razones, sino tan solo que la tragedia anunciada pueda ser evitada y sus efectos, minimizados.

Se observa, incluso, una imbricación entre la cuestión de la desigualdad y del calentamiento global, como también de la devastación ambiental que este trae como consecuencia, aunque no sea posible afirmar que lo sea de una forma exclusiva. Aunque a veces no se perciba, en un escenario de degradación ambiental los perjuicios soportados por la parte de la población económicamente más debilitada son inversamente proporcionales a su capacidad económica, y se transforman, por lo tanto, en uno de los factores que mantienen y amplían la desigualdad.

Constatada la necesidad de adoptar políticas públicas que tengan el objetivo de proteger el medio ambiente de la degradación, con una visión también dedicada al fenómeno del calentamiento global, es necesario pensar en todas las alternativas que así se presentan. Es cierto que un trabajo como este no tiene condiciones -ni nutre tal pretensión- de examinar una casi infinidad de posibilidades factibles para lograr el intento perseguido.

El objetivo está restrictamente vinculado al uso de la tributación como un instrumento para controlar la degradación ambiental y el calentamiento global. Es innegable que sería ingenuo imaginar que la tributación, por sí sola, pudiera hacerse cargo de una tarea tan extensa y compleja; sin embargo, también es verdad que su tendencial característica de intervenir no puede, en absoluto, ser negada. Por lo tanto, con todas las limitaciones, es ineludible admitir que la tributación puede y debe utilizarse con propósitos ambientales.

Entre caminos posibles de recorrer, existe el uso de la denominada extrafiscalidad ambiental. No obstante, si la “tributación ecológica” se restringe a la denominada “selectividad ambiental”, no conseguirá enfrentar problemas ambientales que hoy se presentan, especialmente en el escenario interno, como: degradación ambiental, contaminación, emisión de gases de efecto invernadero, etc.

Una parte significativa de estas externalidades negativas surgen a causa del ejercicio de actividades económicas que, no obstante causen expresivos daños, tienen un tratamiento fiscal privilegiado, como sucede con todo el sector de minería y el agronegocio destinados exclusivamente a la exportación, que disfrutan de una casi inmunidad fiscal.

Además de estas actividades, existen otras nocivas al medio ambiente, cuyos efectos los soporta toda la colectividad, sin que exista un encargo económico a quien causa el daño y se beneficia patrimonialmente con el ejercicio de la actividad nociva. Por fin, encontramos casos en los que, aunque las externalidades sean menos importantes, se explora el uso de bienes públicos (notablemente agua, suelo, aire) sin que quien se beneficia de la apropiación ofrezca una contrapartida a los que detienen la titularidad: la sociedad como un todo.

En fin, lo que se defiende es el uso de todos los medios disponibles en el campo de la tributación con el objetivo de preservar el medio ambiente y controlar la emisión de gases de efecto invernadero. Son potencialmente útiles para dicha finalidad: la selectividad ambiental en los tributos indirectos; la introducción del principio contaminador-pagador y la adopción del principio usuario-pagador. Con estos tres mecanismos, sería posible poner en marcha una verdadera Reforma Tributaria Verde en Brasil.

CÓMO IMPLEMENTAR “TRIBUTOS VERDES” EN BRASIL

Como asumido al comienzo, la idea es que la tributación pueda ser un instrumento significativamente útil para la protección ambiental, tanto en el sentido de evitar la degradación, pura y simplemente, como también para lograr el intento de controlar la emisión de gases de efecto invernadero, causadores del temible calentamiento global.

También, como ya se ha expuesto, es posible que esto se materialice, de una manera general, de dos formas, directamente vinculadas a la idea de extrafiscalidad ambiental. Por un lado, está la selectividad fiscal en los tributos indirectos y, por otro, la aplicabilidad de los principios contaminador-pagador y usuario-pagador. En ambos casos, los efectos buscados con el gravamen o la exoneración fiscal residen en el estímulo a actividades y comportamientos ambientalmente correctos o, al contrario, en desestimular a aquellos que se encuentran en la contramano de aquellos.

LA SELECTIVIDAD TRIBUTARIA Y SUS LIMITACIONES

El mecanismo de la selectividad tributaria en los tributos indirectos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, ISS, etc.) implica en la adopción de alícuotas diferenciadas, que, específicamente, serían (algunas ya lo son) fijadas de acuerdo con el grado de adecuación al medio ambiente del producto o servicio; o sea, aquellos que, en esencia, causen menos daños ambientales -sea en la etapa de producción, comercialización e incluso en lo que respecta a la generación de residuos- tendrían alícuotas menores; mientras que aquellos productos o servicios, cuya producción o consumo, en una de las etapas citadas, causen efectos nocivos al medio ambiente serían tributados de una forma más severa.

Relativamente a los tributos indirectos sobre el consumo, la selectividad de alícuotas, de acuerdo con la sistemática descrita, parece ser un instrumento adecuado a la preservación ambiental, pues permite estimular o desestimular comportamientos y actividades, teniendo como objetivo un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Dicho de otro modo, el empleo de impuestos o aportes sociales, buscando defender el medio ambiente, se opera mediante el mecanismo de la selectividad; o sea, la denominada “tributación ambiental” puede ser implementada fijando alícuotas selectivas de acuerdo con el nivel de adecuación de la actividad, productos o servicios, con el objetivo constitucional de asegurar a todos un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Lo que sucede es que esta ya tradicional fórmula contiene algunos límites y obstáculos que reducen, considerablemente, las posibilidades de que la tributación, de forma general, pueda ser utilizada como un efectivo instrumento de protección al medio ambiente. Entre los obstáculos normalmente encontrados, está la ruptura de la deseable neutralidad fiscal de los tributos indirectos sobre el consumo.

Tributos de este tipo tendrían alícuotas poco diferentes, pues, de lo contrario, la política fiscal interferiría muy significativamente en las decisiones de los agentes económicos y podría traer como resultado una especie de dirigismo estatal poco compatible con una economía de mercado. Además, la ya elástica complejidad que existe con respecto a los tributos indirectos podría ser enormemente ampliada, provocando un sistema de costos insostenibles y una tendencial evasión.

Dichos obstáculos, sin embargo, pueden ser contornados y asimilados. Esto se verifica en la intervención en el campo económico corresponde a una especie de “condición de posibilidad” de existencia de Estado Democrático de Derecho, como también la complejidad ya es una marca indeleble del sistema tributario brasileño, con la que se ha convivido desde hace mucho tiempo. O sea, es irreal decir que tributos como ICMS, IPI, PIS y COFINS fueron, en algún momento, neutros o que su operatividad fuera poco compleja, razón por la que establecer alícuotas selectivas debido a la adecuación del producto o bien al medio ambiente se muestra algo aceptable y factible. Es más, tanto el ICMS como el IPI ya incluyen tal selectividad, que lleva en consideración la esencialidad del producto o mercadería, al menos en el plano constitucional.

Es innegable, sin embargo, que la determinación de alícuotas selectivas, con respecto a los tributos ya mencionados, no ha observado el contenido de la norma constitucional, tanto en lo que corresponde a la reducción o exoneración de productos y mercaderías esenciales, como tampoco con respecto a la propia cuestión

ambiental. Además, a veces, lo que sucede es una especie de selectividad volcada exactamente en favor de la degradación ambiental, no obstante sea justificada por razones de orden económica e incluso social.

UN FORMATO PARA LA “REFORMA VERDE”

Considerando todo esto, para que la “reforma verde” alcance sus objetivos, mejor sería, en el caso brasileño, modificar la redacción del referido dispositivo (art. 20, párrafo único) remitiendo al artículo relativo a las tasas (145) la definición de la competencia para instituir las, considerando el principio contaminador-pagador e, incluso, el principio usuario-pagador, a pesar de que el inciso IX, del art. 20 asegure la titularidad de la Unión con respecto a los “bienes ambientales” que este describe.

Considerando las particularidades locales, como también la indeseable centralización tributaria brasileña, la recomendación es de que la competencia para instituir tales tasas esté reservada a los Estados, Distrito Federal y Municipios, en los términos que sean definidos en Ley Complementaria. Esta podría establecer los sectores económicos que deban ser tributados por cada Entidad, considerando la extensión de las actividades, observado el párrafo segundo del art. 145 de la Constitución, que prohíbe que las tasas tengan la misma base de cálculo que los impuestos previstos en la Carta. O sea, ninguna tasa de este tipo podría llevar en cuenta la facturación de la persona jurídica, por ejemplo.

Cada Unidad de la Federación y Municipio, después de todo esto, instituiría, mediante ley, Tasas de acuerdo con la competencia legislativa determinada por la respectiva Ley Complementaria. Muchas de esas tasas podrían buscar inspiración en el modelo europeo o español, como también en exitosas experiencias adoptadas en otros países de América Latina y otros continentes en este campo, llevando en cuenta, para establecer la base de cálculo, no la facturación o el valor de los productos, sino criterios vinculados

a la amplitud de la “contaminación” causada (en el sentido más amplio del término).

En la actualidad, el criterio que más se aproxima de esto es la cantidad de carbono emitida, cuantificada en toneladas y cuyo precio se establece en dólares americanos. Como relata un estudio publicado por la CEPAL (ALATORREA, 2019), los denominados “impuestos sobre el carbono” están aplicándose en varios países. Los valores cobrados obedecen a intervalos que varían de US\$ 1 por tonelada en países como México, Polonia y Ucrania, hasta US\$ 126 por tonelada en Suecia.

Es posible sustentar que la prioridad en el cobro debería ser con respecto a los sectores que actualmente gozan de un privilegiado tratamiento tributario, a pesar de que sean notables agentes nocivos al medio ambiente. Entre ellos, es inescapable que sean objeto de tributación por las tasas ambientales que serán instituidas, segmentos importantes del Agronegocio y la Minería. En estos casos, debido a la extensión de dichas actividades, la Entidad más adecuada para instituir tales tasas serían los Estados y el Distrito Federal.

En el caso específico de la actividad ganadera, que colabora significativamente para que Brasil ocupe la 4ª posición mundial entre los emisores de gases de efecto invernadero (PASSARINHO, 2021), la tasa podría ser cobrada en valores fijos por animales sacrificados o exportados, especialmente porque, en tiempos más recientes, hubo una creciente práctica de exportar ganado vivo (muchos todavía en fase de crecimiento). Existe, pues, un inequívoco pasivo ambiental en el ejercicio de esta actividad, que actualmente parece ser soportado por el resto de la colectividad, de todas las formas posibles, sin que –por ejemplo, en el ganado o la carne exportada– haya cualquier pago de tributos en contrapartida.

Con respecto a la fijación del valor por animales, bastaría considerar estudios que consiguen estimar la emisión de carbono para cada cabeza de ganado, por ejemplo, en los términos explicitados en la siguiente tabla (GIOANINI, 2013):

Valores encontrados para a emissão de gases causadores do efeito estufa (GEE).

Parâmetro	Vaca (leite)	Vaca (corte)	Machos	Jovens	Total
Porcentual de animais	0,43	0,43	0,15	0,42	100%
Número de animais	1.203.601 ¹	3.201.757	2.023.494	4.755.395	11.184.248
F E lagoa anaeróbica	109,51	116,30	121,95	0,69	348,45
E. T. lagoa anaeróbica	138.395	390.966	259.107	3444	7.91.914
E. T. NO2 em lagoa anaeróbica	2.052	3.119	1.971	4633	11.776
F. E. no2	0,11	0,06	0,06	0,06	0,30
F. E. fermentação entérica	140,78	130,00	136,32	0,77	407,88
E. T. fermentação entérica	3.558.246	8.740.886	5.792.900	77.014	18.169.047
F. E. pasto	7,30	7,75	8,13	0,05	23,23
E. T. pasto	138.395	390.966	259.107	3.444	791.914
F. E. NO2 pasto	2,20	1,26	1,26	1,26	5,97
E. T. NO2 pasto	615.641	935.827	591.438	1.389.934	3.532.842
F. E. armazenado	0,61	0,65	0,68	0,00	1,94
E. T. armazenado	3.075	8.688	5.757	76,55	17.598
F. E. NO2 armazenado	2,20	1,26	1,26	1,26	5,97
E. T. NO2 armazenado	164.171	249.554	157.716	370.649	942.091
Total metano	279.866	790.620	523.972	6.966	1.601.426
Total NO2	781.865	1.188.501	751.126	1.765.216	4.486.709
Emissão total (sist. atual)	1.061.731	1.979.122	1.275.099	1.772.182	6.088.136
Emissão total	4.619.977	10.720.009	7.068.000	1.849.196	24.257.183
F. E. biodigestor	6,08	6,46	6,78	0,04	19,36
E. T. biodigestor	153.772	434.407	287.897	3.827	879.904
Emissão total biodigestor	1.014.828	2.724.944	1.735.505	3.405.837	8.881.115
Emissão evitada	46.902	-745.821	-460.405	-1.633.654	-2.792.979

Es posible decir que el cobro de un tributo de este tipo se justifica debido a lo que se decidió denominar externalidades negativas; esto es, en el caso específico de los perjuicios causados al medio ambiente debido al ejercicio de las referidas actividades. De acuerdo con el referido estudio de la CEPAL de 2019, “el cambio climático es una externalidad negativa global, en el que la emisión de gases de efecto invernadero provocan cambios climáticos para la atmósfera, sin costo económico para aquellos que de estos se

benefician”. Según lo que concluyen, por lo tanto, desde el punto de vista de la teoría económica, enfrentar el desafío del cambio climático requiere implementar un conjunto de políticas públicas que incluyen, por ejemplo, el uso de diversos instrumentos económicos, como el impuesto sobre el carbono.

En esta misma línea, se deberán instituir tasas ambientales por la explotación de recursos naturales (por ejemplo, pero no limitada-mente, del mineral de hierro). Con respecto a tales actividades, son necesarias tasas basadas tanto en el principio contaminador-pagador como en el principio usuario-pagador, pues además de toda especie de contaminación y degradación ambiental, existe la explotación económica con la extracción de riquezas finitas, sin que ocurra una efectiva contrapartida a la colectividad (excepto los reducidos royalties/CFEM). En la actualidad, los Estados de Minas Gerais, Pará y Amapá exigen Tasas de Policía en función de la extracción de minerales, recientemente entendida como constitucional por el Supremo Tribunal Federal (ADIs 4785, 4786 e 4787).²

² El Estado de Minas Gerais fue pionero al instituir una Tasa por el ejercicio del poder de policía (así mismo de discutible constitucionalidad) mediante la Ley nº 19.976, del 27 de diciembre de 2011, parcialmente reproducida a continuación: **Art. 1º** Queda instituida la Tasa de Control, Monitoreo y Fiscalización de las actividades de Exploración, Extracción, Explotación y Aprovechamiento de Recursos Mineros -TFRM-, que tiene como hecho generador el ejercicio regular del poder de policía otorgado al Estado sobre la actividad de exploración, extracción, explotación o aprovechamiento, realizada en el Estado, de los siguientes recursos mineros: I - bauxita, metalúrgica o refractaria; II - tierras-raras; III - minerales que sean fuente, primaria o secundaria, directa o indirecta, inmediata o mediata, aislada o en conjunto con otros elementos químicos, de plomo, cobre, estaño, hierro, litio, manganeso, níquel, tántalo, titanio, zinc y zirconio. **Art. 2º** Para los efectos de esta Ley, las expresiones “recurso minero” y “mineral” son equivalentes. **Art. 4º** Contribuyente de la TFRM es la persona, física o jurídica, que esté, a cualquier título, autorizada a explorar, extraer, explotar o aprovechar recursos mineros en el Estado. **Art. 5º** Se considera ocurrido el hecho generador de la TFRM: I - en el uso del mineral como materia prima en proceso de transformación industrial, en la hipótesis de que la extracción y la transformación ocurran en un mismo establecimiento localizado en el Estado; II - en la transferencia del mineral extraído entre establecimientos pertenecientes al mismo titular, incluso al extranjero; III - en el

Como si ello no fuera suficiente, la exploración más que causar daños al medio ambiente, causa estragos irreparables y, muchas veces, incluso “tragedias dantescas”, como la de Mariana y Brumadinho en Minas Gerais. Una vez que, por lo general, la extracción de minerales (principalmente hierro) se destina a la exportación, ¿cómo es posible sustentar que actividades de esta naturaleza puedan seguir ejerciéndose, sin casi ninguna contrapartida a la sociedad, mediante pago de alguna especie de tributo?

Es obvio que pagar tributos no recuperará o minimizará -NUNCA- lo que sucedió en Mariana y Brumadinho, solo para recordar el verdadero desastre ambiental brasileño. No es, pues, el derecho tributario el que debería ocuparse de lo que allí sucedió, sino otras ramas del derecho (civil, administrativo y, principalmente, penal).

Vale hacer hincapié en que no corresponde alegar que el cobro de Tasas Ambientales, relativamente a productos o mercaderías destinadas al exterior impedirían las exportaciones. En primer lugar, porque se está delante de actividades notoriamente bien lucrativas, cuyos costos con las nuevas tasas podrían ser tranquilamente asimilables. Además, como se trata de sectores prácticamente inmunes a la tributación y mantenerlos con una total exoneración - como la que está vigente ahora- significa transferir al resto de la sociedad todo el encargo de “contribuir para mantener el Estado”, incluso para garantizar la infraestructura necesaria al ejercicio lucrativo de las referidas actividades.

Principalmente, es inaceptable continuar en la actual sistemática en la que, incluso, los significativos encargos ambientales, que surgen a causa de la propia actividad, se transfieren a las “anchas espaldas” del Estado. Sin pensar en cada centavo que esto significa,

momento de la venta del mineral extraído. Párrafo único - El hecho generador de la TFRM ocurrirá una sola vez, y debe ser considerado, entre los momentos especificados en el encabezamiento, aquel que suceda primero. [...] **Art. 8º** El valor de la TFRM corresponderá a 1 (una) Ufemg vigente en la fecha de vencimiento de la tasa por tonelada de mineral extraído.

basta imaginar el inconmensurable costo que soporta Minas Gerais, y el Estado brasileño, tan solo en las tragedias antes mencionadas. ¿O acaso fueron las empresas que causaron la tragedia las que asumieron el costo del rescate (hablando, tal vez, tan solo en el menor de todos los costos)?

Por fin, mediante mecanismos democráticos, pueden ser proyectadas e instituidas tasas ambientales que busquen disminuir la contaminación atmosférica y la emisión de gases de efecto invernadero, causados tanto por la exploración de actividades económicas (industria que contamina), como también por comportamientos personales (uso de automóvil con combustible fósil). Además, considerando el principio usuario-pagador, el uso del agua, con fines comerciales, podrá ser objeto de cobro de tasas, principalmente por parte de los municipios.

REFERENCIAS

ALATORREA, José Eduardo *et. al.* El costo social del carbono: una visión agregada desde América Latina. **Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)**. 2019. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44423/1/S1800462_es.pdf>. Fecha de acceso: 24 jul. 2022.

Aumenta peso das commodities para economia do Brasil, revela relatório da ONU. **Naciones Unidas Brasil**. 10 de noviembre de 2017. Disponible en: <<https://unicrio.org.br/aumenta-peso-das-commodities-para-economia-do-brasil-revela-relatorio-da-onu/>>. Fecha de acceso: 24 jul. 2022.

BRASIL. [Constitución (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Fecha de acceso: 24 jul. 2022.

BRASIL. Ministerio de Economía. Secretaría Ejecutiva de la Cámara de Comercio Exterior. **Resolución nº 77, del 17 de octubre de 2018**. Disponible en: <<http://www.camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2121-resolucao-n-77-de-17-de-outubro-de-2018>>. Fecha de acceso: 28 jun. 2022.

BUFFON, Marciano. Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

Convênio 100/97 do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária). Disponible en: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV100_97> Fecha de acceso: 24 de jul. 2022.

CORBACHO, Ana; FRETES CIBILS, Vicente; LORA, Eduardo. Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo. **Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 2013**. Disponible en: <<https://publications.iadb.org/en/recaudar-no-basta-los-impuestos-como-instrumento-de-desarrollo>>. Fecha de acceso: 24 jul. 2022.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018.

Gecex aprova retirada do imposto de importação de inseticida usado no plantio de soja e milho. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)**. Disponible en: <https://ruralpecuaria.com.br/noticia/gecex-aprova-retirada-do-imposto-de-importacao-de-inseticida-usado-no-plantio-de-soja-e-milho.html>>. Fecha de acceso: 28 jun. 2022.

Gecex aprova retirada do imposto de importação de inseticida usado no plantio de soja e milho. Disponible en: <https://ruralpecuaria.com.br/noticia/gecex-aprova-retirada-do-imposto-de-importacao-de-inseticida-usado-no-plantio-de-soja-e-milho.html>>. Fecha de acceso: 28 jul. 2022.

GIOVANINI, Adilson; ATAÍDES DE FREITAS, Clailton; CORONEL, Daniel Arruda. Análise da quantidade produzida de CO₂ pela bovinocultura no Estado do Rio Grande do Sul. In: **Ciência Rural**, Santa Maria, v. 43, n.º 10, p. 1918-1923, oct, 2013. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/cr/v43n10/a27413cr2012-0714.pdf>>. Fecha de acceso: 24 jul. 2022.

PARRILHA, Pedro José Carrasco. Los Impuestos Especiales, otros tributos sobre consumo específicos e imposición ambiental sobre la energía. In: ALONSO GONZÁLES, Luis Manuel; YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario: Parte Especial**. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018.

PASSARINHO, Nathalia. Brasil é 4º no mundo em ranking de emissão de gases poluentes desde 1850. Disponible en: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-59065359>> Fecha de acceso: 29 de jul. de 2022.

TABOADA, Carlos Palao. El Principio “Quien Contamina Paga” Y el Principio de Capacidad Económica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Di-reito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario**: Parte Especial. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018.

NORMATIVA “DESAFINADA” PARA LOS MÚSICOS DE ORQUESTA SINFÓNICA

Ma Carmen Aguilar del Castillo¹

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo globalizado en el que la tecnología en sus distintas manifestaciones se ha convertido en el centro de atención sobre el que las personas, la economía y las relaciones personales o profesionales pivotan en la actualidad.

La música y su transmisión no son una excepción, no solo por la utilización de la inteligencia artificial para crear o transmitir música, sino la existencia de plataformas y soportes digitales a través de los cuales se crean canales de venta de música². No obstante, detrás de todos estos portales lo cierto es que, son las personas con su trabajo y esfuerzo las que, día a día, la materializan y, dentro de ellas, los Músicos (en mayúscula) son sus principales protagonistas.

La amplitud de este término hace inabarcable un análisis sobre las peculiaridades de cada uno de ellos y sus condiciones de trabajo³. Cuando una actividad profesional se eleva a la categoría de arte

¹ Profra. Contratada Doctora del Dpto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

² Como iTunes, la tienda de música online de Apple-, o accediendo a ella a través de la utilización del ‘streaming’ como vehículo para acercarse y relacionarse con la música acudiendo a plataformas como Spotify, Deezer, Grooveshark, Google Play Music, Xbox Music, por citar solo algunas de las más utilizadas en España, en <https://www.farodevigo.es/vida-y-estilo/tecnologia/2014/10/31/10-mejores-portales-escuchar-musica-17033747.html>

³ MACHILLOT, DIDIER.: “La profesión del músico, entre la precariedad y redefinición” Revista Sociológica (Mexico), vol. 33 núm. 95, pp 257-289, 2018, UAM, Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v33n95/2007-8358-soc-33-95-257.pdf>

pierde parte de su sustantividad y resulta difícil reconducirla a una relación jurídica en general y mucho más difícil laboral.

Cuando se habla de los músicos se piensa en la música que interpretan, si lo hacen bien o mal, si son capaces de transmitir lo que el autor de la obra quiso decir o lo que el director de orquesta, en su caso, quiera expresar. No nos detenemos a pensar en el trabajo, en su organización y en las condiciones en las que se realiza⁴. Los músicos, en general, son aquellas personas cuyo trabajo consiste en hacer o transmitir arte. Esto es lo que el público, principal destinatario de su actividad profesional, percibe.

Este trabajo, sin entrar a valorar la utilización de las nuevas tecnologías por los músicos ni tan siquiera lo que éstas pueden aportarle en cuanto al acceso a su formación y desarrollo profesional, pretende acercarse a la relación entre el ejercicio de la profesión y la protección de su salud, ya sea desde la prevención de los riesgos laborales o desde la acción protectora de la Seguridad Social. En todo caso, se trata de estudiar, aunque sea brevemente, el tiempo de impasse que subyace entre la preparación de una obra y los aplausos a su interpretación.

Del conjunto de músicos, grupos, tipos de músicas o lugares donde se transmite, nos vamos a centrar en aquellos que desarrollan su trabajo como miembros de una orquesta sinfónica. Pretendemos aportar unas pinceladas jurídicas sobre el “coste” para la salud que conlleva ser profesor de música de una orquesta.

⁴ Sobre el perfil del músico profesional, LAGUNA MILLÁN, MJ.: La organización del trabajo y la estructura de la empresa, elementos claves de los riesgos laborales en las orquestas sinfónicas, ed. Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, Madrid 2012, pág. 24; HUCHÍN SOSA, E.: ¿Escuchas aquel sonido? Es la precariedad, <https://puenteaereodigital.com/cultura/arte/escuchas-aquel-sonido-es-la-precariedad/>

LA ORQUESTA SINFÓNICA COMO EMPLEADORA

Analizando la relación existente entre los músicos de una orquesta sinfónica y ésta como entidad empleadora, la mayor parte de ellos son trabajadores que participan de todos los requisitos previstos en el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET)⁵, se trata de un trabajo: voluntario, retribuido, por cuenta ajena y actúan bajo el poder de dirección y organización de otra persona. Esta inclusión implica la afectación plena, entre otras normas laborales, de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en la que se incluye en su ámbito de aplicación la relación laboral común y especial, así como las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁶.

Esta relación convierte a la entidad titular de la orquesta como empleadora de los músicos que la componen, en el sujeto obligado a garantizar la salud de sus trabajadores.

La naturaleza contractual de la obligación de seguridad se deduce tanto del TRET⁷ como de la LPRL cuando en su artículo 14.1 reconoce el derecho del trabajador a “una protección eficaz de su seguridad y salud y el correlativo deber del empresario a protegerla. Esta obligación solo se hará efectiva con el cumplimiento de todas las medidas preventivas necesarias para garantizar el cumplimiento del derecho⁸ que, en todo caso, deberán aplicarse de conformidad

⁵ Artículo 1.1 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 24/10/2015), “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario”

⁶ Artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10/11/1995),

⁷ Artículos 4.2 b) y 5 d)

⁸ Artículo 14.2 LPRL

con los principios de la acción preventiva previstos en el artículo 15 LPRL.

De entre los distintos principios previstos en la norma, la adecuación de las condiciones de trabajo al trabajador⁹ adquiere un alto grado de complejidad cuando se trata de un profesor de música de una orquesta sinfónica. La dificultad en su aplicación obedece, principalmente, a las características organizacionales¹⁰ y funcionales de la orquesta y a la actividad que el propio músico desarrolla dentro de la misma. Deberá ser el plan de prevención, como obligación específica del empresario el que, a través de la evaluación de los riesgos de cada uno de los puestos de trabajo que conforman la orquesta y/o de su integración en el espacio en el que se va a desarrollar la actividad, quien determine las medidas preventivas a adoptar en función de los riesgos¹¹ a los que se exponen estos músicos.

Es una realidad que la movilidad espacial y geográfica de una orquesta, condiciona las medidas preventivas a adoptar,

⁹ Artículo 15.1.d) LPRL “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo...”. La obligación de adecuación al puesto de trabajo, no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya se contempló en el artículo 93.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y, en términos similares, en el artículo 164 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31/10/2015).

¹⁰ La organización del trabajo, como factor de riesgo, ya sea en relación con las propias tareas que la integran, como la concreta asignación de una actividad u otra a los trabajadores, su distribución temporal (organización a turnos, trabajo nocturno), los ritmos de trabajo o las relaciones de mando existentes en la organización empresarial

¹¹ Fundamentalmente, de carácter mecánico, es decir, aquellos que se derivan de los locales (espacios), instalaciones, equipos, productos y útiles de trabajo, posturas inadecuadas o movimientos repetitivos; derivados de agentes físicos, como la exposición al ruido, vibraciones, iluminación, presión atmosférica, temperatura y humedad; ergonómicos y psicosociales, en estos últimos se incluyen la presión, ambiente de trabajo o relaciones sociales a las que puede someterse a un trabajador. IGARTUA MIRÓ, MT.: Sistema de Prevención de Riesgos Laborales, ed. Tecnos, 2020, ed. 5ª, pág. 31.

dependiendo en numerosas ocasiones del espacio disponible para ensayos y actuaciones, de la ubicación de los músicos generalmente predeterminada por el instrumento que tocan y por el número necesario de profesores para la interpretación de una determinada pieza musical u obra. No obstante, ninguno de estos condicionantes implica una excepción al cumplimiento de la normativa preventiva¹², tan solo una necesaria adaptación¹³.

Desde un punto de vista preventivo, los riesgos para la salud de los músicos de orquesta son previsibles, evaluables y, en consecuencia, evitables o reducibles. En una orquesta sinfónica los aspectos relativos al contenido de la prestación desempeñada por el músico, en especial la automatización, la complejidad de la obra, la reiteración, monotonía, el grado de atención o la minuciosidad y perfección exigida en su interpretación, forman parte consustancial de sus condiciones de trabajo¹⁴ y, por ende, de la generación de riesgos.

No obstante, lo anterior y más allá de incumplimientos de medidas preventivas nos encontramos, sin embargo, con “el olvido o inexactitud” en la identificación y evaluación de los riesgos psicosociales, lo que incide negativamente en su prevención y, en consecuencia, en la reparación de un posible daño.

¹² Como ejemplo, el acuerdo sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo de Orquesta de Sevilla S.A, recogido en el VIII Convenio colectivo de la empresa Orquesta Sevilla S.A. (BOP de Sevilla, 3/12/2020), en el que se regula los espacios necesarios para los trabajos en foso, recogiendo la obligatoriedad de compatibilizar los espacios con la normativa preventiva. Acuerdo que se incluye “tanto al Teatro Maestranza de Sevilla como en aquellos lugares a los que vaya a actuar en lo sucesivo”

¹³ Artículo 4.2 b) RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31/1/1997)

¹⁴ Artículo 4.7 LPRL “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”, entre otras, d) “Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”

Aunque, tradicionalmente han sido los grandes olvidados¹⁵ incluso en su desarrollo legal, los riesgos psicosociales no difieren en su prevención respecto del resto de riesgos, ni tampoco lo hacen respecto de su protección legal formando parte del concepto del derecho a la protección eficaz de la salud y seguridad del trabajador.

Dentro de la prevención, estos riesgos ocupan un papel principal en todas las profesiones y entendemos que, de forma muy significativa en los músicos de orquesta, en la que la actividad principal se ha de desarrollar conjuntamente. Es necesario garantizar un adecuado medio ambiente de trabajo del que forma parte las relaciones sociales tanto verticales como horizontales y en el que la deficiencia en su evaluación genera una exposición continuada a factores de riesgos psicosocial y a la producción de los riesgos que de ellos se derivan¹⁶, pudiendo dar lugar a trastornos tanto físicos, psíquicos como conductuales.

Hay que señalar que estos riesgos tanto en su componente individual como colectiva están estrechamente relacionados con distintos principios de la acción preventiva que, aunque no son

¹⁵ Esta tendencia, afortunadamente, está cambiando como se evidencia en la actividad normativa y jurisprudencial desarrollada durante los últimos años. Por poner algún ejemplo, el Convenio 190 OIT; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones, por el que se adopta el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación (Bruselas, 28-6-2021 COM (2021)), págs. 10-12, 16; internamente, el “Criterio técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales” de 14/4/2021. Podemos encontrar alguna sentencia, como la del TSJ del País Vasco, nº 1479/2007, de 18 de mayo (AS 2007/3125) en la que se contempla la enfermedad Síndrome Ansioso-Depresivo de un músico de una banda municipal, pero, aunque reconoce la existencia de la enfermedad, la califica como enfermedad común y es utilizada la patología como argumento por parte del Ayuntamiento para sancionar disciplinariamente al trabajador por realizar una actividad “similar” durante el periodo de la incapacidad temporal.

¹⁶ Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la colaboración del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales, ed. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, pág. 15

exclusivos de ellos, su ignorancia por parte del empresario sí va a constituir un elemento definitorio de la existencia de un incumplimiento en su posición de garante de la salud y seguridad del trabajador¹⁷.

EL VIRTUOSISMO Y EL TIEMPO DE TRABAJO COMO GENERADOR DE RIESGOS LABORALES

La respuesta más inmediata del empresario como garante de la seguridad de sus trabajadores es la puesta en práctica de las técnicas preventivas necesarias para evitar los riesgos que se derivan de su actividad, siendo el plan de prevención la principal herramienta para ello, por cuanto con él se va a integrar la actividad preventiva en el sistema de gestión de la empresa y se va a definir y a establecer su política de prevención de riesgos laborales¹⁸.

La eficacia de este instrumento viene dada por la idoneidad de sus instrumentos esenciales: la evaluación de riesgos y la planificación¹⁹ de la acción preventiva.

No vamos a valorar aspectos técnicos de los planes de prevención de las orquestas sinfónicas, principalmente porque escapa al objeto de este trabajo. Sin embargo, sí hay un aspecto de las medidas

¹⁷ Por ejemplo por la amplitud de su contenido el artículo 15.1.g LPRL “es necesario planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integra en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”; “La mayor parte de los estudios indican que los problemas en la organización del trabajo son la causa más común de los accidentes laborales y que muchos de los accidentes producidos por fallos o errores son en última instancia debidos a situaciones de fatiga o estrés, inadecuadas comunicaciones, la consecución de objetivos de producción difícilmente alcanzables, el inadecuado reparto de tareas a personas no cualificadas para llevarlas a cabo o a la falta de control y supervisión de las normas de trabajo por parte de los mandos o supervisores” en Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la colaboración del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: Guía de actuaciones..., op. cit. pág. 16

¹⁸ Artículo 16.1 LPRL y 2.1 RD 39/1997

¹⁹ Artículo 16.2 LPRL y art. 3.1 RD 39/1997

preventivas que nos interesa y es el referido a la evaluación de los riesgos a los que están expuestos los músicos cuando desarrollan su actividad en un lugar distinto a la sede permanente o temporal de la orquesta²⁰, aspecto que está íntimamente relacionado con la distribución del tiempo de trabajo de los profesores músicos.

Una de las características que definen a los músicos en general y a los de orquesta en particular, es la excelencia en el ejercicio de sus funciones²¹. Difícilmente puede entenderse este si no se ejerce

²⁰ Entre otros, Convenio colectivo de la Orquesta de Euskadi, S.A (DOG 5/11/2019); Convenio colectivo del consorcio del auditorio y la orquesta y de la entidad autónoma de la orquesta sinfónica de Barcelona y nacional de Cataluña. publicado en el (DOGC 13/03/1998); Convenio colectivo de la Fundación Pública de les Balears per a la Música <https://simfonicadebalears.com/orquestra/historia-2/>; Convenio Músicos de la Orquesta Sinfónica de Navarra; Convenio colectivo de trabajo del Palau de la Música, congresos y orquesta de Valencia para el periodo 2003-2007 (BOV 2/10/2010); Convenio Colectivo de trabajo de la empresa "Fundación Orquesta de Extremadura" (DOE 23/11/2006); Convenio Colectivo del Personal de la Fundación Siglo (DOC y L 24/9/2007); Convenio colectivo do Consorcio da Cidade de Santiago de Compostela (Real filarmonía de Galicia) (D Xunta de Galicia, 10/1/2008); Convenio colectivo del personal laboral al servicio del patronato insular de música de Tenerife (BOC 4/11/2004);

IV Convenio Colectivo de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias (BOPA 9/12/2009); Convenio Colectivo de la Fundación Musical Ciudad de Oviedo (Oviedo Filarmonía) (BOPA 14/11/2019); Convenio colectivo Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga (BOM 10/3/2008).

²¹ No es extraño encontrar artículos en los convenios colectivos como en el VIII Convenio colectivo de Orquesta de Sevilla SA. En el que en su art. 23 sobre Control de Calidad se prevé como sanción el cambio de puesto e incluso el despido si, a juicio de la comisión evaluadora, un profesor disminuye su calidad; o en el artículo 21 "Ineptitud artística sobrevenida" del convenio colectivo de la Fundación Pública de les Balears per a la Música, por citar solo alguno de los que contemplan la disminución de rendimiento. STSJ de C. Valenciana, nº 2954/2008, nº 2954/2008, de 23 de septiembre (JUR 2009/28354) FJ. 3 y 4, no se le renueva el contrato a una violinista por no gozar su nivel profesional de la excelencia que se pretende de la orquesta. O como se señala en la sentencia "por razones exclusivamente de orden artístico al pretenderse un alto nivel para la orquesta" lo que, como se indica en el FJ 2º, "desató el nerviosismo entre los músicos por la posibilidad de que no se les renovara su contrato". GARCÍA GÓMEZ, M.: "Las enfermedades profesionales de los músicos, el precio de la perfección" Arch Prev Riesgos Labor, vol. 21, núm. 1, 2018, págs. 11-17.

cualquier instrumento más allá de los horarios habituales programados por el director o responsables de los ensayos.

Aunque no es fácil establecer una comparación, en términos deportivos, un deportista profesional necesita entrenar de forma periódica si pretende mantener el nivel físico de exigencia en su profesión. Cuando se trata de deportes de equipo, son los entrenadores los que determinan el ritmo de trabajo y el nivel de preparación exigible. Los músicos también han de “entrenarse”, pero a diferencia de estos deportistas su “nivel” se constata de forma colectiva, sin que exista un seguimiento individual de su preparación. Solo han de llegar a los ensayos con la calidad exigible. Así, al menos parece deducirse de la distribución de la jornada que recogen todos los convenios colectivos analizados²², en la que una parte queda reservada al estudio personal dentro o fuera de los locales de ensayo y con liberalidad de horario, lo que implica o puede hacerlo, la utilización de espacios distintos al lugar de ensayo habitual y, por ende, una falta de control sobre el tiempo de trabajo incluyendo los periodos de descanso obligatorios como medida preventiva.

Es cierto que se establecen limitaciones en la duración máxima de las sesiones, pero solo cuando estas se desarrollan de forma colectiva y bajo el control directo del empleador²³.

La necesidad de una organización flexible en la prestación del servicio de un profesor de música no constituye ninguna novedad. De

²² Como por ejemplo el artículo 24 del convenio colectivo de la Orquesta de Sevilla que distribuye la jornada de 37.5 h semanales entre las 26 horas destinadas al trabajo de conjunto y 11.5 al estudio personal, dentro o fuera de los locales de ensayo, sin horario fijo.

²³ En el Cc de Sevilla, la duración máxima de una sesión de trabajo (presencial) será de 4 horas y excepcionalmente de 5 sin que puedan ser continuadas. En todo caso, se establece una jornada máxima diaria de 6 horas, salvo que se señale un ensayo pregeneral, general o actuación pública que podrá llegar hasta 7. Hay que entender que este máximo horario de 6 o excepcionalmente 7 horas diarias de trabajo incluye las de estudio personal.

hecho, es inimaginable el ejercicio de esta profesión sin la existencia de un grado de autonomía en la utilización de parte de su tiempo de trabajo. La evidencia de esta realidad puede llegar a plantear importantes problemas para el trabajador cuando extiende “el centro de trabajo”²⁴ a un lugar distinto al que radica la sede de la orquesta, sobre todo para determinar la laboralidad de la relación en el momento de la prestación de su servicio. Del análisis de los distintos convenios colectivos que regulan la itinerancia y sus efectos, organizacionales, de tiempo de trabajo, descansos y económicos, en ningún momento se refieren a las horas de trabajo de libre organización, más allá de prever la obligatoriedad de su cumplimiento.

El porcentaje de la jornada de trabajo individual no es más que una medida de flexibilidad laboral pero que, a diferencia de otras, no

²⁴ La jurisprudencia configura al centro de trabajo como una unidad simple, en donde se efectúa la realización de la actividad empresarial, bien desde un punto de vista geográfico o desde el punto de vista funcional” es por esta razón por la que SSTS como las de 10 de diciembre de 2007 (rec.576/2007); de 5 de mayo de 2021 (rec.3160/2018); de 24 de febrero de 2011 (rec.1764/2010) o de 11 de enero de 2017 (rec. 24/2016) han “identificado centro de trabajo con lugar de trabajo, como ha sucedido en relación con la aplicación de las normas sobre prevención de riesgos laborales; STJUE de 30 de abril de 2015, en el asunto C-80/14, en la que se entiende por centro de trabajo aquél en el que, los trabajadores se hayan adscritos para realizar su cometido. Especialmente significativa es la STSJ del País Vasco, nº 1075/2020 de 15 de septiembre (Rec. 809/2020), por cuanto se presume la laboralidad de un trabajador que fallece en su domicilio durante su jornada de trabajo, sin que su actividad sea preponderante para la configuración del “trabajo a distancia” y sin que pueda demostrarse que en el momento del suceso no tuviera nada que ver con su profesión. Interpretación muy interesante para calificar el tiempo de trabajo individual de cada profesor de música de orquesta. Sobre el concepto de centro de trabajo GALLEGO MONTALBÁN, J.: “El concepto de centro de trabajo y adscripción de las personas trabajadoras como presupuestos de los derechos de representación en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas” *Revta. IUSLabor*, núm. 1/2022; CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, 13 ed. 2020, págs.135-136; LOUSADA AROCHENA, F.: “El centro de trabajo” *Rvta. Gral. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, nº 27, 2011; GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

encuentra su justificación en medidas de conciliación para el trabajador, aunque pueda beneficiarse de ellas, sino en razones productivas y de organización de la empresa por cuanto nos encontramos ante un trabajo individual que consiste en la práctica del instrumento o preparación de la obra como exigencia previa a las sesiones de conjunto. En todo caso, esta distribución horaria forma parte de la jornada ordinaria de trabajo por lo que son de aplicación todas las normas laborales, entre las que se encuentran las de carácter preventivo.

El virtuosismo del profesor de orquesta se manifiesta en el resultado de su trabajo lo que facilita a posteriori el control del cumplimiento de su jornada por el empleador²⁵, pero el cumplimiento de las medidas preventivas durante ese tiempo de trabajo solo puede evidenciarse a través de controles periódicos de la salud del músico²⁶.

Es precisamente en este aspecto donde la causalidad exigible para calificar un riesgo o un daño como profesional ha de tener en cuenta las peculiaridades de la actividad del músico frente a otro tipo de profesiones.

²⁵ En la STSJ de C. Valenciana, nº 2954/2008, de 23 de septiembre (JUR 2009/28354) FJ. 3 y 4, no se le renueva el contrato a una violinista por no gozar su nivel profesional de la excelencia que se pretende de la orquesta. O como se señala en la sentencia "por razones exclusivamente de orden artístico al pretenderse un alto nivel para la orquesta" lo que, como se indica en el FJ 2º, "desató el nerviosismo entre los músicos por la posibilidad de que no se les renovara su contrato".

²⁶ En el cumplimiento del músico de sus obligaciones de seguridad y salud, previstas en los artículos 5.b del Estatuto de los Trabajadores y 29 de la LPRL, hay que tener muy presente el artículo 15.4 LPRL "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador..."

LESIÓN/TRABAJO, CAUSALIDAD POR DETERMINAR

En el derecho a la protección eficaz de la salud del trabajador, es el riesgo el centro neurálgico sobre el que se ejerce toda la acción preventiva, no obstante, el daño o la lesión también se define en LPRL en previsión de que la ausencia, falta o ineficiencia de las medidas preventivas en la empresa pueda generarlo. El artículo 4.3 LPRL lo define como “las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”. Se trata de un concepto en el que la base de cualquier tipo de responsabilidad se encuentra en la existencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido y la actividad laboral desarrollada.

Si hay una profesión en la que la repetición, aunque no necesariamente la monotonía, define a la propia actividad, es la de músico. No vamos a detenernos en los riesgos que estas características pueden llegar a generar, pero sí en su resultado, principalmente en la respuesta legal y jurisprudencial a la calificación del daño sufrido.

De esta forma podemos distinguir una triple tipología en la que encuadrar una enfermedad o lesión²⁷: a. Enfermedad profesional en la que la relación de causalidad está cerrada y formalizada; b. Las derivadas del trabajo en las que existe una relación de causalidad abierta entre el trabajo y la enfermedad y c. la enfermedad común como aquella que no puede incluirse en ninguna de las otras dos categorías.

²⁷ STS, de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546); DE SOTO RIOJA, S.: Virtualidad del sistema de listas de enfermedades profesionales en función de la patología, en especial, aquellas que afectan a la piel. (BIB 2011/1033). TORTUERO PLAZA, JL. y ALONSO OLEA, M.: Instituciones de Seguridad social, ed. Cívitas, 2002, 18ª ed.

De estos tres conceptos, sólo el primero tendrá la consideración de enfermedad profesional conforme a los criterios establecidos en el artículo 157 LGSS.

Para el resto de los supuestos, solo el segundo goza de una presunción iuris tantum sobre la existencia de un accidente de trabajo²⁸.

LA MÚSICA COMO ACTIVIDAD LISTADA: CUESTIÓN PENDIENTE (REALIDAD O UTOPIÍA)

La calificación “profesional” de una lesión, daño o enfermedad, solo será posible si existe el nexo causal lesión-trabajo. No obstante, cuando nos referimos a la enfermedad profesional, su razón de ser no es directamente su procedencia del trabajo, “sino en el modo (mediante una acción lenta) y lugar (uno en el que esa circunstancia no sea excepcional) en el que ésta se origina»²⁹, es decir, que junto a aquella relación tanto la dolencia padecida como la causa que la produce³⁰ han de estar referidas como enfermedad profesional en el cuadro o lista reglamentaria prevista en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre³¹.

Esta doble exigencia normativa trae como consecuencia multitud de interpretaciones judiciales, centradas principalmente en la necesidad de concurrencia de todos los factores previstos en la norma. Es decir, la identidad de la enfermedad o lesión con la prevista en el cuadro normativo, las causas que la originan³² y la actividad profesional que la provoca. Ocurre, sin embargo, que en

²⁸ Artículo 156.1 LGSS “Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”

²⁹ SJS. Número 9 de Bilbao, núm. 373, de 3 de noviembre de 2011, FJ.1º.

³⁰ STSJ de País Vasco, de 23 de mayo de 2006, (AS 2007/821) FJ. 3º

³¹ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE 19/11/2006)

³² STS núm. 747/2022, de 20 de septiembre (JUR 2022/307459) FJ. 5º.1

numerosas ocasiones no hay coincidencia entre la actividad desempeñada por el trabajador que sufre una dolencia listada, con la prevista en el cuadro de enfermedades profesionales como generadora de la misma.

Es el tenor literal de la norma reglamentaria la que, siguiendo una jurisprudencia consolidada³³ en su interpretación, facilita, en estos supuestos, la calificación de enfermedad profesional a la lesión que sufre el trabajador, aunque su actividad profesional no esté prevista reglamentariamente. Afirma el Tribunal Supremo³⁴ que “el adverbio “como” indica, sin lugar a duda, que se trata de una lista abierta, siendo lo realmente relevante para su consideración como enfermedad profesional, que las tareas propias del trabajo y el contexto en el que habitualmente se desarrolle sean suficientes para provocar una de las enfermedades incluidas en el cuadro normativo.

Hay que tener en cuenta que los Tribunales, en la interpretación de la norma, también se sirven de distintos elementos de referencia para calificar una enfermedad como profesional³⁵. Para ello es

³³ Entre otras, SSTS, de 14 de febrero d 2006 (RJ 200672092), de 5 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6326), de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015/3640), de 13 de noviembre de 2019 (RJ 2019/4954) o, de 20 de noviembre de 2022 (JUR 2022/307459).

³⁴ Por ejemplo, como recoge la STS de 14 de febrero 2006, (RJ 2006/2092) FJ 1º, para un músico contrabajista los requerimientos físicos y la exigencia de movimientos con las extremidades superiores le afectan a la zona tendinosa de hombros y codos ocasionan unas patologías que son coincidentes con las de otras profesiones, como en la sentencia que nos ocupa la de albañil, que sí están previstas reglamentariamente. La norma enumera ocupaciones y actividades a título meramente enunciativo, tratándose de un “numerus apertura” “Lo realmente importante no es la relación de actividades susceptibles de provocar una determinada enfermedad, sino que las tareas descritas en el Cuadro y la patología concurrente se corresponda con la en él asociada” STS, de 10 de marzo de 2020 (RJ 2020/1416); STS núm. 747/2022, de 20 de septiembre (JUR 2022/307459) FJ. 4.

³⁵ Guía de Valoración Profesional del del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Directrices para la Decisión Clínica en Enfermedades Profesionales del INSST. Nota Técnica de Prevención 865 sobre el “Ruido en los sectores de la música y el ocio”. Igualmente, interesantes, pero con un fundamento más formativo: Notas prácticas INSST, como las relacionadas con el ruido en la profesión del

necesario analizar la forma en la que se desarrolla la actividad para definir patrones comunes y/o repetitivos de conducta que se sabe son lesivos, es decir, que son susceptibles de ocasionar un nivel de lesión con un grado suficiente de gravedad³⁶. Para esta calificación, también resulta significativo la asiduidad con que esa lesión se produce en trabajadores que desempeñan la misma actividad.

Si acudimos a la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, se observa como en ningún momento se encuentra recogida la actividad de músico como generador directo de las enfermedades listadas, aunque sí se pueden encontrar incluidas en el cuadro de enfermedades dolencias y patologías coincidentes con las propias de la profesión³⁷.

músico (nº 77) o la relacionada con los movimientos repetitivos y posturas forzadas (nº 78). O normas de contenido técnico como la UNE EN 1005-5 que define la repetitividad como “una característica de la tarea que provoca que el trabajador que la desarrolla esté continuamente repitiendo el mismo ciclo de trabajo, acciones técnicas y movimientos”, o su método de aplicación OCRA.

³⁶ La Guía de Valoración Profesional del INSS, 3ª ed. (2014) tiene por “objetivo de poner a disposición de los inspectores médicos y de los miembros del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS una recopilación de la información laboral más relevante existente en diferentes publicaciones oficiales, relativa a las competencias y tareas de las distintas profesiones. Todos sus requerimientos son teóricos y tienen carácter orientativo, correspondiendo al Inspector o al Equipo de valoración de Incapacidades los que califiquen la posible incapacidad. Por otro lado, también puede resultar de enorme importancia la regulación que de las condiciones de trabajo recogen los convenios colectivos y la clasificación profesional de esa empresa. STSJ CANT 968/2021, de 23/12/2021 rec. 831/2021, FJ. Único, en el que se reconoce como patología propia de la profesión de músico la enfermedad profesional denominada “disonía del músico”. También se hace referencia a la importancia del tiempo que la actora lleva dedicándose a su profesión y que afecta negativamente a su salud, igual ocurre con las STSJ del País Vasco, de 29/3/2011, rec. 456/11 FJ.2º o en el 1º de los hechos probados de la STS, nº 76/12, de 17/2/2012.

³⁷ Sobre esta ausencia y la necesidad de entender incluidas las enfermedades de los músicos de orquesta sinfónica en el cuadro de enfermedades, la protesta realizada por la Asociación de Músicos Profesionales de Orquestas Sinfónicas (AM-POS) el 18/12/2018 <https://www.ampos.es/>

A título de ejemplo, podemos referirnos a algunas de las patologías que se sabe que se generan por la práctica de un instrumento musical y/o por los requerimientos físicos que la misma precisa y que están recogidas en el cuadro de enfermedades profesionales, como la epicondilitis y la epitrocleitis que puede desarrollarse en los profesores percusionistas³⁸ y contrabajistas³⁹, o la tendinosis del supraespinoso para el profesor de trompa⁴⁰ o de violín⁴¹. Igualmente resulta muy interesante por la causa que la origina y por el impacto que el riesgo acústico tiene sobre todos los miembros de una orquesta la STSJ País Vasco, de 20 de diciembre de 2011⁴² que, aunque no reconoce la hipoacusia de la demandante como enfermedad profesional, sí resulta muy interesante la fundamentación jurídica sobre cuando, sí hay que entender el nivel de ruido y sus consecuencias como causa invalidante y encuadrable en el cuadro de enfermedades profesionales⁴³. En esta sentencia se explica cómo y qué se ha de tener en cuenta para evaluar correctamente el riesgo acústico en los profesionales de una orquesta, considerando que el riesgo acústico se evalúa de forma técnica e incorrecta, al aplicarlo solo a los ensayos y no tener en cuenta otras actividades de formación y evaluación individuales o colectivas, recogidas en los convenios colectivos y que también necesita ser

³⁸ SJS de Bilbao, nº 373, de 3 de noviembre de 2011 FJ.1º

³⁹ STSJ País Vasco, de 29 de marzo de 2011, rec. 456/11 FJ. 2º

⁴⁰ STSJ País Vasco, de 14 de diciembre de 2010, rec. 2545/2010 FJ. 3º. Es cierto que la hipoacusia sí ha sido reconocida como enfermedad de un músico trombón, por el JS de San Sebastián, 26/12/2011

⁴¹ SJS País Vasco, núm. 76/12, de 17 de febrero de 2012 FJ. 1º

⁴² Continuando con una doctrina consolidada por este Tribunal en sus sentencias de 20 de enero de 2009 y de 18 de abril de 2006.

⁴³ En este sentido, LAGUNA MILLÁN, M.J.; MORÓN ROMERO, M.C.: El riesgo de hipoacusia inducida por música laboral. Estudio de caso real en la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla (ROSS) https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/69898/1/laguna_ponencia_2016_el_riesgo.pdf?sequence=1

evaluadas al objeto de determinar la verdadera exposición al ruido del personal artístico⁴⁴.

En cualquiera de los supuestos y con carácter previo a cualquier valoración jurídica, es necesario definir correctamente la enfermedad o lesión que el trabajador padece. Para ello, es necesario contar con una valoración clínica, a través de un dictamen o juicio elaborado por otros profesionales, que serán los que determinen la adecuación entre la lesión o enfermedad padecida y su coincidencia con alguna de las listadas en el cuadro de enfermedades⁴⁵. Siendo, posteriormente la labor interpretativa de jueces y tribunales los que determinen la existencia de una enfermedad profesional cuando la coincidencia entre todos los factores es inexistente.

LA MÚSICA COMO CARRERA DE FONDO Y EL ACCIDENTE DE TRABAJO

El accidente de trabajo se define como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”⁴⁶. También tendrá la “consideración de accidente de trabajo”, las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de este, y no se encuadre en el concepto de enfermedad profesional.

En la tipología anterior sobre las enfermedades, el segundo tipo se enmarca en el concepto de accidente de trabajo, al entenderse como tal no solo la lesión que sufra el trabajador como “consecuencia” del trabajo, sino también “con ocasión”⁴⁷ del mismo. En este

⁴⁴ En este sentido STSJ País Vasco, de 20 de diciembre de 2011, núm. rec. 3011/11 FJ.3º

⁴⁵ Artículo 5 RD 1699/2006; STS de 14 de febrero de 2006, (RJ 2006/2092) FJ 3º

⁴⁶ Artículo 156.1 LGSS

⁴⁷ Esta relación de causalidad no se identifica solo con el daño a la vida y a la integridad física, es decir, de una «acción súbita y violenta de un agente exterior o un evento traumático o repentino» idea que derivaría de una relación de

supuesto “no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que, dándose los requisitos de lugar y tiempo de trabajo “o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella”⁴⁸.

La causalidad amplia exige demostrar que la lesión no se hubiera producido en el supuesto de no encontrarse trabajando el accidentado. En todo caso, nos encontramos ante una presunción iuris tantum⁴⁹, en la que la prueba se dirige a demostrar la existencia o inexistencia del hecho presunto en función del sujeto que la plantea, el trabajador, y sus beneficiarios o la empresa o la administración⁵⁰.

Aunque es posible plantear la existencia de un AT en la actividad de un músico de orquesta, lo cierto es que resulta muy difícil, judicialmente hablando, determinar la relación de causalidad lesión-trabajo, sobre todo cuando las lesiones que se generan no sólo no coinciden con las previstas en otra actividad y/o no se derivan directamente de la práctica de un instrumento. No obstante, analizar y estudiar el historial de bajas del trabajador durante su vida laboral, o desde que se encuentra realizando una determinada actividad puede servir para calificar una enfermedad de etiología común como profesional o derivada del trabajo cuando no consta que

causalidad de manera estricta (por consecuencia), sino que también incluye «las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos» lo que encaja con el concepto más amplio de la definición (con ocasión). El primero es una causa propiamente, mientras que el segundo es una condición, si no hubiera estado allí... STS, 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546)

⁴⁸ STS, de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546) FJ.2º.2.

⁴⁹ Artículo 156.3 LGSS “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”.

⁵⁰ Se trata de acreditar la existencia o ruptura de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento contraído o existente, STS, de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546) FJ.5º.2.

haya tenido antes ese problema. En cualquier supuesto, siempre ha de demostrarse que no existe ningún elemento extraño al trabajo por cuenta ajena que pueda provocarle la lesión.

CONCLUSIONES

La relación de laboralidad existente entre el profesor de música y la orquesta para la que presta su servicio subordina la prestación de trabajo a la aplicación de la normativa laboral y, por ende, de las normas preventivas. Son estas las que definen el nivel de protección de los músicos y el nivel de responsabilidad en el que puede incurrir la orquesta, como empleadora, pero también deberían tenerse en cuenta para la calificación del daño como profesional.

Al margen de la relación existente entre un padecimiento y la prevención de riesgos laborales, lo cierto es que la producción de un daño en el que existe la relación lesión-trabajo, despliega la acción protectora de la Seguridad Social, siendo relevante su calificación como enfermedad profesional o accidente del trabajo a efectos de su presunción, aunque no así del grado de protección que el trabajador recibe cuando se determina su profesionalidad que será igual en ambos casos.

La falta de inclusión de la actividad de músico como generadora de enfermedades profesionales provoca una disfunción en la cobertura de su protección por la Seguridad Social. Es necesario establecer un paralelismo claro entre la lesión prevista en la norma y la enfermedad particular derivada de la práctica de un instrumento o del ejercicio de la profesión.

La falta de coincidencia provoca, en la mayor parte de las ocasiones y a juicio de las sentencias analizadas, la falta de una causalidad necesaria para poder calificar esas patologías como enfermedad profesional o gozar de la presunción suficiente para tener la consideración de AT, sobre todo cuando el origen de muchas de estas lesiones es previo al desarrollo de la actividad profesional por

tratarse, la profesión de profesor de música, de una carrera de fondo necesaria y no cuantificable hasta llegar a alcanzar el virtuosismo necesario para poder ser miembro de una orquesta sinfónica.

Es necesario conocer la profesión de músico, garantizar su salud desde la prevención de los riesgos laborales y, en su caso, prever la protección legal suficiente y necesaria para las patologías que generalmente pueden llegar a producir.

Puede que la cultura y la música, sin duda lo es, no forme parte de los cánones productivos estándares, pero desde luego ninguna sociedad puede ni debe sobrevivir sin ella.

BIBLIOGRAFÍA

CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, 13 ed. 2020, págs.135-136;

GALLEGO MONTALBÁN, J.: “El concepto de centro de trabajo y adscripción de las personas trabajadoras como presupuestos de los derechos de representación en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas” Revta. IUSLabor, núm. 1/2022

GARCÍA GÓMEZ, M.: “Las enfermedades profesionales de los músicos, el precio de la perfección” Arch Prev Riesgos Labor, vol. 21, núm. 1, 2018, págs. 11-17.

GARCÍA MURCIA, J.: Traslados y desplazamientos en la empresa, el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

IGARTUA MIRÓ, MT.: Sistema de Prevención de Riesgos Laborales, ed. Tecnos, 2020, ed. 5ª,

HUCHÍN SOSA, E.: ¿Escuchas aquel sonido? Es la precariedad, <https://puenteaereodigital.com/cultura/artes/escuchas-aquel-sonido-es-la-precariedad/>

LAGUNA MILLÁN, M.J.; MORÓN ROMERO, M.C.: El riesgo de hipoacusia inducida por música laboral. Estudio de caso real en la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla (ROSS), 2016 https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/69898/1/laguna_ponencia_2016_el_riesgo.pdf?sequence=1

LAGUNA MILLÁN, M.J.: La organización del trabajo y la estructura de la empresa, elementos claves de los riesgos laborales en las orquestas sinfónicas, ed. Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, Madrid 2012, pág. 24

LOUSADA AROCHENA, F.: "El centro de trabajo" Rvta. Gral. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, nº 27, 2011

MACHILLOT, DIDIER.: "La profesión del músico, entre la precariedad y redefinición" Revista Sociológica (Mexico), vol. 33 núm. 95, pp 257-289, 2018, UAM, Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v33n95/2007-8358-soc-33-95-257.pdf>

TORTUERO PLAZA, J.L. y ALONSO OLEA, M.: Instituciones de Seguridad social, ed. Cívitas, 2002, 18ª ed.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI

Miguel Rodríguez-Piñero Royo¹

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla, Senior Counsellor, PwC

PRESENTACIÓN: ¿PORQUÉ ESTUDIAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO?

En el año 2007 se publicó el libro “La enseñanza del derecho del trabajo y de la Seguridad Social en España, desde los inicios hasta la Declaración de Bolonia”, editado por Laborum en Murcia, y en el que aparecía un capítulo escrito por el llorado profesor Luis Aparicio Valdez y por el homenajeado en este trabajo colectivo, el profesor Dr. D. Juan Raso Delgue, titulado “La enseñanza del derecho del trabajo en las universidades latinoamericanas”. En éste se realizaba un estudio completo, sugerente y lleno de ideas, sobre el estado de la formación jurídica en estos sistemas universitarios, con atención especial a los cursos con contenido iuslaboral, y en el que se detectaban las importantes carencias existentes en muchos sistemas universitarios del continente. El capítulo, presentado originalmente en un congreso internacional del Club de Revistas del Derecho del Trabajo celebrado en Filadelfia, constituye una valiosa contribución no sólo al conocimiento de la situación, sino también de las grandes líneas para una mejora de ésta, que sigue siendo perfectamente válida y útil.

A raíz de este trabajo, que sus autores tuvieron la bondad de publicar en un libro coordinado por el profesor De Soto Rioja y yo mismo, he elegido el tema para mi contribución a este libro

¹ Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175

homenaje. Es un tema importante, pero también oportuno, cuando nos encontramos en un momento en el que se discute la necesidad de cambiar en profundidad el Derecho del Trabajo para adaptarlo a la realidad del siglo XXI. De ahí que considere justificado ocuparme de él en estas páginas.

Las hipótesis de partida es que, por una serie de razones, los programas de las asignaturas jurídicas acusan un alto grado de inercia, lo que les coloca en ocasiones en situaciones de obsolescencia, fallando en sus objetivos formativos por la inadecuación de sus contenidos. El objetivo de esta modesta aportación es el de plantear una coherencia del iusaboralista docente, coordinando lo que se imparte en las aulas con la realidad de la disciplina y con lo que se propone en los debates académicos.

LA DOCENCIA UNIVERSITARIA Y LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

El Derecho se percibe como un todo, siguiendo el modelo del ordenamiento jurídico caracterizado por la unidad y la coherencia, según la construcción de Santi Romano. Pero se conforma por una serie de piezas, de elementos conformadores a los que denominamos de distinta manera, como “sectores” o “ramas” cuando hablamos de Derecho positivo, como “disciplinas” cuando partimos de una visión académica. La relación entre ambas dimensiones es compleja: a primera vista, la evolución lógica es que, a la aparición de una rama del Derecho, por el desarrollo de un conjunto de normas para ordenar una determinada parcela de la realidad social o del mercado, sigue la de la disciplina académica que se encarga de su estudio y de su docencia, ya que en nuestra cultura jurídica ambos aspectos van íntimamente unidos en una misma profesión. Un análisis más detallado de la experiencia histórica, sin embargo, nos demuestra que ello no es siempre así. Hay sectores “sobreveniados”, creados en un momento determinado para hacer frente a realidades y problemas sociales de nueva creación. Su aparición suele ser progresiva, como una sucesión de interventores del

legislador tras constatar que el ordenamiento no está en condiciones de darles una respuesta aceptable.

Esta aparición responde a una pluralidad de factores. Hay un debate político previo a la adopción de cada iniciativa legislativa concreta; pero hay también otros debates, incluyendo el que se produce en el ámbito académico.

Esto es especialmente cierto en el caso de nuestra disciplina, que es una expresión de una visión crítica del Derecho preexistente, tanto en cuanto a sus instrumentos (el Derecho de contratos), como en sus planteamientos (su pretendida objetividad y neutralidad). Antes de que se aprobaran normas laborales ya se debatía sobre la necesidad de su adopción. Y esta actuación no se limitaba al plano crítico o de *lege ferenda*, sino que se manifestaba también en el docente, al incluirse esta cuestión en la docencia de algunas asignaturas. Además de la crítica a la realidad normativa existente, en los centros educativos se construyen materias a partir de las primeras intervenciones legislativas auténticamente laborales, incluso cuando éstas son puntuales y en normas de escaso nivel y limitado ámbito de aplicación.

La autonomía científica de una disciplina jurídica se consagra con la presencia de cursos monográficos en los currícula de las diferentes titulaciones. En el caso del Derecho del Trabajo, esto se produce en las dos primeras décadas del siglo XX, tanto en las Facultades jurídicas como en otras de negocios, economía o ciencias políticas. Nuestra primera cátedra se encuentra en la Alemania Weimariana; en el caso español, hay una cátedra de doctorado en legislación comparada del trabajo en una fecha tan temprana como 1919.

LA “ASIGNATURA MATRIZ” DE LA DISCIPLINA

El Derecho del Trabajo es una de las disciplinas más estudiadas en los sistemas universitarios contemporáneos, como consecuencia

tanto de su relevancia como de su complejidad. Sus peculiaridades frente a otros sectores del ordenamiento hacen inevitable su estudio detallado, como parte de la formación del jurista y como preparación para una aplicación especializada. Han llevado, también, a incluirlo en los contenidos de numerosas titulaciones, no todas ellas jurídica.

Una de las consecuencias de este fenómeno es que, ante la gran demanda de formación en esta materia, los departamentos de Derecho del Trabajo sean de los mayores entre los jurídicos en todas las Universidades. Esto provoca, a su vez, una gran producción científica, que se ve espoleada además por el volumen de cambios normativos que se producen. El resultado es una comunidad científica, la de los iuslaboralistas, amplia, productiva y plural.

De todas asignaturas que impartimos en el sistema universitario existe una que se puede considerar como la central y más relevante de todas, la que se imparte en las Facultades de Derecho, tanto europeas como latinoamericanas, según nos explicó el profesor Raso Delgue en su estudio precitado. Su objetivo sería el de proporcionar una visión completa del Derecho del Trabajo; esto es, tanto la parte general como sus fuentes, el Derecho individual y el colectivo, con alguna referencia a los mecanismos para su aplicación, judiciales y administrativos. Ésta sería la “asignatura matriz”, de la que se derivarían las otras especializadas que se imparten en los distintos niveles del sistema educativo. Debe quedar claro, eso sí, que esta afirmación no responde, a menos no en España, a una preeminencia histórica de la primera respecto de las segundas. Antes bien, y por el contrario, en nuestro país las primeras asignaturas jurídico-laborales que se impartieron fueron especializadas, monográficas sobre legislación laboral, seguridad e higiene en el trabajo, protección social; y lo fueron, es cierto, fuera de las Facultades de Derecho, en las Escuelas Sociales creadas en la década de 1920.

En el Libro Blanco del Grado en Derecho, que precedió a la reforma de estos estudios en España para adaptarlos a las exigencias

del Plan Bolonia, sólo se hace un boceto de cómo deberían ser éstos (a diferencia de otros documentos similares para otras titulaciones). Únicamente encontramos una propuesta de que se incluya el estudio del Derecho del Trabajo, al que así se denomina, con una carga lectiva de 8,5 créditos dentro de un bloque temático de materias de Derecho Privado. No se especifica ni su ubicación en el currículo formativo, ni sus contenidos. La norma que permitió la reforma anterior de estos estudios, el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél, sí lo trataba con más detalle: debía haber una asignatura troncal, en el segundo ciclo, con una carga lectiva de siete créditos y los siguientes contenidos: *“Las relaciones laborales. El contrato de trabajo. Los convenios colectivos. Derecho sindical. Conflictos colectivos. La jurisdicción laboral. Derecho de la Seguridad Social”*. El enfoque era omnicompreensivo, incluyendo los principales sectores de la disciplina.

Las Universidades españolas han sido, por lo general, muy continuistas, y los programas actuales han seguido esta pauta, con la presencia de una asignatura anual totalizadora, y alguna optativa de Derecho de la Seguridad Social. Todo alumno debe tener una formación completa, aunque liviana, en las principales instituciones jurídico-laborales. Todos los sectores (Derecho individual, colectivo, administrativo, procesal, del empleo), están presentes, aunque la atención se centra en los dos primeros, quedando los demás relegados a lecciones concretas.

El desarrollo de los posgrados en el modelo Bolonia permite completar esta formación, tanto en programas especializados como en el Máster de Acceso a la Abogacía. Otra opción es la de los dobles grados, combinando el estudio del de Derecho con el de Relaciones laborales, en el que la formación jurídico-laboral es muy completa.

Una particularidad española es que, desde un punto de vista administrativo, el área de conocimiento que engloba a la disciplina incluye también al Derecho de la Seguridad Social, y esto se refleja en la asignatura presente en los estudios jurídicos, que desde el año 1953 ha sido en España una de “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Esta decisión tuvo mucho sentido en su momento, cuando nuestro sistema de protección social era puramente profesional; menos hoy, cuando tras la Constitución de 1978 la tendencia ha sido a uno más basado en la ciudadanía, de carácter universal. La presencia de ambas materias en una misma asignatura garantizaba que todos los estudiantes de Derecho tuvieran algunos conocimientos de los mecanismos de protección social; sin embargo, con los años su presencia ha sido cada vez menor, ante el desarrollo del Derecho positivo del Trabajo, limitándose en muchos casos a un único tema introductorio y de conceptos generales. A la vez, al estudiarse en la asignatura troncal en muchos planes de estudio su tratamiento detallado quedó relegado al espacio de la optatividad, sin que se previeran cursos de carácter obligatorio. El resultado ha sido que los graduados salen de las Facultades sin apenas conocimientos de esta materia.

PARA UNA REVISIÓN DE LOS CONTENIDOS TRADICIONALES

LAS FUENTES

Una tradición española ha sido que en las asignaturas de Derecho positivo se incluyera una “parte general”, introductoria. La homologación con otras disciplinas ha llevado a que dentro de esta primera parte se incluyera el estudio de las fuentes (siguiendo la clásica formulación de “sujeto, objeto y fuentes” de una rama del Derecho). Sólo que en este caso las particularidades de nuestro sector hacían que el tema de las fuentes recibiera una especial atención, algo lógico teniendo en cuenta la riqueza y complejidad de nuestro sistema de producción normativa. Encontramos, pues, una numeración larga de nuestras fuentes, genéricas y específicas,

estatales y privadas, supranacionales e internas. Es preciso, es cierto, dedicar tiempo a un aparato que incluye desde los Convenios y Recomendaciones de la OIT a los convenios colectivos de trabajo y la costumbre laboral. Nada que objetar a ello.

Sólo que estos contenidos se han construido por acumulación, incorporando los nuevos instrumentos a medida que iban apareciendo, introduciéndolos en el elenco de acuerdo con una idea aproximada de jerarquía normativa. Esto produce un decalaje entre la realidad normativa y los programas académicos, ya que se tarda en incorporar las novedades que se producen. Por otro, la presentación del sistema de fuentes peca de un exceso analítico, al estudiarse cada una por separado, con poca atención a las relaciones entre ellas. Al final se proporciona una imagen de un sistema pluralista, pero no se completa la visión de la tutela multinivel de las relaciones laborales, que es lo que caracteriza al Derecho del Trabajo del Siglo XXI, señalando la dinámica aplicativa del conjunto del sistema. Tampoco se imparte una visión realista del papel de cada una en la realidad de las relaciones laborales, ni las maneras de interactuar entre ellas. Por poner un ejemplo, un estudiante de la asignatura pensará que la jornada de un trabajador español es de cuarenta horas semanales, que es la jornada máxima legal, cuando la realidad es otra, aplicándose la que se acuerde en el convenio colectivo.

Para el siglo XXI se requiere un estudio más adecuado a la realidad de las relaciones laborales, más dinámico y sistemático.

Por otra parte, el enfoque basado en las fuentes obliga a centrarse en los productos de la negociación colectiva más que en ésta como proceso. Se incluyen referencias a los convenios colectivos, analizados en cuanto normas jurídicas, pero no a otros productos de la negociación, como los distintos tipos de acuerdos de empresa, regulatorios o vinculados a decisiones empresariales como los despidos colectivos. Cuando se estudian, se tratan separados del proceso o de la materia concreta de las que se ocupan.

Los cambios normativos obligan a incluir nuevas figuras negociadas, como los planes de igualdad, cuya negociación es obligatoria en España para un gran número de empresas. Su compleja naturaleza y la generalizada ausencia de temas sobre no discriminación dificulta su ubicación en el programa.

Faltan también en los programas referencias a otro tipo de figuras que están presentes en las empresas con distintos niveles de jurisdicción pero con un impacto indudable en la relación de trabajo. Un ejemplo de estas nuevas realidades son los códigos de buenas prácticas de las empresas. Otro serían los distintos tipos de protocolos vinculados a la tutela antidiscriminatorio, la lucha contra el acoso laboral o el cumplimiento normativo.

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN

El Derecho del Trabajo surge mediante reglas de comportamiento y obligaciones para las empresas. Con posterioridad se comenzaron a introducir derechos para las personas trabajadoras, como consecuencia de la constitucionalización del Derecho del Trabajo y del reconocimiento de los derechos sociales a nivel internacional. Posteriormente las nuevas realidades del mercado de trabajo y del sistema productivo generaron derechos adicionales. En paralelo ha aumentado progresivamente la sensibilidad hacia la garantía de los llamados “derechos inespecíficos” en la relación de trabajo, garantizado la faceta de ciudadano de la persona trabajadora. Hoy tenemos una amplia variedad de derechos, individuales y colectivos, específicos y comunes, digitales, vinculados a la movilidad, en la empresa y en el mercado de trabajo. Derechos cada uno con su eficacia jurídica particular y sus mecanismos de tutela, que conforman un estatuto legal y convencional muy completo. Éste y no otro es el verdadero “Estatuto de los Trabajadores” al que hace referencia el artículo 35 de la Constitución española, aunque en la realidad la norma que lleva esta nombre es más bien un código de trabajo que otra cosa.

Esta construcción de un estatuto jurídico basado en derechos no se ha visto reflejada en los programas de la asignatura. Es normal encontrar, por ejemplo, un tema de poderes del empleador. No lo es tanto que se haya previsto uno de derechos de los trabajadores, y su estudio aparece disperso a lo largo del programa, en muchas ocasiones vinculados a los poderes empresariales. Así, los vinculados a la intimidación se estudian con ocasión del análisis de los poderes empresariales, sin presentarse como figuras autónomas. Una vez más los cambios normativos no se han reflejado adecuadamente en los temarios de la asignatura.

Mención aparte merecen las cuestiones vinculadas a la no discriminación. Éstas sí han encontrado algún espacio en los programas, pero generalmente insuficiente; en muchos están completamente ausentes estos contenidos, que se consideran propios de otras disciplinas (como el Derecho Constitucional) o de cursos monográficos. Y eso cuando la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres prevé en su artículo 25, dedicado a “La igualdad en el ámbito de la educación superior”, que las Administraciones públicas promoverán “*la inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres*”. Se trata de un mandato ampliamente incumplido en unas Facultades que son, paradójicamente, de Derecho. Un programa actualizado, por el contrario, requiere un tratamiento adecuado de estas materias, que sirva de base para el conocimiento de la tutela jurídica de otros derechos fundamentales, y la clave para una comprensión de un Derecho del Trabajo basado en éstos.

UNA VISIÓN INTEGRAL DEL TRABAJO

Los iuslaboralistas somos juristas del trabajo; pero históricamente nos hemos limitado a estudiar una parte de éste, el trabajo asalariado, cuya definición hemos convertido en la delimitación de nuestro ámbito de estudio. Somos, así, estudiosos y docentes de la normativa aplicable a este tipo de trabajo; ésta se ha convertido en el

“Derecho del Trabajo”, a los efectos de nuestra actividad. Este hecho obedece a una justificación histórica, puesto que fue esta rama la que antes se expandió, para regular una forma de prestar servicios que se convirtió durante décadas en el paradigma, omnipresente y generadora de problemas sociales. Hubo que estudiar el Derecho del Trabajo asalariado porque era el más desarrollado, y este colectivo el más necesitado de tutela. Nuestra asignatura así lo reflejó.

En el siglo XXI esta opción no se sostiene. No es el trabajo asalariado el único necesitado de protección legal, y el mercado demuestra la existencia de nuevas formas de precarización a las que el legislador comienza a prestar atención. La solución tradicional ha sido la de jugar con las fronteras de la legislación laboral, incluyendo nuevos colectivos y facilitando la acreditación de la laboralidad, en lo que se ha conocido como la “tendencia expansiva” del Derecho del Trabajo, que últimamente se está manifestando con el trabajo en plataformas. También se ha manejado la solución alternativa de crear formas intermedias entre el trabajo asalariado y el autónomo, a través de una pluralidad de figuras que por lo general han tenido poco éxito en afectar a colectivos amplios de trabajadores y en mejorar sus condiciones. Se trata de figuras algunas tan antiguas como el paralavoro o el lavoro co-co-co en Italia, o la más reciente de los TRADE en España.

Una tercera respuesta del legislador ha sido la de, manteniendo la cartografía tradicional que separaba al trabajo asalariado de otras alternativas, intensificar la regulación protectora de las otras áreas. Así ocurrió históricamente con el empleo público, cuya ordenación se normaliza progresivamente con la del privado; y en los últimos tiempos con el trabajo autónomo, que en países como España ha visto desarrollarse su régimen jurídico. Otras formas de prestar servicios personales han obtenido sus propias normativas, como el empleo cooperativo, o están bajo el radar del legislador para lograrlo, como ocurre con las becas en España, donde se prepara un Estatuto del Becario

La realidad nos demuestra que la legislación del trabajo no se agota con el Derecho del Trabajo tradicionalmente entendido. El alemán facilita esta distinción, pues no es lo mismo un *Arbeitsrecht* que un *Recht der Arbeit*. En castellano es más complicado. Podríamos acordar que lo laboral se refiere al trabajo asalariado; mientras que “del trabajo” se refiere a todas las modalidades del trabajo productivo.

Dicho esto, un programa de Derecho del Trabajo del siglo XXI debería incluir todas las modalidades jurídicas a través de las cuales las personas trabajan, aunque siguiera prestando más atención a los asalariados. En los programas actuales el tratamiento de estas figuras se hace para definir el trabajo asalariado, por exclusión, centrándose en su calificación como formas no laborales de empleo.

Esta inclusión debería verse acompañada, lógicamente, de una ampliación del foco de nuestra actividad investigadora. Por poner un ejemplo, los iuslaboralistas españoles nos hemos ocupado de la protección social, las políticas de empleo, los riesgos profesionales y la dimensión colectiva del trabajo autónomo. No tratamos los aspectos más contractuales, porque los consideramos propios de otras disciplinas iusprivatistas, y ello aun cuando el núcleo de los problemas del colectivo se sitúa en este campo. Algo parecido ocurre con el funcionariado, del que tratamos los aspectos colectivos pero no los individuales, por considerar que éstos son una regulación administrativa ajena a nosotros.

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El mercado de trabajo del siglo XXI es uno ampliamente integrado, desde un punto de vista territorial, al menos en ciertas partes (como los espacios económicos regionales). También lo es en algunos sectores del mercado (como el trabajo académico o las empresas financieras y tecnológicas). Los avances tecnológicos han incrementado este fenómeno, a través del teletrabajo transnacional.

Esta dimensión ha generado nuevas necesidades de tutela de las personas, frente a fenómenos como el dumping social, el tráfico de personas o la deslocalización de empresas.

La realidad es que prácticas como la inmigración, los desplazamientos temporales de trabajadores o la prestación transnacional de servicios se normalizan, como formas ordinarias de trabajar, sin que esto se haya traducido en una adaptación de los contenidos de los programas. Se piensa que es materia para cursos especializados optativos, o se entiende que son otras disciplinas, como el Derecho Internacional Privado o el Derecho Comunitario, las que deben afrontarla. El resultado es que los estudiantes no reciben la formación que necesitan sobre este aspecto de las relaciones laborales.

La dimensión internacional se debe contemplar en los programas en cuatro planos diferentes. El primero sería el de la producción normativa, mostrando la protección multinivel que caracteriza a las relaciones laborales en este siglo, no sólo con la descripción de las fuentes supranacionales sino también con la explicación de sus relaciones con el resto del sistema.

El segundo sería el de las formas de movilidad, incluyendo todos los distintos supuestos que pueden encontrarse en los mercados de trabajo contemporáneos (inmigración, desplazamiento, migraciones forzadas, tráfico, teletrabajo, trabajo en plataformas).

El tercero sería el de los derechos vinculados a la movilidad, como la libertad de circulación de trabajadores, la no discriminación por motivos de nacionalidad, la tutela frente al tráfico de personas, etc.

Finalmente, el cuarto aspecto que debe ser contemplado es el de la aplicación de las normas laborales en situaciones con un componente de transnacionalidad, lo que incluiría las normas de conflicto, la determinación de la legislación aplicable y la competencia judicial internacional.

Todos estos contenidos resultan indispensables para proporcionar a quienes estudian Derecho un conocimiento adecuado de la realidad de esta área del ordenamiento jurídico.

CONCLUSIÓN

El Derecho del Trabajo está en un momento de transformación, y esto se comprueba tanto en el plano normativo como en el doctrinal. Los laboristas somos conscientes de que la realidad laboral de nuestra época es demasiado compleja como para poder darle una respuesta adecuada con nuestros instrumentos tradicionales. Los debates van más allá de instituciones o regulaciones concretas, para llegar a aspectos más estructurales y estratégicos, como la decisión constituyente de nuestra disciplina, a qué colectivo de personas trabajadoras se aplica; la definición de sus objetivos prioritarios, la tutela de éstas o la promoción del empleo; o el diseño de sus mecanismos de producción, más o menos internacionalizados, más o menos privatizados. Son tiempos de cambio.

Los programas de las asignaturas de Derecho del Trabajo llevan mucho tiempo en nuestros sistemas universitarios, constituyendo un elemento estructural de la formación del jurista. Su diseño, sin embargo, es añoso, y acusa el desgaste de muchas décadas de impartición sin haber sido adaptados a los cambios profundos que éste ha experimentado. Éste sería un primer factor que impone una revisión en profundidad, para acercarlos a lo que realmente es. Pero también tenemos la ocasión de llevar a las universidades la cuestión de qué es lo que queremos ser, qué papel queremos desempeñar en este siglo. Espero haber podido contribuir a esta tarea con estas páginas.

LA PROBLEMÁTICA DE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL METAVERSO

Nuria Beloso Martín¹
Catedrática de Filosofía del Derecho.
Universidad de Burgos (España).

INTRODUCCIÓN

La gobernanza de los datos (o también conocida como **Data Governance**), es decir, la gestión de los millones de datos de diversa procedencia constituye un desafío para el Derecho del siglo XXI. Comienzo dejando constancia de que no soy especialista en el estudio e investigación de los datos en el actual mundo tecnológico, tema sobre el que doctos colegas han venido realizando aportaciones muy relevantes (iusfilósofos, constitucionalistas y civilistas, entre otros). Sin embargo, dada la proyección de la materia en numerosos temas que afectan a la filosofía jurídica (era del dataísmo, protección de datos personales como derecho fundamental, afectación de derechos fundamentales por el tratamiento de datos, y tantos otros), resulta casi obligado realizar una mínima incursión en esta temática para comprender el vasto campo que engloba y los complejos retos que implica para el Derecho.

Desde el ámbito jurídico, se estén examinando las nuevas tecnologías de Realidad Extendida (RX), incluidas la realidad virtual y la

¹ Participar en un Libro Homenaje a un profesor que concluye su periplo, al menos administrativo, en la Universidad, es siempre un placer. Y ello porque conlleva un ejercicio de deber moral de reconocimiento a una intensa vida dedicada a la academia y a la vida universitaria. En este caso, sirva este trabajo como reconocimiento al magisterio y actividad investigadora del prestigioso profesor Dr. Juan Raso, Catedrático de Derecho del Trabajo, de la Universidad de la República. Uruguay.

realidad aumentada, base de los entornos digitales y emergentes, entre los que se incluye el Metaverso. Si bien la RX puede ser una herramienta útil en áreas como la medicina, la ciencia y la educación, la RX también plantea riesgos sustanciales para los derechos humanos en el contexto de sociedad tecnológica actual. Atendiendo a los dispositivos más conocidos -tales como los cascos de realidad virtual y las gafas de realidad aumentada-, se constata que se está produciendo una recopilación de datos cada vez más invasiva y una vigilancia omnipresente. Tal “vigilancia” no es inocua sino que las empresas tecnológicas, en cuanto que anteponen los beneficios a la seguridad y la protección, utilizan los datos e información que recopilan sobre cada ciudadano (su hogar, sus pensamientos, su vida mental privada) para la publicidad dirigida y para permitir nuevas formas de “psicografía biométrica” de manera que pueden inferir sobre nuestros deseos e inclinaciones más profundos.²

Urge pues, revisar si son necesarias nuevas regulaciones por parte del Derecho principalmente dirigidas, en este caso, a la protección de la privacidad y de los datos personales. La propuesta hobbesiana sobre la seguridad vuelve a cobrar una renovada actualidad. ¿Resulta necesario un nuevo pacto social en el que los derechos fundamentales queden protegidos frente a una tecnología, cada vez más invasiva y omnipresente? La tutela de los derechos fundamentales en general, y de la *Data Privacy* en particular, encuentra algunas dificultades con la normativa actual para garantizar tal protección.³ Para el Derecho, los Metaversos (porque pueden ser

² RODRIGUEZ, Katitza; OPSAHL, Kurt; MIR, Rory; LEUFER, Daniel (2021) “Mundos virtuales, personas reales: los derechos humanos en el metaverso”. <https://www.eff.org/es/deeplinks/2021/12/virtual-worlds-real-people-human-rights-metaverse>

³ Estas amenazas tecnológicas sobre los derechos humanos ya se vienen poniendo de manifiesto, desde hace años, por un pionero y especialista en estas nuevas tecnologías como es el profesor Enrique Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2012), *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial Universitaria); también, con respecto a la protección de datos en concreto, la profesora y Delegada de protección de datos, A. Garriga, ha trabajado sobre su relación con los derechos fundamentales (GARRIGA DOMINGUEZ, ANA (2020).

varios, según se vayan diseñando) abren una problemática diferente a la que habían aportado anteriormente otras tecnologías.⁴ A la vez, estas innovaciones tecnológicas que se van sucediendo y que afectan de manera directa a nuestros datos, pone sobre la mesa un debate con respecto a si basta con aplicar la normativa y regulación que actualmente existe, por ejemplo, sobre la protección de datos - con la diferencia que se aplica no al mundo natural sino al virtual- o si, por el contrario, tal normativa no consigue llegar a todas las nuevas situaciones que requieren protección. En este segundo caso, habría que actualizar y adecuar tal normativa o configurar una nueva.

Para dar cuenta de este tema, voy a analizar la problemática de la privacidad y de la protección de datos centrándome en el Metaverso. Iniciaré situando el análisis de la afectación de la privacidad y de los datos en el Metaverso en un contexto de “capitalismo de la vigilancia”. Seguidamente, ofreceré la conceptualización aportada por algunos especialistas sobre qué es el/los Metaverso(s) para analizar después algunos de los problemas jurídicos que han surgido al respecto, centrándome en las repercusiones jurídicas del Metaverso en el ámbito del *Data Privacy*, en cuanto que la problemática es diferente a la del mundo real-natural. Tras examinar algunas propuestas emanadas tanto de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) como desde la Unión Europea al respecto, concluiré con algunas reflexiones finales dirigidas a aportar seguridad a la *Data Privacy*. Transparencia y control, adecuadamente combinadas con la seguridad, contribuirán a que los

“Dereitos fundamentais, protección de datos persoais” en LÓPEZ PEDREIRA, Alicia (Coord.), MÓNICA VALDERRAMA SANTOMÉ (dir.), Estefanía FERNÁNDEZ CERDEIRA (il.), Internet. *Quero ser investigadora*, Universidade de Vigo); también, *vid.* Los estudios del profesor especialista en la materia, Dr. Sánchez Bravo: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (2015). “Los datos personales en las sociedades tecnológicas: de la intimidad a la libertad informática” en *Multiculturalismo, tecnología y medioambiente*, Sevilla, Punto Rojo, pp. 155-191.

⁴ SERRANO ACITORES, Antonio (2022). *Metaverso y derecho*, Madrid, Tecnos.

derechos de la personalidad de los individuos puedan estar debidamente protegidos y tutelados.⁵

EL CALDO DE CULTIVO DEL METAVERSO: EL “CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA”

El “capitalismo de la vigilancia”, concepto creado por la socióloga norteamericana Shoshana Zuboff, toma como punto de partida de la experiencia humana privada como materia prima para su traducción en datos. El “capitalismo de vigilancia” hace referencia a cómo las grandes empresas tecnológicas utilizan las experiencias humanas y datos personales de sus usuarios para predecir el comportamiento de la sociedad. Esta corriente plantea un reto para la privacidad individual, dado que los usuarios no conocen o consienten la compraventa de sus datos que protagonizan gigantes de Silicon Valley como Google, Amazon, Facebook, Apple o Microsoft. Estas compañías -conocidas por el acrónimo GAFAM-, mejoran sus productos y servicios con estos datos, pero también los venden a empresas publicitarias en lo que Zuboff denomina el “mercado de futuros conductuales”.⁶ Esa información trabajada con inteligencia artificial les permite predecir comportamientos sociales y así diseñar la publicidad de manera más precisa.⁷

El capitalismo de la vigilancia es un sistema diferente al industrial, al comercial o al financiero. Funciona solo en internet y la mano de obra son los usuarios, que de forma gratuita ponen sus vidas privadas al servicio de las tecnológicas. Sus datos personales son la mercancía, que se intercambia de manera opaca al margen del individuo. El sistema amenaza la privacidad personal porque los

⁵ DE CASTRO, Federico (1959). “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de derecho civil*, 12(4), 1237-1276.

⁶ ZUBOFF, Shoshana (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Paidós.

⁷Sobre esta cuestión, **Véliz** propone que los datos personales sean algo que no se pueda vender o comprar, igual que no compramos ni vendemos votos. VÉLIZ, Carissa (2021). *Privacidad es poder*, Barcelona, Debate.

términos de uso de las páginas web son engorrosos y no siempre dejan claro lo que implican. Además, las aplicaciones están diseñadas para crear adicción y son una forma de participar en la sociedad, por lo que la mayoría consiente los términos de manera condicionada.⁸

Tal sistema amenaza la democracia dado que las grandes tecnológicas buscan maximizar sus beneficios reduciendo a los ciudadanos a meros usuarios y presionando contra las leyes que limitan sus acciones.⁹ La Unión Europea fue la primera en mostrar su

⁸ Evgeny Morozov, un ensayista bielorruso experto en tecnología, realizó una crítica al libro de Zuboff, en la que ahora no me detengo pero que podría resumirse en “Defiende al capitalismo por sobre la vigilancia. La vigilancia es el problema para ella, y no el capitalismo”. Advierte que Google y Facebook estaban reestructurando el mundo, no sólo resolviendo sus problemas. Atacarlas por las violaciones de la privacidad es no ver la escala de la transformación.

Morozov advierte que a los ciudadanos se nos está engañando por partida doble; en primer lugar, cuando hacemos entrega de nuestros datos a cambio de unos servicios relativamente triviales y, en segundo lugar, cuando esos datos después son utilizados para personalizar y estructurar nuestro mundo de una manera que no es transparente ni deseable. Hace una llamada de atención a que se pierde cualquier atisbo de soberanía personal. “La nueva tiranía no necesita golpes de Estado. Se basa en nuestra gran dependencia de la tecnología”. MOROZOV, Evgeny (2021). “Capitalism’s New Clothes” [Los nuevos ropajes del capitalismo] (04/02/2019). <https://thebaffler.com/latest/capitalisms-new-clothes-morozov?s=03>

⁹ Basta considerar cómo ha ido aumentando el volumen de multas por privacidad, confirmando una tendencia alcista de la actividad sancionadora de la autoridad de protección de datos. La cuantía de las multas impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en los primeros seis meses de 2022, ha sido de 20,5 millones de euros. El récord hasta la fecha lo ostenta Google, que fue sancionada en mayo de este año 2022 con un importe de 10 millones de euros por obstaculizar el derecho al olvido de los usuarios. La agencia concluyó que el formulario que esta empresa utilizaba para las peticiones ciudadanas era confuso y supuso el traslado de sus datos a un banco que recopila violaciones de *copyright*. Asimismo, los ciudadanos también denuncian cada vez más las infracciones de protección de datos, principalmente en materia de videovigilancia, por instalar cámaras sin permiso o sin contar con las medidas de protección al usuario establecidas en la ley. Los servicios de internet y la contratación fraudulenta, haciendo uso precisamente de datos de otros usuarios, han sido también temas comunes en cuanto al número de sanciones impuestas. Fomentar el cumplimiento normativo en privacidad resulta imperativo tanto para empresas como para

preocupación por proteger los datos personales de los ciudadanos, y para ello aprobó en 2016 el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 de protección de datos (RGPD), al que siguió la aprobación de normativa al respecto por parte de los Estados miembros, como fue el caso español (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).¹⁰ Sin embargo, estos límites y protecciones jurídicas no dejan de ser, en cierta manera, como “querer poner puertas al campo”: “Los históricos de navegación y los perfiles en redes sociales son el petróleo del siglo XXI”.¹¹

EL METAVERSO: OTRA VUELTA DE TUERCA SOBRE EL CONTROL DE LOS DATOS

La virtualización o realidad virtual se presenta como la vía de la revolución industrial del siglo XXI.¹² Desde los simuladores de vuelos militares hasta las primeras gafas de realidad virtual con adaptación al movimiento del usuario, y los posteriores interfaces con los

Administración pública. ESTEBAN, Patricia; RUIZ DE VALBUENA, Irene (2022). Más de 20 millones en multas por privacidad en estos meses de 2022. [HTTPS://CINCODIAS.ELPAIS.COM/CINCODIAS/2022/07/14/LEGAL/1657790945_321207.HTML?SMA=NEWSLETTER_LEGAL20220718](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/14/LEGAL/1657790945_321207.HTML?SMA=NEWSLETTER_LEGAL20220718)

¹⁰ Sobre el derecho fundamental a la protección de datos en el sistema español, vid. GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2018). “El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, No. Extra 31, 2018 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversario de la Constitució Espanyola), pp. 59-80; también, GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2019). “Del Reglamento general de protección de datos a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales” en TOMÁS MALLÉN, Beatriz; GARCÍA MAHAMUT, Rosario; (Edit.) *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, pp. 95-132.

¹¹ <https://elordenmundial.com/que-es-capitalismo-vigilancia/>

¹² TROMANS, R. (2007). “The world is not enough: law for a virtual universe”, *European Lawyer*, Vol. 70, pp. 21-25; también, vid. “Virtual Reality” en Furht B. (2008) (eds) *Encyclopedia of Multimedia*, Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/978-0-387-78414-4_255

usuarios, el avance tecnológico ha sido tan rápido que el Derecho va regulando con mayor demora, intentando limitar aquellas posibilidades de la “sociedad en red” -a la que se refería Castells hace más de dos décadas-¹³ dañen los derechos fundamentales. Así surge el interrogante de si la protección de los derechos de todos aquéllos que usen los Metaversos, debe ser equivalente a la de la realidad natural, o debe ser superior jurídicamente a ella, o debe ser distinta.

Metaverso es una combinación de “meta”, que significa trascendente, y “verso”, de universo. El novelista de ciencia ficción Neal Stephenson acuñó el término en su novela de 1992 *Snow Crash* para describir el mundo virtual en el que su protagonista, Hiro Protagonist, se relaciona, compra y vence a los enemigos del mundo real a través de su avatar.¹⁴ En la misma, se define al Metaverso no como una evolución de la Realidad Virtual sino como algo más allá de la misma. El metaverso es un mundo virtual que fusiona distintas tecnologías digitales como redes sociales, realidad virtual, *streaming*, videoconferencias, criptodivisas, juegos, y básicamente todo lo que exista, para crear un ecosistema virtual completamente funcional. Se entiende como un entorno en línea que los usuarios consideran como un lugar real donde cada uno de ellos interactuaban utilizando el mundo real como metáfora y socializaban, realizaban

¹³ La sociedad red es una sociedad cuya estructura social se basa en datos obtenidos a través de sistemas de redes de información. Los datos obtenidos se basan en una serie diferente de estructuras tecnológicas interconectadas entre sí y conectadas todas a su vez a la red.

¹⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés. “Sobre el metaverso y su impacto en el Derecho” (24/6/2022). <https://confi legal.com/20220624-sobre-el-metaverso-y-su-impacto-en-el-derecho/>

También, *vid.* ROSENBERG, Louis (2022). “Regulation of the Metaverse: A Roadmap: The risks and regulatory solutions for largescale consumer platforms”, *ICVARS '22: Proceedings of the 6th International Conference on Virtual and Augmented Reality Simulations*, March 2022, pp. 21–26.

<https://doi.org/10.1145/3546607.3546611>

<https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3546607.3546611>

negocios o se divertían creando otra nueva vida paralela a la del mundo real.¹⁵

El Metaverso en su significado jurídico es una infraestructura de hardware y software perteneciente a una entidad con personalidad jurídica que canaliza a través de una red inteligente y mediante sistemas de Inteligencia Artificial la recreación de la realidad natural en un entorno de redes virtuales. El Metaverso se sustenta gracias a los datos que obtiene de sus usuarios tras interactuar con el mismo metaverso, se retroalimenta. En 2021, Mark Zuckerberg cambió el nombre de la compañía que engloba Facebook, WhatsApp e Instagram, entre otros, por el de Metaverso o Meta. En un futuro, aspira a poder crear un universo virtual como extensión del mundo físico. El primer metaverso creado por Meta ha sido *Horizon Worlds*, un juego de realidad virtual que está disponible utilizando gafas virtuales, llamadas *Oculus Quest*. En este universo, los usuarios interactúan entre ellos, pasean, hablan, y todo a través de su avatar.¹⁶

La comisión de cibercriminos¹⁷ como también las mayores dificultades para proteger los datos personales son sólo algunos de los problemas jurídicos que se magnifican en el Metaverso.

¹⁵ ARA, Tom K.; RADCLIFFE, Marcos F; FLUHR, Miguel; IMP, Katherine (2022), "Exploring the Metaverse. What Laws will apply?", *DLA Piper-Chambers TMT*. <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2022/02/exploring-the-metaverse>

¹⁶ CÁRDENAS, María José (2022). El Metaverso y sus consecuencias jurídicas", *LisaNews* (27/04/2022). <https://www.lisanews.org/ciberseguridad/metaverso-y-sus-consecuencias-juridicas/>

¹⁷ Se pueden producir todos los cibercriminos que actualmente se vienen cometiendo, como son el *spoofing* o suplantación de identidad, el *child grooming* (acoso a menores), *ciberbullying*, *stalking*, incluso se pueden realizar ciberataques como denegación de servicios, propagación de *ramsonware*, etc. Cuando un avatar sufre robo de identidad o secuestro de su cuenta hay una pérdida de información personal, lo que puede llevar a un chantaje para su recuperación. Incluso, ya se han presentado denuncias por acoso sexual ante comportamientos entre avatares. JIMÉNEZ DE LUIS, Ángel (2021). "Denuncian un primer caso de acoso sexual

El tratamiento de los datos dentro del Metaverso es especialmente problemático ya que el uso de los cascos de realidad virtual, sensores y el resto de elementos que forman parte del Metaverso, son una fuente continua de recogida de datos especialmente sensibles, como son los datos biométricos. El Metaverso exige la necesidad de una nueva metodología jurídica de explotación de datos, así como de gestión y tratamiento de los mismos.

Kroger et al., han explicado que la autogestión de la privacidad (es decir, el principio de que las personas administran individualmente su privacidad a través del aviso y la elección) sigue siendo el estándar de protección de la privacidad en todo el mundo occidental. Sin embargo, advierten que hay múltiples obstáculos que hacen la autogestión de la privacidad en gran medida inútil en la práctica: las "elecciones" de privacidad de las personas para dejar que las empresas procesen sus datos suelen ser involuntarias, propensas a sesgos cognitivos y/o sorteables debido a las limitaciones humanas, los patrones oscuros, las lagunas legales y las complejidades del procesamiento de datos moderno. Las autoridades deben exigir transparencia y control no sólo sobre los datos recogidos, sino también sobre el uso o la divulgación de las inferencias que la plataforma hará sobre los usuarios (su comportamiento, sus emociones, su personalidad, etc.), incluido el tratamiento de datos personales que se ejecuta en segundo plano. Así pues, es necesario cuestionar el paradigma jurídico de la notificación y la elección tal y como se practica hoy en día. Si bien, a primera vista, la autogestión de la privacidad parece incorporar valores fundamentales como liberalismo e individualismo, en realidad priva más que fortalece la autonomía de las personas.¹⁸

virtual en el metaverso de Facebook" (18/12/2021), Diario "El Mundo". <https://www.elmundo.es/tecnologia/2021/12/18/61bc93c121efa082788b4585.html>

¹⁸ Para abordar de manera significativa los potenciales y peligros del procesamiento de datos personales en el siglo XXI, estos autores proponen dejar de depender tanto del control individual y se hace hincapié en la necesidad de intervención gubernamental para regular el impacto social del procesamiento de datos personales. En cierta manera, un Leviathán comprometido a la promulgación de

El ya citado Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679) tiene un nivel de protección básico y que pone de manifiesto su dificultad para poder llegar a tutelar el amplio espectro tecnológico actual y, más aún, con respecto al Metaverso. La regulación que a través del RGPD podemos obtener a nivel europeo respecto a la cantidad de datos a tratar, el perfilado de datos automatizados y los datos relativos a todos los campos posibles supone un problema jurídico. El acceso a la esfera privada e íntima de cada usuario es total con el Metaverso debido a que todo lo que se haga dentro de ese sistema está monitorizado. Por ejemplo; desde el audio a los marcadores biocorporales que mediante la tecnología háptica recabe, pasando por todo tipo de acciones que realice el usuario dentro del Metaverso.

Nisa Ávila advierte que el RGPD presenta algunas carencias y déficit de regulación con respecto a la adecuada protección de *Data Privacy*:

-El consentimiento es uno de los requisitos evidentemente necesarios para poder realizar un tratamiento de datos, pero el uso de todos los datos de una persona requiere mucho más que un simple consentimiento legal con una amalgama contractual de cientos o miles de páginas que debería de tener por la complejidad del sistema.

-El RGPD y el concepto que tiene acerca de datos personales en lugar de *Data Privacy* es un fallo y error de base que necesita ser solventado. Se limita a una clasificación tradicional de *Data Privacy* con un problema básico en lo que respecta su naturaleza jurídica al confundir *Data Privacy* con Datos Personales y omitir esta primera que es la

leyes al respecto, y a controlar para garantizar la seguridad y protección de datos. KRÖGER, Jacob Leon; HANS-MARTIN LUTZ, Otto; ULLRICH, Stefan (2021). "The Myth of Individual Control: Mapping the Limitations of Privacy Self-management", pp.1-15. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3881776

verdadera esencia de cualquier sistema protector de datos, el *Data Privacy*.

-El RGPD no contempla en ningún precepto ninguna referencia respecto a los metadatos o datos fantasma y tampoco a los datos huérfanos.¹⁹

-El tratamiento de datos internacional es un nuevo flanco abierto, ya que los Metaversos que se creen supondrán un intercambio de datos internacionales entre empresas tanto del mismo grupo como de terceros que es un gran peligro en la injerencia privada de cada usuario.

-El RGPD se tiene que actualizar no sólo en cuestiones básicas como el reconocimiento correcto del concepto *Data Privacy* sino con una regulación que cree una legislación de base europea en materia de tratamiento de datos de forma genérica y posteriormente permita que se vayan aprobando directivas especializadas en materia como *Data Mining*, Metadatos, Tratamiento de datos de IOT e IORT entre otras y que partan de esa norma base europea sobre *Data Privacy* como legislación de bases europea.²⁰

Me adhiero a lo expuesto por Nisa Ávila con respecto a que no basta con regular únicamente lo que se ve considerando los datos

¹⁹ Los “datos fantasma” son los metadatos y los “datos huérfanos” son datos aislados coyunturales que se necesitan para el correcto funcionamiento de sistemas en recuperación y tratamiento de información son como una caché de datos pero mezclada con cookies, un nuevo rango de datos necesario para el funcionamiento del metaverso. NISA ÁVILA, Javier Antonio (2022). “La protección de datos en el Metaverso; una realidad jurídica de datos huérfanos” (28/01/2022). Lefebvre. ELDERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD <https://elderecho.com/la-proteccion-de-datos-en-el-metaverso-una-realidad-juridica-de-datos-huerfanos>

²⁰ NISA ÁVILA, Javier Antonio (2021). “El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas”, Lefebvre. ELDERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD (30/11/2021) <https://elderecho.com/metaverso-conceptualizacion-juridica>

en la vida digital como una extensión de los datos tradicionales en papel y extrapolando dichos campos de actuación. Resulta insuficiente centrarse únicamente en la trazabilidad de datos en el caso de que estos tengan su destino/origen fuera de la Unión Europea.

Otras problemáticas ulteriores que surgen en el Metaverso, derivadas de la protección de datos, son las relativas a qué sucede cuando un ciudadano fallece en la realidad natural, respecto a su existencia en el Metaverso y los derechos de la personalidad asociados al mismo.

El principal problema jurídico que se plantea respecto a la muerte, resurrección digital o continuidad vital digital en el Metaverso es la parte que refiere al efecto multiplicador de la volumetría de datos del Metaverso y la organización de los mismos. El hecho que el Metaverso tenga la capacidad técnica de almacenar millones de datos correccionales de un mismo usuario/ciudadano respecto a datos sanitarios, educativos, religiosos, laborales, económicos, sociales, interpersonales, privados, personales, y otros, que contienen no sólo datos normalizados sino también datos no normalizados en forma de metadatos, permitirá la recreación o continuidad vital digital de una persona en el Metaverso cuando esta fallezca en la realidad natural.²¹ Así, se necesita un sistema que organice

²¹ “La herencia o el testamento digital no se ciñe de modo exclusivo, aunque también los incluya, a los perfiles de usuarios en redes sociales, sino en general a los llamados “contenidos digitales”, noción que abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en Internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (ebooks, archivos musicales o audiovisuales, fotografías), sus criptomonedas (bitcoins), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros”. MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (2020), “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *ADC*, tomo LXXIII, fasc. I, p. 243.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-10024100281

También, *vid.* NISA ÁVILA, Javier Antonio (2021). “Muerte y Resurrección digital: El Metaverso como inflexión en los derechos de la personalidad”, *Lefebvre. EL-DERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD* (04/07/2022).

correctamente todos los datos y estos se agrupan de forma idéntica para todos los usuarios/ciudadanos.

Otra problemática, que se radica propiamente en el Metaverso, es cuando un ciudadano fallece en la realidad natural respecto a sus derechos personalísimos o derechos de la personalidad, donde se enmarcan los derechos a la dignidad, la vida, la salud, la integridad, la autonomía personal, la imagen y con una especial mención e implícito en ellos, el reconocimiento a la protección que merece la vulnerabilidad humana desarrollados digitalmente en realidades metaversales.²² La posibilidad técnica de ofrecer tras el fallecimiento de un ciudadano en la realidad natural de continuar digitalmente bajo un Avatar de inteligencia artificial en el Metaverso donde pueda ser, no sólo recreado sino incluso continuar interactuando con otros usuarios/ciudadanos vivos en ambas realidades o no, es un hecho que debe ser regulado.

Esta problemática pone de manifiesto que no basta con regular únicamente lo que se viene considerando los datos en la vida digital como una extensión de los datos tradicionales en papel y extrapolando dichos campos de actuación a los digitales.

<https://elderecho.com/muerte-y-resurreccion-digital-el-metaverso-como-inflexion-en-los-derechos-de-la-personalidad>

También, *Vid. LLANO ALONSO, Fernando Higinio (2022). "Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens", en LLANO ALONSO, Fernando Higinio (Director), GARRIDO MARTÍN, Joaquín; VALDIVIA GIMÉNEZ, Ramón (Coordinadores), Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho, Murcia, Editorial Laborum S.,L., pp.189-216.*

²² LAMM, Eleonora (2017). "Derechos personalísimos: su novísima recepción legal en el Código Civil y Comercial y en la Constitución Nacional argentina", pp.1-3. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/29>

REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL METAVERSO EN EL ÁMBITO DEL *DATA PRIVACY*

El *Data Privacy* tiene como objetivo establecer un marco de protección al individuo en referencia a cualquier tipo de intromisión o tratamiento de sus datos. La protección ejercida debe incluir toda intromisión que se pretenda a través de la innovación o el mal uso de los datos perjudicar la privacidad del individuo.²³ Seguridad y privacidad deben ir de la mano.²⁴

Cualquier entorno virtual está plenamente datificado desde su diseño y permite tratar un espectro más amplio de información relativa a actividades humanas. De ahí que la Agencia Española de Protección de Datos haya dedicado uno de los *posts* de su *blog* a analizar los riesgos del Metaverso para la privacidad, llegando a advertir que puede ser “muy intrusivo” dado que el conjunto de datos que trata aumenta de forma exponencial y permite tratar un espectro muy amplio de información relativa a actividades humanas.

Estas nuevas dimensiones digitales permiten “conocer y perfilar al individuo a niveles no conocidos previamente en las redes sociales”. Así, en una red social se pueden sacar diversos datos personales de sus usuarios, pero siempre basándose en una foto subida, los comentarios que hacen o los comportamientos que tiene en la web.²⁵ En el Metaverso, la información no se basa solo en las fotos o los comentarios, sino en la forma de ubicarse, el lenguaje corporal y el acercamiento a otros avatares.

²³ RECIO GAYO, Miguel (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?*, Madrid, Editorial Reus.

²⁴ ROESNE, Franziska; KOHNO, Tadayoshi (2021). “Security and Privacy for Augmented Reality: Our 10-Year Retrospective”, *International Workshop on Security for XR and XR for Security (VR4Sec)*, pp.1-5.

<https://www.franziroesner.com/pdf/ARSec-10YearRetrospective.pdf>

²⁵ AEPD. “Metaverso y privacidad” (29/09/2022)

<https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/metaverso-y-privacidad>

Para entrar al Metaverso no hace falta conectarse a través de un móvil o de un ordenador, implica utilizar gafas de realidad virtual (VR) o cualquier dispositivo wearable, con los que se pueden recoger información biométrica más exacta, explica la AEPD:

Las gafas de VR extraen información de las variaciones del iris y los mandos que hacen de interfaz con el metaverso desvelan los cambios posturales, lo que permite analizar la respuesta emocional.

Dentro del Metaverso, los usuarios pueden tener experiencias sociales virtuales como las vividas en el mundo real, por lo que se puede enfrentar con riesgos para su privacidad, como la vigilancia masiva, la discriminación, la pérdida de la autonomía, el fraude o la suplantación de la identidad. Incluso, puede ser víctima de robo de sus datos personales si se vulneran los dispositivos wearables lo que podría ocasionar riesgos físicos reales.

Pero la preocupación de la Agencia de Protección de Datos no se limita a los usuarios, sino en la posibilidad que estos desarrollos tecnológicos del Metaverso quieran ser usados para “sustituir los mecanismos de regulación y gobernanza del mundo real por reglas ejecutadas automáticamente”, tal y como ha sido el caso de algunas criptomonedas, que al no estar reguladas por ningún ente puede generar grandes pérdidas de dinero.²⁶

En los Metaversos confluyen un buen número de tecnologías que hoy están maduras como las tecnologías de realidad virtual (VR), aumentada (AR) y mixta (MR), las monedas virtuales, técnicas de identidad digital, técnicas de entidad digital o avatares, NFTs o tokens no fungibles, IoT, wearables, como las gafas o cascos,

²⁶ RUIZ, Astrid (2022) La Agencia Española de Protección de Datos alerta sobre los grandes retos de privacidad en el metaverso”, MarketingEcommerce, (16/06/2022)
<https://marketing4ecommerce.net/metaverso-ley-aepd/>

interfaces neuronales, inteligencia artificial e infraestructura de redes de datos distribuidas y descentralizadas, como *blockchain*, 5G.

La AEPD ha advertido que todas estas tecnologías tienen sus propios riesgos para la privacidad que deben ser gestionados para lo que recomienda la adopción de algunas medidas tales como los mecanismos de minimización de datos recogidos por los propios dispositivos wearables y por el Metaverso; auditoría y la transparencia, sobre todo en las decisiones automatizadas con relación a evitar abusos, sesgos, perfilados y discriminaciones; realización de evaluaciones de impacto para la protección de datos; garantizar los derechos de los interesados, incluido el derecho a la cancelación y supresión; garantías específicas de privacidad desde el diseño y por defecto que se puedan aplicar para, por ejemplo, preservar la privacidad de los avatares y su huella digital en el Metaverso; la seguridad, especialmente en cuanto disponibilidad, resiliencia y a la confidencialidad de los datos personales que forman parte de los tratamientos realizados en el metaverso.

Por último, para concluir con las implicaciones legales del Metaverso, destaco un estudio que publicó, el pasado 1 de junio, el Parlamento Europeo *“Metaverse Opportunities, risks and policy implications”*.²⁷ En este estudio, se indican los puntos más críticos sobre el Metaverso tales como accesibilidad e inclusión, ciberseguridad y otros. Concretamente, con respecto a la protección de datos personales, apunta diversas problemáticas, así como las medidas legislativas que deberían tomarse al respecto, entre las cuales destaca las siguientes:

- i) *Dificultad de determinar los roles y responsabilidades de la pluralidad de intervinientes.* Identificar quien el encargado y responsable de tratamiento, quien es el sujeto que debe cumplir con las obligaciones

²⁷[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733557/EPRS_BRI\(2022\)733557_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733557/EPRS_BRI(2022)733557_EN.pdf)

- informativas o de recopilación de consentimiento para las distintas finalidades, o los avisos de privacidad;
- ii) *Determinar las responsabilidades que se derivan por manipulación, mal uso de los datos, o robo. Transferencia de datos.* La necesidad de adoptar acuerdos de transferencia y portabilidad de datos entre las distintas empresas;
 - iii) *Determinación de la jurisdicción.* Podría determinarse entre la ubicación del usuario, del avatar o del servicio en cuestión;
 - iv) *La protección de datos personales de los colectivos vulnerables.* En el caso de los menores de edad, establecer medidas para la verificación de la edad, o el establecimiento de medidas para disuadir a los menores de proporcionar sus datos personales;
 - v) *Realización de marketing directo basado en geolocalización o respuesta emocional.* Será necesario implementar medidas para garantizar el consentimiento activo y libre de los usuarios que puedan estar sujetos a publicidad subliminal;
 - vi) *Formas intrusivas de elaboración de perfiles a partir de reacciones emocionales.* El acceso a datos confidenciales o reacciones emocionales, junto al aumento de tiempo en línea puede dar lugar al perfilado intrusivo;
 - vii) *Lugar de trabajo.* Sin la implementación de medidas, con los dispositivos habilitadores del Metaverso puede generar una vigilancia intrusiva en el ámbito laboral respecto a los empleados.

En definitiva, el Parlamento Europeo pone sobre la mesa que el Metaverso va acompañado de unos riesgos que exigen unas estrategias específicas. El Derecho y la ética son pilares imprescindibles para implementar una legislación *ad hoc* que proteja especialmente la *Data Privacy* y para fortalecer la ya existente.

REFLEXIONES FINALES

Lo expuesto pone de manifiesto la necesidad de encontrar una formulación de la protección de datos que permita y posibilite la innovación. Una solución -como la que propone Recio Gayo- sería la de encontrar equilibrio entre la aproximación adoptada por Estados Unidos, donde la privacidad se refiere a un derecho de los consumidores, y la adoptada por la Unión Europea, donde la protección de datos personales es un derecho fundamental. En cualquier caso, la privacidad y la protección de datos constituyen un reto para la regulación jurídica que necesita el Metaverso.

Precisamente, este último aspecto, no es una cuestión pacífica. En muchos supuestos puede ser suficiente la normativa actual, del mismo modo que ya se aplican las normas existentes a las redes sociales, si bien habrá que ver cómo se garantiza su cumplimiento. En otros casos es posible que sea necesario crear leyes nuevas o actualizar las ya existentes para dar cabida a la nueva casuística o para la creación de herramientas que ayuden a garantizar su cumplimiento.

Entornos digitales descentralizados como el Metaverso hacen que sea más difícil aplicar leyes como la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales, puesto que habrá que establecer, igual que ya es obligatorio hoy, quiénes son los responsables del tratamiento de datos y las correspondientes obligaciones derivadas de ello. Además, es posible que sea necesario crear nuevas formas para recabar el consentimiento de los usuarios o para informarles sobre los riesgos para su privacidad.

El Metaverso también plantea retos relacionados con la protección de la intimidad y el derecho al honor y la propiedad intelectual, en el sentido de hasta qué punto los límites legales relacionados con estos derechos en el mundo real se pueden trasladar al propio Metaverso.

El hecho de que técnicamente se pueda realizar dicha acción de continuidad vital digital en el Metaverso hasta tal nivel que sea indistinguible un usuario / ciudadano vivo de uno fallecido merece una reflexión jurídica. La transgresión, agresión o restricción de los derechos de la personalidad afecta a ámbitos tan diversos como el penal, civil, laboral, la propia imagen, el honor y los propios derechos humanos. La transversalidad jurídica de los derechos de la personalidad son a tal nivel que por ello respecto al Metaverso se merecen una regulación específica como derechos de la personalidad digitales. Sería como un *Data Privacy Post Mortem* digital.

La autorregulación en materia de protección de datos y las directrices éticas no son suficientes para frenar los daños causados por la tecnología. Tal y como indica la Agencia de Protección de Datos (AEPD), las leyes del Metaverso no solo deberán contrastarse con el RGPD, sino también con las nuevas propuestas de regulación de la UE como: la *Digital Services Act*, la *Data Act*, la *Digital Markets Act*, la *Data Governance Act*, la propuesta de Reglamento IA, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- ARA, Tom K.; RADCLIFFE, Marcos F; FLUHR, Miguel; IMP, Katherine (2022), "Exploring the Metaverse. What Laws will apply?", *DLA Piper-Chambers TMT*. <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2022/02/exploring-the-metaverse>
- CÁRDENAS, María José (2022). El Metaverso y sus consecuencias jurídicas", *LisaNews* (27/04/2022). <https://www.lisanews.org/ciberseguridad/metaverso-y-sus-consecuencias-juridicas/>
- CASTELLS, M. (2001). Internet y la sociedad red. *La factoría*, 14(15), 1-13.
- DE CASTRO, Federico (1959). "Los llamados derechos de la personalidad", *Anuario de derecho civil*, 12(4), 1237-1276.
- GARRIGA DOMINGUEZ, ANA (2020). "Dereitos fundamentais, protección de datos persoais" en LÓPEZ PEDREIRA, Alicia (Coord.), MÓNICA VALDERRAMA SANTOMÉ (dir.), Estefanía FERNÁNDEZ CERDEIRA (il.), Internet. *Quero ser investigadora*, Universidade de Vigo.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2018). "El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución", *Corts: Anuario*

de derecho parlamentario, No. Extra 31, 2018 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversario de la Constitució Espanyola), pp. 59-80.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2019). "Del Reglamento general de protección de datos a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales" en TOMÁS MALLÉN, Beatriz; GARCÍA MAHAMUT, Rosario; (Edit.) *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, pp. 95-132.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz; GARCÍA MAHAMUT, Rosario; PAUNER CHULVI, Cristina (Edit.) (2021). "Presentación". Las cláusulas específicas del Reglamento General de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones clave de orden nacional y europeo, 2021, pp. 15-17

JIMÉNEZ DE LUIS, Ángel (2021). "Denuncian un primer caso de acoso sexual virtual en el metaverso de Facebook" (18/12/2021), Diario "El Mundo".

<https://www.elmundo.es/tecnologia/2021/12/18/61bc93c121efa082788b4585.html>

KRÖGER, Jacob Leon; HANS-MARTIN LUTZ, Otto; ULLRICH, Stefan (2021). "The Myth of Individual Control: Mapping the Limitations of Privacy Self-management", pp.1-15. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3881776

LAMM, Eleonora (2017). "Derechos personalísimos: su novísima recepción legal en el Código Civil y Comercial y en la Constitución Nacional argentina", *Salud.gob.ar*, pp.1-3. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/29>

LLANO ALONSO, Fernando Higinio (2022). "Singularidad tecnológica, metaverso

e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens", en LLANO ALONSO, Fernando Higinio (Director), GARRIDO MARTÍN, Joaquín; VALDIVIA GIMÉNEZ, Ramón (Coordinadores), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Editorial Laborum S.L

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (2020), "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *ADC*, tomo LXXIII, fasc. I, pp. 241-281.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-10024100281

MOROZOV, Evgeny (2021). "Capitalism's New Clothes" [Los nuevos ropajes del capitalismo] (04/02/2019). <https://thebaffler.com/latest/capitalisms-new-clothes-morozov?s=03>

NISA ÁVILA, Javier Antonio (2021). “El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas”, Lefebvre. ELDERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD (30/11/2021). <https://elderecho.com/metaverso-conceptualizacion-juridica>

NISA ÁVILA, Javier Antonio (2021). “Muerte y Resurrección digital: El Metaverso como inflexión en los derechos de la personalidad”, Lefebvre. ELDERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD (04/07/2022). <https://elderecho.com/muerte-y-resurreccion-digital-el-metaverso-como-inflexion-en-los-derechos-de-la-personalidad>

NISA ÁVILA, Javier Antonio (2022). “La protección de datos en el Metaverso; una realidad jurídica de datos huérfanos” (28/01/2022). Lefebvre. ELDERECHO.COMNOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD <https://elderecho.com/la-proteccion-de-datos-en-el-metaverso-una-realidad-juridica-de-datos-huerfanos>

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. (2012), *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial Universitaria.

RECIO GAYO, Miguel (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?*, Madrid, Editorial Reus.

RODRIGUEZ, Katitza; OPSAHL, Kurt; MIR, Rory; LEUFER, Daniel (2021) “Mundos virtuales, personas reales: los derechos humanos en el metaverso”. <https://www.eff.org/es/deeplinks/2021/12/virtual-worlds-real-people-human-rights-metaverse>

ROESNE, Franziska; KOHNO, Tadayoshi (2021). “Security and Privacy for Augmented Reality: Our 10-Year Retrospective”, *International Workshop on Security for XR and XR for Security (VR4Sec)*, pp.1-5. <https://www.franziroesner.com/pdf/ARSec-10YearRetrospective.pdf>

ROSENBERG, Louis (2022). “Regulation of the Metaverse: A Roadmap: The risks and regulatory solutions for largescale consumer platforms”, *ICVARS '22: Proceedings of the 6th International Conference on Virtual and Augmented Reality Simulations*, March 2022, pp. 21-26. <https://doi.org/10.1145/3546607.3546611>
<https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3546607.3546611>

RUIZ, Astrid (2022) La Agencia Española de Protección de Datos alerta sobre los grandes retos de privacidad en el metaverso”, *MarketingEcommerce*, (16/06/2022) <https://marketing4ecommerce.net/metaverso-ley-aepd/>

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (2015). “Los datos personales en las sociedades tecnológicas : de la intimidad a la libertad informática” en *Multiculturalismo, tecnología y medioambiente*, Sevilla, Punto Rojo, pp. 155-191.

SERRANO ACITORES, Antonio (2022). *Metaverso y derecho*, Madrid, Tecnos.

TROMANS, R. (2007). "The world is not enough: law for a virtual universe", *European Lawyer*, Vol. 70, pp. 21-25.

VÉLIZ, Carissa (2021). *Privacidad es poder*, Barcelona, Debate.

ZUBOFF, Shoshana (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Paidós.

Informes, textos

AEPD. "Metaverso y privacidad" (29/09/2022)

<https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/metaverso-y-privacidad>

"Eredità digitale, alla moglie password marito defunto". *Redazione Ansa-Milano* (julio, 2022).

https://www.ansa.it/amp/lombardia/notizie/2022/07/07/eredita-digitale-alla-moglie-password-marito-defunto_7e73f44a-bc70-4f50-9dbf-920415ea08d9.html

"Virtual Reality" en Furht B. (2008) (eds) *Encyclopedia of Multimedia*, Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/978-0-387-78414-4_255

<https://www.itdigitalsecurity.es/actualidad/2022/06/la-aepd-explica-como-abordar-la-privacidad-en-el-metaverso>

EPRS | European Parliamentary Research Service "Metaverse Opportunities, risks and policy implications". (junio, 2022).

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733557/EPRS_BRI\(2022\)733557_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733557/EPRS_BRI(2022)733557_EN.pdf)

"El metaverso: la próxima era del internet" (05/10/2021).

<https://lifeandstyle.expansion.mx/entretenimiento/2021/10/05/el-metaverso-la-proxima-era-del-internet>

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES LABORAIS

Paulo de Pauli¹

INTRODUÇÃO

As mudanças sociais implicadas pelos avanços das novas tecnologias podem ser percebidas no âmbito pessoal, acadêmico e profissional. Cabe destacar que as novas tecnologias emergem de necessidades dos próprios usuários, em um ciclo constante de evolução, ou seja, para suprir as demandas sociais são desenvolvidos artefatos tecnológicos com novas funcionalidades, que passam a ser utilizados e durante esse uso surgem novas necessidades. Dessa forma, o ciclo tecnologia-sociedade-tecnologia, se repete constantemente, o que favorece a instabilidade das relações de laborais e assim, do Direito do Trabalho como um todo.

A forma como nos relacionamos, nos divertimos, estudamos e trabalhamos mudou, hoje é possível realizar muitas das atividades cotidianas de forma online, outras, inclusive, foram automatizadas, como, por exemplo, alguns mercados que já utilizam o autoatendimento para registro e pagamento de suas mercadorias. Por meio de artefatos tecnológicos conversamos com pessoas do outro lado do mundo, vendo e ouvindo em tempo real, o que deixa esses relacionamentos cada vez mais próximos do presencial. Muitas atividades profissionais que antes só eram possíveis dentro de espaços físicos da organização, agora podem ser realizadas de forma virtual,

¹ Doutor em Principios y Derechos En La Constitución Española pela Universidade de Burgos- UBU. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US - Espanha, Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialização em Relações Internacionais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

com arquivos compartilhados, trabalho em rede online e reuniões por videoconferência, permitindo que apenas um telefone celular seja instrumento de conexão que permite contratar transporte em veículo privado via a empresa-plataforma ou reservar uma hospedagem, a exemplo das plataformas digitais Uber e Airbnb, as quais, utilizam-se, amplamente, de inteligência artificial, robótica, *internet* das coisas, veículos autônomos, impressão em terceira dimensão, nanotecnologia, biotecnologia, ciências dos materiais, armazenamento de energia, computação quântica, dentre outras.

Dentre as inúmeras mudanças que as novas tecnologias trazem para a nossa vida, nos atemos neste estudo às implicações no mundo do trabalho, com o objetivo de discutir as influências das novas tecnologias nas relações laborais. Para isso, após estabelecermos nosso foco, realizamos as escolhas metodológicas, pelas quais decidimos realizar uma pesquisa bibliográfica exploratória de cunho qualitativo com análise de dados² a fim de compreender a temática em maior escala a partir de uma série de outros estudos sobre o tema.

Após esta breve introdução, apresentamos na sequência o referencial teórico que está dividido em 2 partes, a saber: Novas tecnologias; e Impactos das novas tecnologias no mercado de trabalho. Na sequência, lemos a análise e discussão dos resultados com inferências aos dados encontrados. Por fim, apresentamos as considerações finais com os principais achados do estudo, e as referências utilizadas no artigo.

² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2001. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2011, p. 95.

REFERENCIAL TEÓRICO

RELAÇÕES LABORAIS

Compreendemos o Direito do Trabalho como um importante marco na regularização das relações de trabalho, buscando uma harmonia entre empresas e seus empregados. A formação deste direito “[...] emergiu como um dos grandes direitos da questão social, ante a necessidade social e representa uma maneira de se alcançar a igualdade social.”³. Assim, o Direito do Trabalho busca diminuir as desigualdades existentes nas relações de trabalho, promovendo direitos e deveres tanto para os empregadores quanto para os empregados. Em outras palavras, “O direito do trabalho é instrumento de proteção ao trabalhador”⁴, conduzido, especialmente, pela Justiça do Trabalho sob o lema “O Tribunal da Justiça Social”, oficialmente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho em maio de 2022, por meio da Resolução Administrativa nº 2.318. O documento traz consigo a promoção de iniciativas que fortalecem a atuação institucional de modo a aproximar a sociedade e promover a justiça social, contendo, dentre as iniciativas que permeiam o contexto das novas tecnologias, a inovação, tendo, o TST, a preocupação de:

“Fazer frente aos desafios que surgem em decorrência das transformações sociais, econômicas, tecnológicas e, conseqüentemente, das relações de trabalho, requer um esforço permanente de modernização e de celeridade do Judiciário Trabalhista. Atento a essa necessidade, o Tribunal Superior do Trabalho conta, desde 2022, com uma Política de

³ NAHAS, Thereza C.; FREDIANI, Yone. Limites da negociação individual em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARRANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 388

⁴ ALVES, Amauri Cesar; DE CASTRO, Thiago Henrique Lopes. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

Gestão da Inovação, que visa aprimorar e modernizar produtos, serviços e processos de trabalho do TST, com foco na transformação digital e na desburocratização. Com isso, busca aumentar a eficiência e a prestação jurisdicional e promover uma cultura de inovação no TST, a fim de construir, com agilidade, soluções que aprimorem os serviços do Tribunal ao público”.

A realidade das novas tecnologias (já não tão novas assim) permeiam as relações de trabalho, mas, também estão inseridas na realidade dos operadores do direito, seja pelo Poder Judiciário seja pelos advogados e demais envolvidos, cada qual com a obrigação de adaptar-se às novas tecnologias.

A Constituição Federal de 1988⁵, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, já naquela época sinalizava a preocupação com a automação e a possível implicação das novas tecnologias, porém, não deixou maiores indicações sobre a temática. Nesse caminho, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶, não apresenta orientações específicas no que concerne às novas tecnologias no mercado de trabalho, muito embora a lei 12.551 de 2011 tenha alterado o art. 6º da CLT, sinalizando preocupações neste contexto.

O Direito do Trabalho é acometido de ondas reformadoras e precisa se adaptar às mudanças da sociedade como um todo⁷, isto para que possamos estar diante de um Direito apto a seguir regulando as relações no mundo do trabalho.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943.

⁷ SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. Análise comparativa do contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha. In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de; BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 33-56.

NOVAS TECNOLOGIAS

O termo novas tecnologias refere-se aos avanços tecnológicos que vem mudando a forma de relacionamento das pessoas, alterando a vida acadêmica e profissional por meio de aplicativos e artefatos com diferentes funcionalidades. Alguns exemplos dessas novas tecnologias são os aparelhos de smartphone, internet de alta velocidade, realidade virtual e metaverso, aplicativos para diversas atividades cotidianas, entre outras. Assim como já ocorreram mudanças nas relações de trabalho, “estamos à vista de uma nova revolução industrial, baseada na tecnologia e que vem afetando diretamente o mercado de trabalho, sendo necessário regulamentar de forma eficaz essa área como forma de proteção e aprimoramento desse mercado [...]”⁸.

As mudanças sociais⁹ vêm implicando em uma série de reflexões sobre como compreender o Direito do Trabalho atualmente, já que alteram estruturas e sistemas econômicos¹⁰. As novas tecnologias são “[...] classificadas como disruptivas, dado o seu considerável potencial de modificação abrupta da realidade e da sociedade.”¹¹. Segundo Budin e Lopes¹² “As novas tecnologias irão afetar todas as áreas da indústria. As profissões e setores devem se adaptar a

⁸ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 132.

⁹ TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **NOMOS, Fortaleza**, v. 38, n. 2, p. 53-68, 2018.

¹⁰ AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. Direito do trabalho e novas tecnologias: inteligência artificial, big data e discriminação pré-contratual. **Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho**, n. 1, v. 23, p. 1-15, 2020.

¹¹ AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. A tutela dos direitos de exploração e revisão das decisões automatizadas no Brasil. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. **Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales**. Punto Rojo, 2020a. p. 195-220.

¹² BUDIN, Daiane Daisa; LOPES, Aparecida Maria Zem. A indústria 4.0 e os desafios para a capacitação profissional. **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, v. 7, n. 02, p. 88-97, 2019.

essas modificações [...]”.Essas tecnologias, que facilitaram a comunicação, o trabalho colaborativo online e o acesso a diferentes informações e materiais virtualmente, tem, hoje, como uma das principais implicações no mundo do trabalho o home office¹³.

Neste horizonte de mudanças provocadas pelas inovações tecnológicas, a necessidade de muitas profissões braçais tem sido repensada para, possivelmente, serem automatizadas¹⁴. Segundo Engelke não há grandes esforços pelo governo brasileiro e os empresários no intuito de capacitar os trabalhadores para novas profissões, isso é reforçado pela falta de legislações em proteção a automação ou outros projetos de lei nesse tema¹⁵, muito embora o mercado esteja “exigindo” qualificações especiais e, por consequência, uma nova casta de empregados, agora, altamente especializados em tecnologias. A capacitação é essencial para preparar os futuros profissionais desta realidade em constantes avanços¹⁶.

Além disso, há uma série de mudanças no cotidiano das relações de trabalho, como por exemplo as reuniões virtuais, a possibilidade de trabalho em conjunto via plataformas em nuvem, o acesso de arquivos compartilhados em qualquer local e hora, o arquivamento de documentos online, a obtenção de conhecimento via internet,

¹³ ARAÚJO, Daniel M.; JUNIOR, Edson AN. A Ergonomia no Home Office: a Relevância da Ergonomia no Trabalho em Casa. **Revista Processos Químicos**, v. 16, n. 30, p. 39-45, 2022.

¹⁴ DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, 2019.

ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020.

SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson Donizete. As revoluções industriais até a indústria 4.0. **Revista Interface Tecnológica**, v. 15, n. 2, p. 480-491, 2018.

¹⁵ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020.

¹⁶ BUDIN, Daiane Daisa; LOPES, Aparecida Maria Zem. A indústria 4.0 e os desafios para a capacitação profissional. **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, v. 7, n. 02, p. 88-97, 2019.

entre outros. Entre 2010 e 2020, o número de plataformas, tanto as online, quanto as de serviços de táxi e de entregas, quintuplicou em todo o mundo. Em 2010 eram apenas 50 plataformas de delivery no mundo, em 2020 existiam 383 demonstrando um crescimento exponencial da ordem de 650%. É o que mostra o relatório da OIT (Organização Internacional do Trabalho)¹⁷

Debates e discussões sobre as metamorfoses do trabalho nesse século vêm se tornando frequentes no cenário supranacional, principalmente por conta do surgimento de várias manifestações advindas com a celebrada Economia do Compartilhamento. Afinal são transformações com efeitos globais e que tem impactado diversas economias, sejam elas desenvolvidas ou em desenvolvimento, e a sociedade contemporânea bastante marcada pela atuação soberana do capitalismo informacional-digital-financeiro¹⁸.

Além disso, é importante destacar, conforme informações deste relatório, que foi a recessão econômica de 2008 que deu impulso para o desenvolvimento de plataformas online e de serviços de entregas (ILO, 2021b). Muito populares nessa fase do capitalismo, as plataformas digitais invadiram a vida social e começaram também a mudar o panorama do mercado de trabalho. Os avanços tecnológicos são inevitáveis assim como suas implicações na sociedade e nos Direitos do Trabalho. As plataformas, principalmente as plataformas digitais de trabalho, em razão das inovações em escala global, tornaram-se parte muito presente na sociedade contemporânea e alteraram a forma de fazer negócios e de organizar o trabalho (EUROPE UNION, 2020; ILO, 2021a).

¹⁷ World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work”, publicado em fevereiro de 2021. ILO. International Labour Organization. World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work. International Labour Office – Geneva: ILO, 2021b.

¹⁸ ANTUNES, Ricardo. Proletariado digital, serviços e valor. IN: ANTUNES, R. Riqueza e miséria no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

IMPACTOS NO MERCADO DE TRABALHO

Diversas são as hipóteses de tecnologias aplicada às relações de trabalho que causam efetivo impacto, dentre elas, as novidades inerentes ao metaverso. O metaverso impõe e imporá ainda mais ao Direito movimentações em diversas searas. Cumpre considerar que por traz do “Avatar”, assim considerado o ator aparente no metaverso, aquele que pode ser o que quiser ser neste novo ambiente e que suas eventuais limitações físicas se tornam irrelevantes, haverá alguém, e este alguém poderá ser uma pessoa física ou pessoa jurídica e estes estarão sujeitos a legislação regente de suas relações previamente pactuadas. Podemos estar diante de uma prestação de serviço civil, uma relação de trabalho autônomo ou diante de uma relação empregatícia, não esquecendo que esta pessoa poderá estar dentro do país, ou fora dele, ou seja, parte destes problemas já são objeto de discussão no judiciário trabalhista brasileiro.

A exemplo da competência judiciária trabalhista, a regra geral é estabelecida no artigo 651 da CLT, máxime, e diz respeito ao local de prestação de serviço, contudo, o local de prestação do serviço é o metaverso, e onde é isso, dado não se tratar de um local físico? (ou vamos considerar o local em que a pessoa por trás do avatar está?). E no âmbito penal, um avatar elogiando, com excessos, o corpo digital de outro avatar por suas curvas e expressões, há tratamento a ser dado ou estamos diante de um território livre de regulação?

A Justiça do Trabalho tem permitido a utilização do metaverso, é o caso da Vara do Trabalho de Colíder/MT, a primeira vara judicial do país a implementar tal iniciativa¹⁹. O projeto viabiliza que a referida Vara do Trabalho, no metaverso, possa ser visitada, de modo não presencial, pelos interessados, bastando acessar o programa

¹⁹ TV Justiça Oficial, JJ1 -Metaverso chega ao Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LDZqUPmAffo>. Youtube. Publicado em 30 de maio de 2022.

indicado, criar o seu avatar e, então, “entrar” nas instalações da Vara do Trabalho.

A exemplo do mundo “Gamer”, a indústria de games, o metaverso é um local de convivência e comporta pessoas de todas as origens, idades, localidades e condições pessoais, cada qual impactada pelo ordenamento jurídico vigente, contudo, ainda sem a completude legal esperada e apta a solucionar as questões decorrentes desta nova realidade.

A interoperabilidade de avatares no ambiente metaverso, assim considerada a possibilidade de um avatar poder transitar em diversos mundos construídos no metaverso, ainda é tímida. Na época atual há grandes limitações no metaverso, são muitas empresas desenvolvedoras de ambientes e programações no metaverso, mas ainda não interoperáveis, ou seja, a velocidade com que o metaverso é desenvolvido ainda carece de interesse comum e carece, sobretudo, de regulamentação, contudo, esta nova realidade está posta e devemos ficar atentos.

Neste contexto, não se pode ladear recente fenômeno mundial, uma nova forma de realização de trabalho, intermediada por aplicativos digitais, a “uberização”, termo utilizado para tratar de um modelo de negócio disruptivo e que está longe de ter sua dinâmica pacificada nos tribunais, tendo em vista a amplitude deste modelo de negócio que mudou hábitos sociais em uma velocidade inimaginável e que, agora, deve equilibrar o espírito protetivo da legislação, sobretudo a trabalhista, com o também importante argumento do progresso econômico e respeito ao preceito constitucional da livre iniciativa.

É exatamente neste contexto, alinhado ao já conhecido teletrabalho, em que se verifica a necessidade de um pacto trabalhista, inclusive porque rompemos com o individualismo e agregamos valor às conquistas de cunho coletivo e das inter-relações. Não significa que o individual não mereça reconhecimento, mas é fato que

o coletivo segue em destaque, porque permite o exercício e o acesso de todos paulatinamente, o que poderia bastar para sua primazia.

As relações trabalhistas são representativas do ser humano - do trabalho e do trabalhador - agora impactados pelas novas tecnologias que estão em constante evolução e aperfeiçoamento, de forma que o legislador não acompanha tamanha velocidade. Uma lei específica sempre considera a realidade posta, dificilmente capaz de reger circunstâncias ainda não ocorridas, atraindo a principiologia do direito laboral no intuito de melhor interpretar e, assim, melhor aplicar a sempre defasada e lacunosa lei disponível à sociedade.

A tecnologia que hoje conecta o empregado ao seu trabalho, pode não ser a mesma de amanhã, e, como este se encontra devidamente protegido, basta fiscalizar e conscientizar as pessoas que a vida não gira, somente, em torno do trabalho, muito embora necessário e primordial ao atual contexto mundial.

As novas tecnologias nascem para facilitar a vida do trabalhador, o direito ao lazer é a desconexão é imprescindível, seja para a proteção da saúde do indivíduo, seja para a vida em sociedade, em linha, inclusive, à Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH - a exemplo dos preconizados direitos ao repouso, lazer, a limitação razoável das horas de trabalho, férias periódicas remuneradas, dentre outros”²⁰.

O Direito na era digital tem o papel de transpor fronteiras, regras e parâmetros, mediante atendimento à marcos regulatórios adequados, inibindo a exploração e protegendo a condição humana. As novas tendências comportamentais advindas do permanente processo de transformação tecnológico já contam com

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/. Acesso em: 20 julho. 2022.

ensaios legais diversos, muito embora, ainda insuficientes. A lei 13.467/17, ao reger o trabalho intermitente, o teletrabalho, os *home offices*, dentre outros, evidencia importantes modificações legislativas, contudo, ainda, insuficientes.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Segundo nosso referencial teórico as novas tecnologias influenciaram em mudanças nas relações individuais e coletivas de trabalho, apresentando vantagens e desvantagens a esses profissionais e, principalmente, instigar questionamentos sobre a necessidade de termos uma legislação que atenda o direito do trabalho neste cenário. Destacamos que esse processo de evolução em que muitos cargos e atividades são extintos não é novidade, mas “[...] se funções deixam de existir, novas vão aparecendo, como piloto de drones, desenvolvedores de aplicativos, designer no mundo virtual e várias mais.”²¹. A partir da extinção de algumas funções, outras surgem²². O que é questionável é a capacidade desses profissionais de cargos que serão extintos de se desenvolverem para exercerem tais novas profissões.

Dessa forma, entendemos que as mudanças são inevitáveis e não há razões para discussões sobre a existência dela, mas sim, sobre o que se deve ser feito para garantir o direito do trabalho e o desenvolvimento destes profissionais que hoje ocupam cargos prestes a serem descontinuados e para aqueles profissionais que ainda

²¹ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 151.

²² FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: A necessária (re) construção do Direito do Trabalho. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 10, n. 19, p. 1-22, 2019.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2018.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **NOMOS**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 53-68, 2018.

vão se inserir no mercado de trabalho²³. Semelhantemente, entendemos que não há como escaparmos das implicações das novas tecnologias no mercado de trabalho e, por isso, é necessário mudanças, também, na cultura empresarial, educacional e nas leis trabalhistas²⁴.

O Direito do Trabalho não conseguiu acompanhar os avanços sociais²⁵ com suas categorias tradicionais e, a partir disso, temos a flexibilização que “[...] vem ganhando cada vez mais importância no século XXI devido às grandes mudanças que a globalização e os avanços tecnológicos têm provocado na sociedade e no mercado de trabalho.”²⁶. Essa flexibilização pode ser conceituada como:

[...] conjuntos de medidas fundamentais que procuram mudanças na legislação trabalhista para diminuir os custos de trabalho, desse modo aumentando os lucros das empresas, tornando-as mais competitivas em um cenário globalizado, oferecendo mais oportunidade de emprego, possibilitando sua expansão, aumentando os investimentos, em outras palavras, dando maior liberdade para a economia nacional a se adaptar no mercado externo.²⁷.

²³ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 148.

²⁴ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 147.

²⁵ MISKULIN, Ana Paula Silva Campos; STÜRMER, Gilberto; BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva. Análise econômica do direito e empresas da economia colaborativa: uma parceria em construção. In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 90.

²⁶ DE SOUZA, Juan Lucas Santiago. Flexibilização do direito do trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 11, p. 87379-87388, 2020. p. 87380.

²⁷ DE SOUZA, Juan Lucas Santiago. Flexibilização do direito do trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 11, p. 87379-87388, 2020. p. 87381.

Nesse caminho, De Souza aponta os três principais motivos para a flexibilização do Direito do Trabalho, que são: 1º Adaptação: alternativas para atender as necessidades atuais e futuras; 2º: Liberdade empresarial: facilitar os processos empresariais visando seu lucro e assim a busca por mais mão de obra; 3º Realidade econômica: compreender as mudanças econômicas nas relações de trabalho.²⁸. Essas medidas visam atender às demandas de uma nova realidade, possibilitando às organizações que lucrem e, mesmo que extingam cargos, não deixem de existir e contratar novos profissionais. Dessa forma, “A preocupação e euforia são sentimentos que parecem caminhar junto dos juristas nos dias atuais e o tema da tecnologia no âmbito do Direito laboral tem sido pauta em diversos países [...]”²⁹.

De um lado temos as flexibilizações para viabilizar o desenvolvimento econômico a fim de que não se percam empregos pela falência de empresas ou pela automação em massa sem considerar a capacitação dos profissionais atuais. Por outro lado, temos as inquietações e incertezas sobre o futuro das profissões e dos profissionais, e nos questionamos sobre como se preparar para um mercado tão instável, em que até mesmo o Direito do Trabalho é flexível. “Para essa finalidade, e também para alcançar os já desempregados, a tarefa de qualificação profissional deve ser encarada como uma política pública por parte do governo, seja ele federal, estadual ou municipal [...]”³⁰.

²⁸ DE SOUZA, Juan Lucas Santiago. Flexibilização do direito do trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 11, p. 87379-87388, 2020. p. 87383.

²⁹ CAMPOS, Amália Rosa de. Reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do jus postulandi no processo eletrônico da justiça do trabalho *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 197

³⁰ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 137.

Os sindicatos, conceituados como “[...] associação permanente entre pessoas físicas ou jurídicas que exerçam função em um mesmo ramo de negócio. Essa associação é criada com o papel de defender os interesses em comum de seus membros.”³¹ já apresentam adaptações instigadas pelas novas tecnologias³². Nesse sentido, “O governo precisa se adaptar à regulamentação de uma força de trabalho em constante mudança, mas também os empregadores precisam arcar com sua parte.”³³. Contudo, há uma lacuna entre a expectativa e as reais implementações políticas no que se refere a proteção dos trabalhadores contra o desemprego digital³⁴. A falta de legislações que deem suporte às decisões empresariais e até mesmo as lutas sindicais é fator agravante para as incertezas sobre o futuro do mercado de trabalho e dos Direitos do Trabalho.

Destacamos, que apesar da importância de órgãos superiores, não apenas os sindicatos, o governo e as empresas devem se preocupar com as implicações das novas tecnologias no mercado de trabalho, mas também e principalmente, os próprios profissionais. Ou seja, os “[...] trabalhadores precisam de mudança de perspectiva, pois a rede de segurança legal como existe hoje tende a mudar

³¹ SOUZA, Isabella. O que são e como funcionam os sindicatos no Brasil?. Guia do estudante, 2021.

³² CAMPOS, Amália Rosa de. Reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do jus postulandi no processo eletrônico da justiça do trabalho /In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 207

³³ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 148.

³⁴ ALVES, Amauri Cesar; DE CASTRO, Thiago Henrique Lopes. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020.

radicalmente.”³⁵. Nesse sentido, compreendemos que “Repensar a educação para as gerações vindouras é essencial.”³⁶, isso porque, os profissionais precisarão se desenvolver constantemente para acompanhar e, mais do que sobreviver às novas tecnologias, aproveitarem as oportunidades surgidas destas. É extremamente importante “[...] construir um sistema educacional para a aprendizagem ao longo da vida e que seja acessível por toda a trajetória profissional, não se encerrando com o ensino médio ou a graduação.”³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo discutiu sobre as influências das novas tecnologias nas relações laborais, por meio de uma pesquisa bibliográfica exploratória de cunho qualitativo com análise de dados. A partir dos materiais selecionados para nossas discussões, verificamos a falta de informações e documentos governamentais diretamente relacionados à influência das novas tecnologias nas relações laborais que possam orientar empresas e trabalhadores para o momento atual e para um futuro breve. Além disso, os estudos nos possibilitaram entender que as mudanças têm sido tão rápidas que possivelmente novas legislações, se organizadas de forma rígidas, se tornariam defasadas novamente em pouco tempo, o que indica

³⁵ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 149.

³⁶ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 148.

³⁷ ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. p. 148.

a necessidade de legislações mais flexíveis, porém, que não deixem os trabalhadores desamparados.

Governo e empresas devem se unir em prol da elaboração de propostas de desenvolvimento para recolocação de profissionais que terão suas posições automatizadas nas empresas, e do desenvolvimento contínuo tanto das empresas como dos empregados a fim de que não haja desemprego e nem falta de mão de obra qualificada. Além disso, nossos achados apontam para a indispensável atenção dos próprios trabalhadores no sentido de buscarem qualificação para não apenas atender as demandas desse novo mercado, mas também, poderem aproveitar e se beneficiar das oportunidades que surgirem.

As novas tecnologias têm modificado, de fato, a forma como o trabalho é prestado, pois trouxeram praticidade e agilidade em certos aspectos. O legislador está atento a estes novos cenários, assim como, o poder judiciário e, certamente, a exclusão da proteção jus-laboralista só ocorrerá nos casos em que, efetivamente, ausentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (arts. 2º, 3º e 6º da CLT) ou por intermédio de leis especiais tratando de situações igualmente especiais.

Calha, diante deste cenário de novidades tecnológicas que impactam relações laborais, as normas coletivas de trabalho que, em atendimento ao princípio da adequação setorial negociada, nos termos do Tema 1.046 - STF, há de viabilizar soluções que passem a reger, a contento, estas novas relações laborais,

É natural, aliás, que o direito esteja, sempre, correndo atrás, afinal, o direito evolui conforme o fenômeno social se apresenta, e não o contrário, não é o fenômeno social que se adapta ao direito e o contexto envolvendo as novas tecnologias não há de modificar esta realidade.

Desse modo, ao mesmo tempo em que há uma série de incertezas pelas mudanças e extinções de cargos, há diversas oportunidades surgindo, bem como novos cargos. Cabe às empresas e empregados se aterem às necessidades dessa realidade e de futuros cenários econômicos para desenvolverem-se de forma positiva em meio a esse mercado incerto. No entanto, no que se refere ao Direito do Trabalho, que tem como objetivo proteger os trabalhadores, precisa evoluir no intuito de que novas normativas e legislações sejam pensadas e elaboradas neste sentido, a exemplo da recente lei 14.442 de 2 de setembro de 2022, trazendo, dentre outros, novas regulamentações acerca do teletrabalho.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Amauri Cesar; DE CASTRO, Thiago Henrique Lopes. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018. DOI: <https://doi.org/10.26843/mestradodireito.v4i3.165>. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/article/view/165>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- ARAÚJO, Daniel M.; JUNIOR, Edson AN. A Ergonomia no Home Office: a Relevância da Ergonomia no Trabalho em Casa. **Revista Processos Químicos**, v. 16, n. 30, p. 39-45, 2022. DOI: <https://doi.org/10.19142/rpq.v16i30.641>. Disponível em: http://ojs.rpqse-nai.org.br/index.php/rpq_n1/article/view/641. Acesso em: 22 jun. 2022.
- AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. A tutela dos direitos de explicação e revisão das decisões automatizadas no Brasil. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. **Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales**. Punto Rojo, 2020a. p. 195-220.
- AZEVEDO, André Jobim de; JANH, Vitor Kaiser. Direito do trabalho e novas tecnologias: inteligência artificial, big data e discriminação pré-contratual. **Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho**, n. 1, v. 23, p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Azevedo-e-Jahn-DIREITO-DO-TRABALHO-E-NOVAS-TECNOLOGIAS-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-BIG-DATA-E-DISCRIMINACAO-A7A-CC-83O-PRE-CC-81-CONTRATUAL.docx.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2011.

BELLO, Diego Sena; DA SILVA, Paula Jaeger. Greve tecnológica: uma re-leitura necessária?. *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

BUDIN, Daiane Daisa; LOPES, Aparecida Maria Zem. A indústria 4.0 e os desafios para a capacitação profissional. **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, v. 7, n. 02, p. 88-97, 2019. Disponível em: <https://fatecbr.web-siteseguro.com/revista/index.php/RTecFatecAM/article/view/229>.

Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

CAMPOS, Amália Rosa de. Reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do jus postulandi no processo eletrônico da justiça do trabalho *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2018.

COIMBRA, Rodrigo. As novas tecnologias, a inteligência artificial e o meio ambiente do trabalho. *In*: BRAVO, Álvaro Sánchez. **Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales**. Punto Rojo, 2020. p. 394-406.

DAL ROSSO, Sadi. **O ardil da flexibilidade**: os trabalhadores e a teoria do valor. Boitempo Editorial, 2017.

DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, 2019. DOI: <https://doi.org/10.34117/brjdv5n10-200>. Disponível em: <http://brjd.com.br/index.php/BRJD/article/view/3863>. Acesso em: 09 jul. 2022.

DE SOUZA, Juan Lucas Santiago. Flexibilização do direito do trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 11, p. 87379-87388, 2020. DOI: <https://doi.org/10.34117/brjdv6n11-237>. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/19760>. Acesso em: 26 jun. 2022.

ENGELKE, Rozi. O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro. **Revista da Escola Judicial do TRT4, Porto Alegre**, v. 2, n. 3, p. 129-159, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/197663>. Acesso em: 01 jul. 2022.

FARIA, Carolina Tupanambá; VALVERDE, Marina Novellino. Um novo normal para o direito do trabalho. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 221-238. Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022.

GENEHR, Fabiana Pacheco. A normatização do teletrabalho no direito brasileiro: uma alteração bem-vinda. **Revista Eletrônica TRT4**, v. 5, n. 74, p.67-77, 2009. Disponível em: https://juslaboris-hml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/80545/2009_genehr_fabiana_normatizacao_teletrabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 jun. 2022.

ILO. International Labour Organization. World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work. International Labour Office - Geneva: ILO, 2021b.

KALED, Gabriela Schellenberg Pedro Bom. O regime de teletrabalho e o direito à desconexão. **Percursos**, v. 1, n. 32, p. 173-188, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4266>. Acesso em: 29 jun. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely Ester. Dever fundamental de cooperação em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 177-184. Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MISKULIN, Ana Paula Silva Campos; STÜRMER, Gilberto; BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva. Análise econômica do direito e empresas da economia colaborativa: uma parceria em construção. *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**: volume IV. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NAHAS, Thereza C.; FREDIANI, Yone. Limites da negociação individual em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 381-400. Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022.

PEREIRA, Gisele dos Santos; SILVA, Sonia Maria de Carvalho. Pesquisa sobre o Home Office: análise sobre um dos tipos de Flexibilização da Jornada de Trabalho mais utilizado nos últimos tempos. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 9, n. 1, p. 74-94, 2022. Disponível em: <https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/view/111>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson Donizete. As revoluções industriais até a indústria 4.0. **Revista Interface Tecnológica**, v. 15, n. 2, p. 480-491, 2018. DOI: <https://doi.org/10.31510/infa.v15i2.386>. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/index.php/interfacetecnologica/article/view/386/335>. Acesso em: 16 jun. 2022.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. Análise comparativa do contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha. *In*: DORNELES, Leandro do Amaral D. de; BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 33-56.

SOUZA, Isabella. O que são e como funcionam os sindicatos no Brasil?. **Guia do estudantes**, 2021. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/coluna/atualidades-vestibular/o-que-sao-e-como-funcionam-os-sindicatos-no-brasil>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **NOMOS, Fortaleza**, v. 38, n. 2, p. 53-68, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/20493/95963>. Acesso em: 13 jul. 2022.

¿NUEVOS PARADIGMAS LABORALES?: ¿HACIA UNA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DEL TRABAJO DE CONSTRUCCIÓN “CONCEPTUALMENTE” TRANSNACIONAL?

Ramón López Fuentes.
Prof. Contratado Doctor. DTSS. US.

DE RESERVAS E INDULGENCIAS: JUSTIFICACIÓN DE CONTENIDOS

El hecho de recibir una invitación para participar en un texto homenaje, no sólo representa un honor; si no, y sobre todo un reto. Y ello, por varias razones, académicas y de índole personal.

La primera, porque tradicionalmente es un hecho que se asocia con el pase a la jubilación. Institución propia del Derecho de la Protección social, y de la que algo conoce el Prof. Raso. Sin embargo, en nuestro ámbito profesional eso no se traduce en la inactividad del homenajeado. Luego, no será una “jubilación al uso” de desconexión.

Es cierto que se pasa a un nuevo status en la actividad (condicionada por la necesidad social de programar también la obsolescencia del trabajo humano, en aras a la vinculación con el mercado de Empleo), y aunque ello nos parezca inconcebible e innecesario en casos como el que nos une, desde luego supondrá un cambio que hay que afrontar. Luego, lo menos es apostar porque se mantengan vivos lo intercambios, y el desarrollo de nuevos retos que permitan continuar disfrutando del debate científico de quién tanta variedad

de temas y materias ha trabajado a lo largo de su trayectoria profesional.

En segundo plano, porque en la mayoría de las ocasiones es difícil de cubrir ese encargo o, cuanto menos, hacerlo de forma adecuada y/o decorosa en lo que uno humildemente pueda aportar. Al menos si queremos apuntar algo interesante a todo el trabajo ya realizado por y para el homenajeado. Ya sea sobre aspectos o temas actuales, o de aproximación diferenciada a la extensa y prolífica producción académica y bibliográfica del mismo.

Se entenderá, por tanto, nuestro pudor para que, en el breve espacio de unas páginas, nos atrevamos a plantear unos breves apuntes para animar la continuidad del debate doctrinal y científico.

Pues a nada que se haya hecho un somero seguimiento de la producción del Prof. Raso, está claro que, y usando el recurso fácil castrense de su apellido, estamos ante un verdadero estratega de Estado Mayor, que no de un raso dicente. Y, por ende, tal como y diría nuestro común amigo, el Prof. Álvaro A. Sánchez-Bravo, ven-gamos a solicitar la correspondiente indulgencia respecto a la línea argumental de las siguientes páginas.

Nuestra intención, por tanto, es limitada. De ahí que nos centremos en aportar unos apuntes y/o trazos que abran un debate más profundo a posteriori. Y así, enriquecer y fomentar la creatividad en la materia -fruto más de la intención que de la capacidad-. En concreto, sobre si la realidad de las normas del trabajo permite y debe construirse hoy por hoy sobre la base de un derecho transnacional al respecto. O, cuanto menos, la aplicación de principios comunes que se incluyan en los correspondientes ordenamientos, dados los retos a los que nos enfrentamos los laboristas en un mundo cada vez más global, pero a la vez más pendiente por parte de los Estados de proteger sus intereses y competencias legislativas, por más que también existan estrategias intervencionistas de carácter más regional. Luego, no se esperen sesudas aportaciones, si acaso

reflexiones para nuevos empeños, si aquellos resultan interesantes y gratos.

¿TEMAS COMUNES, ESPACIOS DIVERSOS?

En los últimos años, reflexionar sobre temas y cuestiones del derecho del Trabajo casi parece una cuestión inagotable y recurrente. O al menos así lo entendemos si partimos del “desbordante normativismo” de materias surgidas en relación al Derecho Laboral o del Trabajo, acompañadas a su vez de todo un mar de publicaciones en la materia que con diversa procedencia y origen retroalimentan la necesidad de seguir aportando. Una tarea que encuentra en la mayor y más rápida accesibilidad de la información en internet, una eclosión documental sin precedentes, en detrimento, quizás de formatos más tradicionales. Luego, cabe mayor interacción, e incluso confusión para los no profesionales, porque aunque tanta tinta tiene a veces espacios comunes, no dejan de existir enfoques y realidades diversas.

Con ese panorama nos surge cierta sensación de descontrol de materiales y trabajos. De “inarbacabilidad” de lo que consideramos nuestras tradicionales áreas de conocimiento, amén de cierta sensación de si estaremos o no actualizados con tal cantidad de ideas y aportaciones que tratan añadir o mejorar las claves normativas que las relaciones de trabajo presentan. Sobre todo, cuando lo hacemos desde una perspectiva cada vez más global; condicionados por la acumulación y sucesión de retos históricos recientes, pero sin tener claro si esos conceptos ya reconocidos y asentados para nuestro entorno, también en la materia a nivel global¹.

Un conjunto de hitos que, todo sea dicho, bien podrían haberse espaciado algo temporalmente. Pues han obligado y, hasta

¹ Es cierto que son muchas las cuestiones a considerar, pero a ello hay que añadir nuestra necesidad y tendencia, como colectivo profesional, de buscar posibles soluciones únicas, que no siempre novedosas, a los mismos, incluso cuando no seamos expertos en un área concreta.

precipitado, una serie de transformaciones sociales, técnicas, organizativas y económicas en muy breve espacio de tiempo. Lo que, obviamente, también se refleja en mundo del trabajo y en su marco regulador. Situaciones de importancia y que han aparecido con demasiada continuidad, poniendo en valor determinados aspectos productivos y de garantías, que no siempre están valorados como procede, tanto en cuanto, Sistemas normativos estables y garantistas, la importancia estratégica de sectores de producción y la importancia de Sistemas de Protección Social robustos.

Que sí, que está muy bien vivir en una época impacto y cambios histórico, acompañados de avances tecnológicos¿Pero seremos capaces de dar respuestas adecuadas, justas y socialmente aceptables, con un impacto general en un contexto de mayores niveles progreso y avance? O, por el contrario, ¿el hecho de que aún queden cuestiones y temas por resolver respecto a los derechos de los y las personas trabajadoras permita una mayor segmentación y creación de un nuevo “derecho de clases trabajadoras”? Esto es, sobre la justificación de nuevos paradigmas laborales ¿no estaremos aprovechando para crear una brecha de derechos laborales y sociales? ¿Y no sólo a nivel nacional, si no regional? ¿Hay aspectos normativos que nos permitan corregir esa posible disfuncionalidad normativa? O, en realidad ¿Son sólo avances asociados a la evolución de las formas de trabajar y, por tanto, cabe seguir apostando por aplicar recetas normativas más o menos tradicionales sobre la base de Derechos humanos “sociolaborales”?étc.

Está claro que se han realizado y están desarrollándose cambios de calado, muy condicionados por los avances y transformaciones tecnológicos y que, a su vez, arrastran los enfoques normativos.

Para empezar, porque las transformaciones no parecen quedarse en añadir o cambios medios o instrumentos de producción, si no en entender qué es, o no, trabajo. Lo que incide en qué entendemos por principios y fines del Derecho laboral o del Trabajo, donde la necesidad de referencias supranacionales que permitan

respuestas más o menos alineadas en torno a esas realidades nos parece esencial, si no queremos ahondar más en la brecha normativa efectiva de garantía de derechos de los trabajadores, que no tanto formal. Por cuanto, no basta ya con reconocer que el derecho del trabajo es un derecho humano, si no de avanzar en la construcción de instrumentos de garantía de este, aún cuando pueda pensarse en cierta falta consenso en cuanto a cuál sea su diseño mínimo común.

No se trata de dar una lista cerrada de ítems a considerar², siquiera de manera idéntica. Pero sí de apostillar como el desarrollo efectivo de instrumentos ya existentes, no siempre lo está de de medidas coercitivas y de efectividad jurisdiccional supranacional. Quizás es un tema para que los profesionales dediquen tiempo a reflexionar sobre sus necesidades y valores en el entorno laboral para su incorporación a distintos proyectos" y el papel que los mismos desempeñan. (GARCÍA.M, de Smart Culture. 5 DIAS.2022) en aras a condenar comportamientos que siguen existiendo, pero que normalmente preferimos ignorar o no reconocer³.

² Pero no podemos olvidar la cuestiones relacionadas con la tipología contractual, y la estabilidad en el empleo. No podemos plantear las personas en términos de bienes de consumo y, por ende, de usar y tirar. Por supuesto, políticas de retribuciones dignas y suficientes. Con intervenciones en el ámbito de las líneas de producción e intermediación. La relación entre tiempo de trabajo y vida personal. Desarrollar medidas de implicación y participación en la propia vida de las organizaciones, más allá de la negociación colectiva y, mayores y mejores niveles de participación en la toma de decisiones empresariales. Adecuadas políticas de formación, tanto de acceso como de reciclaje y acción para afrontar un mercado de empleo cambiante. Cambiar modelos de innecesaria concentración y desplazamientos diarios de trabajadores, y que se ve favorecido por 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. O 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.

³ Por más que haya un movimiento mayor de ciertos sectores hacia modificaciones vinculados a la sostenibilidad y el desarrollo humano.

En esa línea de cambio creemos que hay que interpretar movimientos como los ligados al denominado “Nomadismo digital”⁴ y el “gran abandono o la gran renuncia”, o el plantear “la felicidad” en el trabajo como paradigma, por cuanto ponen en valor no sólo una demanda de mayor libertad, flexibilidad y disponibilidad de tiempo para las personas. De lo que se trata es de poder elegir, aunque eso conlleve problemas de determinar la legislación aplicable, porque siquiera es determinante la percepción de mejoras económicas, si no de un salario valorable también emocionalmente. En esa línea, y volvemos sobre ello, la apuesta de los sistemas por un modelo de equilibrio entre educación y profesionalización permanente y variada, facilitará transiciones laborales y será motor de transformación social, por cuanto permita adaptarse mejor a las necesidades de un mundo en transformación, dónde encontramos nuevos empleos y formas de acceso a los mismos (CALDERÓN. O. 2002)⁵.

⁴ Figuras que casi nos llevan a pensar en un criterio de “involución” en la concepción sedentaria de los medios de producción, y que gran medida conectan con la tecnificación y digitalización del mundo del trabajo. Ya que la economía digital permite abrir horizontes a nuevas formas de actividad y, por ende, a nuevos problemas, pero también crear una mayor brecha y segmentación del mercado, como bien ha tratado el Prof. Raso.

⁵ 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. Por ello se nos antoja esencial no sólo legislar en cómo el acceso a la educación y a la formación permiten el diseño de trayectorias profesionales acordes a los intereses generales, pero también individuales, si no en cómo ello se traduce después en sistemas de acceso más neutros y garantistas. 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 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..

Luego, de inicio, cualquier principio normativo arranca porque las personas tengan esa capacidad de elección⁶, y garantizar que sea efectiva. Sin dudar, y más allá de otras intervenciones normativas, parece básico incidir en la importancia que para ello tiene la formación y el conocimiento, pasando por un reconocimiento efectivo de la realidad económica y del mercado de trabajo, y acabando en la propia concepción nacional de determinadas normas para dar cobertura a la evolución hacia sistemas 5.0 -que no revolución-.

Ojo, que no sólo se trata de dar respuesta a un mundo conectado o si hay problemas laborales en el metaverso. Porque, en el lado opuesto, siguen dándose formas de trabajo más tradicionales (que pueden estar o no en claro proceso de cambio y transformación como consecuencia del impulso tecnológico, y el uso de nuevas herramientas asociadas a la digitalización) que siguen sin recibir un tratamiento normativo de garantías⁷. Generalmente, porque al igual que ya hemos apuntado, la tendencia económica de vincular regulación laboral y crecimiento económico, prima sobre la de crecimiento social. De ahí, que cada vez se intente huir más por ciertos sectores de la consideración de trabajo por cuenta ajena, fomentando mayor precariedad y dependencia⁸, como en muchos casos

⁶ En este sentido la UE cifra que casi un 40% de los trabajos hoy ya podrían realizarse en régimen remoto y/o de teletrabajo.

⁷ como ocurre con las actividades tan variadas como las vinculadas a plataformas, economía circular o las más tradicionales de explotación directa de los recursos, por más que ello sí que plantee constantes tensiones sobre derechos y obligaciones aplicables

⁸ Pues siempre es recurrente poder echar la culpa a los algoritmos, mejor que reconocer nuestro déficits de regulación de nuevas realidades y tratar de reconducir a conceptos ya existentes las denominaciones a nuevos mecanismos productivos porque se usan aplicaciones y plataformas. Una cuestión que, a nuestro entender, implica un efecto “apagafuegos”: porque para no alejar el mundo normativo de esas mutaciones frenéticas en el campo de las formas de producir, se está realizando una constante una carga interpretativa por los tribunales, que se incorpora a posteriori a desarrollos normativos, en aras a no perder el compás evolutivo de esos cambios. Que no son iguales a nivel de cada economía o sistema nacional, pues no sólo los criterios productivos inciden en esas decisiones, si no que también lo hacen el uso y abuso de mano de obra o, y lo que es más grave,

reconocen a posteriori los Tribunales, acrecentando un problema cada vez mayor de “trabajadores pobres y falta de trabajo decente”⁹.

DE FUENTES INSPIRADORAS A INCLUSIONES NORMATIVAS

A estas alturas no creemos que nadie cuestione que cada vez hay más normas supranacionales que aparecen como garantía de derechos, y conquista de mejoras en el desempeño del trabajo y, por tanto, que su cumplimiento ha de hacerse de acuerdo a unos estándares mínimos comunes (RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. 2022)¹⁰. Y ello, tanto a nivel regional, como a nivel global.

Ya no se trata sólo de “mínimos conceptuales”, más o menos arraigados a la hora de afrontar hacia dónde deben ir las normas laborales, si no del hecho de no cuestionar que el Derecho del Trabajo, en sentido amplio, es un Derecho Humano e incluso que forma parte del reconocimiento y base de la mayoría de textos constitucionales, como garante de los principios propios de todo Estado Democrático (e incluso de algunos a los que difícilmente podemos aplicar ese calificativo). Y no basta con que sea desde un punto de vista formal, si no que está claro que lo es también una vertiente sustantiva. Esto es, hay una clara influencia entre esos textos

que en muchos casos sólo se trata sólo de reconocer derechos de manera formal o testimonial, que no real y efectiva.

⁹ Luego, hacen falta reformas estructurales y de control vinculado al de necesidad que no es homogéneo, fácil o común a la hora de resolverse. Y que, a nuestro entender, es uno de los factores determinantes del creciente desarrollo de la pobreza laboral y, en consecuencia, de más trabajadores pobres. Un proceso aún más grave cuando algunos ordenamientos hasta regulan y reconocen expresamente formas “irregulares o informales de trabajo”, cuya principal diferencia es que son personas sin garantía de derechos.

¹⁰ 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.

normativos supranacionales y su plasmación nacional que va más allá de su formulación como meras fuentes y, por tanto, que existen bases comunes efectivas (más allá de simples construcciones) teóricas para dar sentido a Derechos Humanos y Fundamentales en la materia (CRUZ VILLALÓN, J. 2016).

Dicho lo anterior, hay que ir más allá y plantear el tema en un sentido amplio. Pues esa base normativa se refiera tanto a relaciones por cuenta ajena, como por cuenta propia. Lo que, obviamente, enlaza con una primera exclusión de cualquier forma de actividad que no sea realizada por personas -al menos hasta un mayor impulso y desarrollo de la robotización y el debate en torno a su impacto en sistema económico-; o que las mismas sean realizadas sin unos mínimos de libertad de elección¹¹, sobre todo cuando sean forzosas¹² (OIT, informes situación Trabajo Forzoso en el mundo) o ilícitas.

Por supuesto, y por si cabían dudas, la sectorización y clasificación profesional del trabajo condiciona la tipología de medidas, ya sea para la Administración o para el sector privado. Pero también influye la dimensión de organización y/ o si la actividad se realiza para instituciones productivas con o sin ánimo de lucro (ya sea en una empresa multinacional, nacional o local), sin olvidar la necesidad de que determinados colectivos precisen aún de ver garantizada la igualdad efectiva entre personas, donde los criterios de transparencia y/o reconocimientos sobre “empresas amigables” están cobrando cada vez más impacto legislativo (género, diversidad, medioambientales,...étc)¹³ ¿Pero, es suficiente?.

¹¹ Donde podemos incluso plantearnos si los contratos masa no nos privan de esa libertad, o si la necesidad también lo hace.

¹² Incluso cuando la misma no sea expresamente ilegal, como ocurre con la consideración de formas de trabajo en los entornos familiares o ámbitos comunitarios

¹³ y, donde, obviamente, muchas empresas encuentran un campo abonado a la excelencia de su actividad a través de la aplicación de buen gobierno y Responsabilidad Social Corporativa, por cuanto indicadores de impacto social o de vinculación a una cada vez más creciente necesidad de poner etiquetas a cumplir más allá de lo estrictamente básico.

No creemos que haya una respuesta afirmativa y siquiera única. Pues falta bastante consenso ante la falta de acuerdos generales y globales al respecto (CASTRO. L. 2019)¹⁴, por cuanto el reconocimiento de estándares o parámetros normativos, aún de mínimos, parece más bien acrecentar los trabajos de ingeniería jurídica para huir de la aplicación del Derecho de Trabajo, así como el “dumping” normativo de determinados países y ordenamientos. Donde tan de común es que cualquier regla general ha de admitir diversas precisiones y matizaciones¹⁵, como que a veces siquiera existan o se respeten esos mínimos, con especial trascendencia en materia de salud laboral y, específicamente, de riesgos laborales, con atención concreta al incremento de afecciones vinculadas al trabajo: desde el cáncer (LÓPEZ FUENTES, R. 2019), al incremento de tasas de suicidio¹⁶. 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)¹⁷.

¹⁴ Blog RRHHDigital.

¹⁵ Lo que, a nuestro juicio, cada vez hace más necesario la efectividad de fijar estándares de derechos humanos laborales y/o sociales”, tanto en el plano individual, como colectivo de obligado cumplimiento.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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. Probelma 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

Con ese panorama, en los próximos años, si no articulamos instrumentos de coordinación y garantía de mínimos de derecho del trabajo a nivel global, puede ampliarse la brecha reguladora entre trabajadores “garantizados y con garantías”, frente a quienes aún están pendientes no sólo de reconocer derechos, si no de conquistarlos¹⁸ y, por ende, entre los mismos países en base a una mal entendido impacto tecnológico en el empleo (CORREA CARRASCO, M. 2019), e incluso de transformación de paradigmas sobre el concepto de lugar y forma de trabajar¹⁹.

Un problema acuciado por las incertidumbres económicas y demográficas, con tensiones migratorias -y las múltiples causas de ellas, incluido el cambio climático- (YANNINI, M. 2022). Luego, no podemos regular a nivel global sólo conforme sólo al pensamiento occidental y modelos productivos neoliberales, dónde prima la productividad, el crecimiento y lo individual a la hora de valorar cualquier

la necesidad de adoptar medidas preventivas, pero también de cumplir con premisas como las que establece el Convenio 190 de la OIT, cuya ratificación, en principio, tiene previsto nuestro país para después del verano. Ilustrativo a modo de evolución,.vid. “El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad.

¹⁸ Pese a esa clara preocupación por el impacto de la robotización y la digitalización en el trabajo, siguen existiendo una importante 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

¹⁹ 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.

expectativa y prioridad (GIMENEZ. I. 2018). Hay mucho de trabajo de consenso y coordinación. Por ello, nos parece que sólo a través del impulso de normas adecuadas de garantía de todas las partes de la relación de trabajo, desarrolladas en términos generales, pero de carácter inclusivo y claramente humanizadas, pueden aportar un efecto de contrapesos y garantizar el cumplimiento de compromisos como los ODSs o el Pilar Europeo de Derechos Sociales²⁰.

Daremos así el impulso necesario a un cuerpo normativo que, partiendo tanto de principios del Derecho Internacional Público, como del Privado, incorpore conceptos específicos de nuestra área, pues tienen una influencia cada vez mayor e incluso están plenamente normalizados a nivel de día²¹. Así se ve ya cuando se analiza el impacto de las cadenas transnacionales de valor, el papel de las Empresas Multinacionales y/o el contenido y efectividad de los Acuerdos Marco, por citar ejemplos para “repensar” el desarrollo de un verdadero Derecho Internacional o Transnacional del Trabajo²²(RIESGO, P. 2022), y mejor resolver situaciones como las que

²⁰ Y es aquí, precisamente, donde hay que situar el camino recorrido y que queda por recorrer a esas normas transnacionales, donde son esenciales las resoluciones de Tribunales supranacionales y la adopción de sanciones en el seno de Organismos Internacionales frente a los Estados. En este sentido 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.

²¹ 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 huir de responsabilidades propias y, por ende, de rebajar niveles de cobertura de derechos y de protección. Porque si algo caracteriza al derecho del trabajo es que el trabajo por cuenta ajena es reconocible en unos estándares similares, que no comunes, de exigir unas condiciones mínimas para cualquier ordenamiento, como son la no discriminación y exclusión de cualquier colectivo como garantía de igualdad efectiva cit. Dña. Luisa Balaguer,.

²² 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).

venimos viviendo (OIT. 2021), con un marcado protagonismo también, a la vez que se desarrollan nuevos roles, de la negociación colectiva y los interlocutores sociales. En aras a conseguir que la dimensión transnacional del concepto de Relaciones de Trabajo decentes sean punto de partida y garantía de derechos esenciales de corte laboral, más allá de cualquier otra consideración sobre segmentación, sectorización o impacto tecnológico.

Luego, y más allá de otras referencias regionales, sí tenemos un importante punto de partida en esa tarea con el objetivo 2030, como fecha de referencia.

1. A modo de ejemplo: España Año 2030: ¿meta u odisea para desarrollar objetivos normativos más comunes?

Ya hemos anticipado como la garantía de Derechos Humanos y fundamentales en el impulso de las legislaciones nacionales goza de respaldo institucional en la propia Declaración Universal de Derechos, en su art. 23, por más que su exigibilidad a nivel nacional a veces sea más que cuestionable²³ y, por tanto, su efectividad, como Derecho Humano pueda quedar en entredicho²⁴.

²³ Y, en su caso de las arts. 7 a 9 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

²⁴ Es cierto que en la mayoría de los países europeos, así como en un importante número de países americanos, no sólo se trata de una referencia incluida en los textos constitucionales, si no inspiradora de sus legislaciones laborales.

Creemos que hay que ir más allá²⁵, y en consonancia con los ODS²⁶, fruto de todo un trabajo previo importante²⁷, pensar que que haya mayores avances con la vista puesta en el año 2030. Al menos en nuestra área, pues al menos 13 de los 17 objetivos podemos vincularlos directa o indirectamente con aspectos sociolaborales. De ahí, la importancia de puntuar su evolución, y grado de cumplimiento, 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

²⁵ 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.

²⁶ <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 en la consecución de:

Lucha y erradicación de la pobreza.

Hambre cero.

Desarrollo e impulso de los sistemas de salud y bienestar.

Educación de calidad.

Igualdad de Género

Trabajo decente y crecimiento económico.

Industria, innovación e infraestructura.

Reducción -y erradicación- de las desigualdades.

Ciudades y comunidades sostenibles.

Paz, Justicia e instituciones sólidas.

Alianzas para lograr los objetivos....

²⁷ LABORIE, M.. *Desglobalización y pandemia global*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, abril de 2020, p. 14.

entornos humanos más sostenibles²⁸, 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 (LANTARÓN BARQUIN, D. 2019), con exclusión de cualquier desigualdad, ya sea por razón de género²⁹, con especial, que no única atención a Planes Iguatarios sobre otros aspectos como cuestión de sexo(VVAA. MORALES ORTEGA, J.M. LÓPEZ FUENTES, R. 2022)³⁰³¹, raza³², edad³³ o condición física o psíquica, ideológica o religiosa.....,implicando a todas las personas en cambios 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 progreso³⁴. Es necesario, que existan mecanismos de control y seguimiento en su desarrollo y, sobre todo, de

²⁸ Plan Director Nacional 2018 -2020 sobre el trabajo Decente, que básicamente se asiente sobre 4 premisas: Creación de empleo; Derechos en el trabajo; Protección Social y Diálogo social.

²⁹ Sentencia 67/2022, de 2 de junio de 2022. Recurso de amparo 6375-2019, BOE de 4 de Julio de 2022.

³⁰ 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,

³¹ STC 153/2021.

³² STJUE 16/7/2015 Asunto 83/14.

³³ STJUE 19/4/2016 Asunto 441/14 o STC 119/2022.

³⁴ Por tanto, si queremos una sociedad que avance en esas líneas, 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 de otros foros internacionales, aunque con delimitaciones geográficas concretas, como ocurre con la CEPAL la UA.....

diligencia debida³⁵, para limitar las situaciones de explotación³⁶, si quiera sea de forma indirecta (DURÁN LIMA, J. 2018)³⁷.

En esa línea de integración de principios básicos internacionales específicos hay que encuadrar algunas de las últimas actuaciones de nuestro legislador. Y que podemos sintetizar en cuatro líneas. Unas Precovid, como es la aprobación de la Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos³⁸, que en nuestro caso supone 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.

En segundo término, y ya en fase COVID la integración de los ODSs de manera transversal en las políticas y avances normativos

³⁵ 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.

³⁶ 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).

³⁷Sobre 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#>

³⁸ 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 propio texto de la Resolución alude a un amplio elenco de compromisos normativos para nuestro país en la materia³⁸; sino 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.

de nuestro gobierno, impulsado desde el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

Ya en el 2021, nos encontramos con otros dos referentes. El denominado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo punto 23 enlaza directamente con el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que marca como objetivo, casualmente, el año 2030, para el impulso de las Políticas Económicas y Laborales de la UE, que a través de sus tres capítulos 20 principios marca la Agenda Europea en estos años³⁹, sobre todo por la importancia que en su desarrollo tendrán los Planes de Reformas y la necesidad de mayores cuotas de coordinación, siquiera sea sobre sistemas de coordinación abierta en aras a un mayor impulso a todo el marco normativo derivada de la UE.

Pero, y por ir cerrándola materia, al menos por ahora, y en espera de ver posibles avances durante el semestre de la presidencia Europea por España, dónde hay importantes expectativas sobre un futuro impulso de colaboración con MERCOSUR, la ratificación de nuestro país en 2021, de la Carta Social Europea, en su versión revisada de 1996, y la aplicación, por tanto de los diferentes protocolos y exigencias de acción al respecto. Por cuanto supone un avance de exigibilidad directa de actuación, más allá de meros pronunciamientos formales, y del impulso de la legislación del Consejo de Europa.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

CALDERÓN, O. "La educación para el trabajo en un mundo cambiante". Scrpita Nova. Número especial 6/2002.

³⁹https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjo8DXnaP7AhXBTkEAHYhHCKYQFnoECBA-QAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Finfo%2Fstrategy%2Fpriorities-2019-2024%2Feconomy-works-people%2Fjobs-growth-and-investment%2Feuropean-pillarsocialrights%2Feuropeanpillarsocialrights2Oprinciples_es&usg=AOvVawOlz9sFMwVywJ4hgoMomrnB

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.

DURÁN LIMA, J, Cadenas de valor e integración regional: el aporte de las MIP. México: Naciones Unidad, 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. Laborun .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.

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

Web Comparably.

Web. Sodexo.

Algunas 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).

NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL

Rodrigo Coimbra¹

INTRODUÇÃO

Ao estimado maestro Prof. Dr. Juan Raso, catedrático de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

O presente artigo trata dos limites da prevalência do negociado coletivamente sobre a lei. Contextualizando a pesquisa observa-se que as normas coletivas mais favoráveis ao trabalhador, em comparação com as estatuídas em lei, sempre foram aceitas e incentivadas pelo Direito do Trabalho, visando a fomentar o contínuo progresso social.

Não obstante, a legislação infraconstitucional brasileira realizou mudança histórica no Direito do Trabalho ao autorizar que normas coletivas menos favoráveis ao trabalhador do que as previstas em lei terão prevalência sobre a lei (art. 611-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/17). Os requisitos de validade e os limites merecem ser analisados.

¹ *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, Brasil, no qual desenvolve pesquisa, ministra disciplinas e orienta na linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica - ênfase V (Direito do Trabalho). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS. Coordenador da especialização de Direito do Trabalho da UFRGS. Na graduação leciona disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, integrando o Departamento de Direito do Trabalho e Econômico (DIR4) da Faculdade de Direito. Doutor em Direito pela PUCRS e Mestre em Direito pela UFRGS. Titular da Cadeira n. 20 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Advogado. E-mail: rodrigo.coimbra@ufrgs.br*

A pesquisa se justifica em razão da dinâmica, da complexidade, e, dos reflexos sociais e econômicos que o tema delimitado possui.

O problema de pesquisa do presente artigo é verificar os limites da permissão infraconstitucional de prevalência de normas coletivas menos favoráveis aos trabalhadores em relação a lei?

Como hipóteses (possíveis respostas) aponta-se: a) os limites são apenas os dispostos nos arts. 611-A e 611-B da CLT; b) os limites não são apenas os dispostos nos arts. 611-A e 611-B da CLT.

Dentre os objetivos do trabalho estão analisar o princípio da autonomia coletiva e refletir sobre os requisitos de validade e os limites da prevalência do negociado sobre o legislado.

Para tanto, o estudo está dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo aborda-se o princípio da autonomia coletiva, apresentando que na formação da clássica teoria geral do Direito do Trabalho falava-se em autonomia privada limitada ou restrita, limitada pelo mínimo legal, e, que no plano coletivo existem insuficiências teóricas e práticas importantes, dentre as quais destaca-se a premissa de equilíbrio negocial entre os atores sociais - sindicato(s) de empregados, sindicato(s) de empregadores ou empregador(e)s diretamente.

No segundo capítulo trata-se de alguns dos requisitos de validade e dos limites da prevalência do negociado sobre o legislado, analisando algumas insuficiências teóricas e práticas dos arts. 611-A e 611-B da CLT, e, que possibilidade de análise da Justiça do Trabalho sobre de acordos coletivos de trabalho e convenções coletiva de trabalho não é tão mínima como possa parecer num primeiro momento.

No que tange a metodologia utiliza-se no presente trabalho do método de abordagem dedutivo. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento

do fenômeno em seu próprio conceito. A técnica de pesquisa é bibliográfica, consubstanciada na revisão de livros, artigos e legislação.

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA COLETIVA E A TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

O princípio da autonomia coletiva privilegia a autonomia negocial dos entes coletivos (sindicato dos empregados, sindicato dos empregadores ou uma ou mais empresas), sendo um dos diferenciais desse ramo da ciência jurídica², visando a melhoria das condições de trabalho de forma mais dinâmica e eficaz, por meio dos mecanismos de solução de conflitos coletivos negociados (acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho).

Ramalho³, dentro de sua sistematização que visa a comprovar a autonomia dogmática do Direito do Trabalho, considera o princípio da autonomia coletiva um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, como projeção do “princípio do coletivo” o qual permite reconduzir o Direito do Trabalho a um direito de grupos e “a reconhecer a dimensão coletiva como o traço mais original desta área jurídica”. De acordo com a autora⁴ a especificidade do princípio da autonomia coletiva em relação ao princípio da autonomia

² O Direito Coletivo do Trabalho “formula princípios e normas que mantêm o sistema sindical de cada país e coordena todos os processos de sua atuação, dirigida no sentido do equilíbrio e da tutela dos direitos do trabalhador. Enquanto o Direito Individual do Trabalho regulamenta o trabalho e disciplina o exercício dos direitos dos empregados e dos empregadores, o Direito Coletivo protege esses direitos, procurando ampliá-los participando das lutas e dos conflitos dos trabalhadores modernos”, conforme por todos RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47.

³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de direito do trabalho probo*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 531-533.

⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 533.

privada “decorre dos múltiplos aspectos do regime jurídico das convenções colectivas”.

Supiot⁵ relacionando o direito coletivo com a subordinação (direito individual) esclarece que “foi a invenção do coletivo, e dos seus correlatos – os direitos colectivos, as liberdades colectivas, a negociação e as convenções colectivas – que permitiu sair dos impasses da submissão voluntária, e definir um direito em que a subordinação e a liberdade pudessem coabitar”.

Historicamente, a coletividade organizada se revelou apta para contrabalançar o poder negocial do empregador e possui papel de destaque na formação do Direito do Trabalho⁶. autonomia coletiva⁷ foi a base do movimento sindical e muito importante no processo de formação das normas trabalhistas⁸.

⁵ SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 164-165.

⁶ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O direito das relações coletivas de trabalho e seus fundamentos principais: a liberdade associativa laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 76, n. 2, p. 84-108, em especial p. 90, abr.jun. 2010.

⁷ Como é comum acerca das terminologias, os autores divergem acerca da terminologia do princípio da autonomia coletiva. Utilizam a expressão “autonomia privada coletiva”: MARTINS, Sérgio Pinto. *O pluralismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 116) e SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 130; Maurício Godinho Delgado usa a terminologia “princípio da autonomia sindical” (DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito individual e coletivo do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 126); Dorneles prefere o termo “princípio da autodeterminação das vontades coletivas” (DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. de. O direito das relações coletivas de trabalho e seus fundamentos principais: a liberdade associativa laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 76, n. 2, p. 84-108, em especial p. 91-96, abr.jun. 2010).

⁸ COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, ano 73, t. II, n. 08, p. 953-62, em especial p. 955, ago. 2009; HEPLÉ, Bob. *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994, em especial sobre a matéria p. 337.

Na formação da clássica teoria geral do Direito do Trabalho a proteção do empregado foi pensada em oposição a autonomia privada dos sujeitos, com atenção maior para o plano individual em termos de regulamentação. Falava-se em autonomia privada limitada ou restrita, limitada pelo mínimo legal (direitos trabalhistas mínimos, patamar jurídico básico, contrato mínimo legal, núcleo duro irreduzível). Nesta época de formação o Direito do Trabalho se afastou da autonomia privada e do Direito Civil. O Direito do Trabalho, no plano individual, foi se fechando, em alguns institutos como o da subordinação, colocando-se numa crise decorrente de algumas insuficiências teóricas em termos estruturais (sem desmerecer as demais dimensões das dificuldades do Direito do Trabalho, tais como conjuntural, cultural, etc).

Nesta linha, Leandro Dorneles⁹ esclarece que:

O direito do trabalho foi arquitetado para responder a determinadas demandas que eram legítimas, correntes, expressivas no início do século passado. E o fez em linhas gerais satisfatoriamente, embora, com algumas insuficiências; mas, na medida em que o mundo do trabalho foi se transformando, novas demandas foram formando-se e se legitimando, e grande parte delas vai se ressentindo de uma resposta adequada por parte do direito laboral. Esse déficit entre demanda/resposta é a razão da crise.

A crise estrutural do Direito do Trabalho tem críticas mais direcionadas ao plano individual, não obstante, no plano coletivo também existam insuficiências teóricas e práticas importantes, dentre as quais destaca-se a premissa de equilíbrio negocial entre os atores sociais - sindicato(s) de empregados, sindicato(s) de empregadores ou empregador(es) diretamente -, que sustenta a autonomia

⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas de superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III. 1. Ed. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 99-117.

coletiva e que por sua vez sustenta a prevalência do negociado sobre o legislado insculpida pelo art. 611-A inserido na CLT em 2017.

Idealmente falando o plano do Direito Coletivo do Trabalho é construído a partir de uma relação de seres “teoricamente equivalentes”¹⁰, e, diante da atuação intermediária obrigatória das entidades sindicais operárias e de que os atores “são dotados dos mesmos instrumentos de ação e resistência”¹¹ não se poderia falar em vulnerabilidade da representação dos trabalhadores.

O Direito Trabalho, no plano coletivo, foi estruturado em torno da premissa de suposta autossuficiência das partes, de suposta ausência desigualdade das partes, de suposta equivalência entre as partes, de suposto equilíbrio negocial, com a mesma tutela de direito para empregadores grandes e pequenos, sindicatos grandes e pequenos, com fontes de recursos distintas. Assim como se fala de níveis de subordinação no plano individual, há níveis diferentes da pretendida equivalência dos atores sociais coletivos. Parte destas questões já existia antes, mas foi agravada pela reforma trabalhista de 2017, que não se ocupou deste aspecto fundamental.

Não se desconsidera que as relações econômicas, sociais e políticas são dinâmicas e influenciam a regulação das relações trabalhistas, em algumas épocas de maneira mais lenta e em outras de maneira mais rápida, em alguns momentos de modo mais tênue em outros de forma mais profunda. Deveali¹², na década de 1950, tratando dos princípios da ciência da legislação laboral (ao lado do Direito do Trabalho), já chamava atenção para a importância de as mudanças na legislação trabalhista não serem bruscas, o que o autor chama de gradualismo nas atuações estatais (bem como outros

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 67, n. 2, p. 79-98, especialmente p. 80, abr./jun. 2001.

¹¹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 918.

¹² DEVEALI, Mario L. *Lineamentos de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 131-138.

princípios que deve o legislador laboral observar), sob pena de comprometerem a eficácia da normal social.

A Lei 13.467/17 não observou o princípio do gradualismo lecionado por Deveali, sendo que de maneira brusca alterou fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho como a retirada da necessidade de comutatividade, dentre outros aspectos que enfraqueceram o poder de negociação de uma das partes obrigatórias da negociação coletiva: o sindicato dos empregados.

Não se está a defender que o Direito coletivo do trabalho brasileiro não precisa de reformas, pelo contrário necessita de reforma estrutural, lembrando que, dentre outros aspectos, no Brasil desde a Constituição Federal de 1937 adota-se a unicidade sindical (presente no art. 8º, II, CF de 1988), na contramão da liberdade sindical¹³ indicada pela Convenção 87 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que é de 1948.

Até 2017 as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos no Brasil deviam ser norteados pelo princípio da comutatividade, segundo o qual eventual direito transacionado numa cláusula contou com a correspondente compensação em outra, por isso precisam ser consideradas em seu todo¹⁴. Sobretudo em razão da

¹³ Na prática a liberdade sindical não existe efetivamente no Brasil. “Aspectos constitucionais e legais como unicidade sindical, a contribuição sindical compulsória, a inexistência de representatividade de trabalhadores nas empresas, o poder normativo da justiça do trabalho, o enquadramento sindical por categoria e as restrições ao direito de greve, deixam clara esta realidade”, conforme STURMER, Gilberto. e OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *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.

¹⁴ É a chamada teoria do conglobamento, segundo a qual não se deve fracionar preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreciado globalmente, considerado o mesmo universo temático; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável. Essa é a teoria mais adequada, conforme DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1394-1395.

aplicação do princípio da comutatividade não se falava em renúncia de direitos, mas em transação, tendo em vista que a renúncia é um ato unilateral, ao contrário da transação, que é um ato bilateral, e pressupõe concessões recíprocas de direito¹⁵.

Entretanto, a Lei 13.467/17 inseriu no § 2º do art. 611-A da CLT dispositivo em sentido oposto ao prever que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”. Não obstante, o legislador reformista na negociação coletiva redutora de salários ou de jornada de trabalho exigiu a contrapartida da garantia de emprego durante o período de redução (CLT §3º do art. 611-A), utilizando-se neste ponto do princípio da comutatividade

Até 2017 as cláusulas de acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho, salvo as poucas exceções legais, poderiam apenas melhorar, ampliar, complementar, robustecer as condições de trabalho e direitos dos trabalhadores previstos em lei. O espaço para negociação coletiva reduzir direitos trabalhistas exigia contrapartida pela redução (princípio da comutatividade) e era restrito. Neste sentido, Russomano¹⁶ tratando da relação entre o plano coletivo e o plano individual do Direito do Trabalho esclarecia:

O Direito Coletivo do Trabalho formula princípios e normas que mantêm o sistema sindical de cada país e coordena todos os processos de sua atuação, dirigida no sentido do equilíbrio e da tutela dos direitos do trabalhador. Enquanto o Direito Individual do Trabalho regulamenta o trabalho e disciplina o exercício dos direitos dos empregados e dos empregadores, o Direito Coletivo protege esses direitos, procurando ampliá-los e participando das lutas e

¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20.ed. São Paulo : LTr, 2002, p. 207-208.

¹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47.

dos conflitos dos trabalhadores modernos. Isso significa dizer que, em última análise, o Direito Coletivo, robustece, completa e revitaliza o Direito Individual.

A situação mais clara era a possibilidade de redução salarial, mediante estipulação em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI, da CF). Em relação a jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV, da CF) a possibilidade era apenas de redução da jornada e de compensação de jornada, compensação que com o tempo foi sendo ampliada pela lei infraconstitucional (como, por exemplo, o chamado “banco de horas” inserido no § 2º do art. 59 da CLT em 2001) e pela jurisprudência do TST. No inciso XIV do art. 7º o legislador constituinte estipulou jornada de trabalho especial de no máximo seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento e que somente mediante negociação coletiva poderia ser aumentada. A CLT também previa algumas situações excepcionais¹⁷, como a prevista no art. 462 da CLT que flexibilizava a regra geral de intangibilidade salarial considerando válidos descontos salariais estipulados em convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, mas dentro dos limites legais.

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. REQUISITOS DE VALIDADE. LIMITES

A Lei 13.467/17 permitiu que, nos amplos espaços concedidos pelo art. 611-A da CLT, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho (plano coletivo) terão prevalência sobre a lei. Trata-se da chamada prevalência do negociado (coletivamente) sobre o legislado, permitindo-se com isso que previsões feitas em acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho nestas matérias possam reduzir direitos trabalhistas previstos em lei. Em outras

¹⁷ CLT, arts 58, § 3º; 59 *caput* e § 2º; 143, § 2º; 413, I; 476-A; 227, § 2º; 235; 462 *caput* e § 1º.

palavras, o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho poderão conter estipulações piores do que a lei nas hipóteses do art. 611-A da CLT e prevalecerão sobre a lei nestes casos e incidem sobre os contratos individuais de trabalho (plano individual). Além disso, os acordos coletivos de trabalho poderão conter estipulações piores que as convenções coletivas de trabalho (que também já poderão reduzir direitos trabalhistas nas hipóteses do art. 611-A da CLT) e tais estipulações sempre prevalecerão sobre as estipulações das convenções coletivas (art. 620 da CLT).

O art. 611-A, inserido na CLT pela Lei 13.467/17, está na trilha de conciliação entre capital (econômico) e trabalho (social), cuja necessidade já advertia a encíclica papal *Rerum Novarum*¹⁸, em 1891 (mas rogando pela intervenção do Estado nas relações laborais)?

De uma parte, há na doutrina¹⁹ quem sustente que o art. 611-A CLT viola o princípio da proibição do retrocesso social, pois o art. 7º, caput, da CF, ao dispor sobre os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores (elencados nos seus incisos) usa a expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. De outra parte, há na doutrina²⁰ quem sustente que o art. 611-A da CLT gera a modernização da legislação trabalhista brasileira, incentivando a redução da intervenção do Estado nas relações de trabalho e o aumento de espaço de poder para à flexibilização da legislação

¹⁸ LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum*: Sobre a condição dos operários. Roma, 15 mai.1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>.

¹⁹ Por exemplo: LEITE, Mônica Hélia Lira Andrade. A prevalência do negociado sobre o legislado: os limites da flexibilização da jornada de trabalho no direito do trabalho e a incidência do princípio do não retrocesso social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 211-230, especialmente p. 226-228, jan./mar. 2018; SILVA, Gabriela Costa e. Reformas trabalhistas e o direito fundamental ao trabalho: entre o progresso e o retrocesso social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 164-179, especialmente p. 173, jan./mar. 2021.

²⁰ Por exemplo: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, v. 47, n. 217, p. 319-176, maio/jun. 2021.

trabalhista por negociação coletiva. Também há controvérsia na doutrina sobre a amplitude do art. 611-A da CLT, se ele traz hipóteses restritivas²¹ ou exemplificativas²².

Não obstante a previsão inovadora do art. 611-A da CLT tenha previsão na legislação infraconstitucional e utilize a expressão “entre outros”, entende-se que não é razoável que esta expressão transforme as exceções em norma geral, permanecendo válido o princípio de que no Direito do Trabalho as normas coletivas negociadas visam precipuamente melhorar, ampliar, complementar, robustecer as condições de trabalho e direitos dos trabalhadores previstos em lei, no caminho do progresso social²³. Neste sentido, apenas excepcionalmente, as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho poderão condições de trabalho/direitos piores do que os patamares mínimos previstos na lei, com prevalência sobre a lei, prever nas hipóteses do art. 611-A da CLT, devendo ser os instrumentos coletivos negociados ser formalmente e materialmente válidos. Os limites da prevalência do negociado coletivamente sobre a lei, nas hipóteses do art. 611-A da CLT estão sendo desenvolvidos com o sedimentar da reforma trabalhista pela doutrina.

Luciano Martínez²⁴, por exemplo, traça cinco “fronteiras” da negociação coletiva à luz dos arts. 611-A e 611-B da CLT: a) somente pode abranger matérias trabalhistas (não pode cuidar de assuntos atinentes a partidos políticos, entidades religiosas ou da família, por exemplo); b) somente pode dizer respeito a direitos transindividuais (não podendo prever a diminuição do salário-base de um

²¹ Por exemplo: DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017. p.255.

²² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A reforma trabalhista no Brasil. Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, v. 43, n. 181, p. 19-29, set. 2017.

²³ DEVEALI, Mario L. *Lineamentos de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 131-138.

²⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1010-1013.

determinado empregado da empresa, por exemplo); c) não pode infringir os direitos fundamentais assegurados ao trabalhador na qualidade de cidadão (como restringir acesso ao judiciário, violar o direito de igualdade de tratamento, prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do trabalhador); d) não pode violar os direitos mínimos protegidos em lei (não podendo ter prevalência sobre a lei se, por exemplo, eliminar o 13º salário); e) não pode macular os direitos alheios, inclusive os direitos tributários do Estado (art. 623 da CLT), por exemplo, afirmando ser de natureza não remuneratória uma verba que a própria lei considera como remuneratória ou vice-versa.

Vólia Cassar²⁵, por exemplo, diz que também integram os limites do art. 611-A da CLT (além dos previstos no art. 611-B) o impedimento da norma coletiva violar os direitos de personalidade e liberdades garantidas na Constituição, além de princípios e valores constitucionais. Segundo a autora não poderá a norma coletiva ter prevalência sobre a lei se, por exemplo, determinar a utilização de uniforme indecente, que exponha as partes íntimas, ou autorizando o monitoramento nos banheiros, restringir a liberdade do trabalhador se afastar do local de trabalho durante os intervalos. Acrescenta que para a validade da negociação coletiva é necessário observar os requisitos formais do art. 612 da CLT (quórum da assembleia ou do estatuto), com ampla divulgação da convocação para a assembleia, registro de ata, bem como os requisitos dos arts. 613, 614 e 616 da CLT.

Outro limite do art. 611-A da CLT é a impossibilidade de suprimir por convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho os direitos elencados neste dispositivo legal. Há na doutrina quem admita a possibilidade de supressão²⁶. Entende-se que os

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*: de acordo com a reforma trabalhista. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1252-53.

²⁶ Por exemplo: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*: de acordo com a reforma trabalhista. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1244.

instrumentos coletivos negociados poderão excepcionalmente dispor de modo menos favorável que a lei nas hipóteses do art. 611-A da CLT, mas não podem suprimir tais direitos. O *caput* do art. 611-A foi omissivo sobre isso. Trata-se de norma restritiva de direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e com isso deve ser interpretada restritivamente.

Neste sentido, tratando de interpretação restritiva, Ferraz Júnior²⁷ leciona:

recomenda-se que toda norma que restrinja direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva.

Outro limite do art. 611-A da CLT é o princípio da reserva legal, o qual consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei²⁸. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, reservou conteúdos específicos para serem regulamentados por lei quando usou expressões tais como “nos termos da lei”, ou “conforme definido em lei”, ou “conforme a lei (incisos I, IV, X, XI, XIX, XX, XXI, XXIII, XXVII). Entende-se que para tais direitos não se aplica o art. 611-A da CLT.

Para os julgadores a lei também previu limites quanto ao exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho questionadas judicialmente. De acordo com os arts. 8º, § 3º, e 611-A, § 1º, da CLT, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho balizará a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Dentro da

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 291.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 421.

intervenção mínima que cabe a Justiça do Trabalho está o dever de analisar (analisará) a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil (arts. 8º, § 3º da CLT).

O art. 104 do Código Civil está dentro dos fatos jurídicos (Livro III), do negócio jurídico (título I), disposições gerais (capítulo I) e dispõe sobre os requisitos ou elementos essenciais para a validade do negócio jurídico: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa lei. O descumprimento de qualquer destes requisitos pode levar a declaração de invalidade de cláusula ou da totalidade de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho em caso de provocação da Justiça do Trabalho, remetendo a matéria aos arts. 166 e seguintes do Código Civil, que tratam da invalidade do negócio jurídico (capítulo V). Tais requisitos de validade são amplos. A capacidade dos agentes é um trabalho de conferência formal por vezes extenso, considerando que por vezes há diversos sindicatos de empregados e principalmente de sindicatos patronais nas convenções coletivas de trabalho e capacidade precisa ser comprovada por estatutos sociais dos sindicatos, atas de constituição dos diretores, etc.

O requisito de licitude do objeto das cláusulas e deveres acessórios (estipulação com objeto possível, determinado ou determinável) remete ao conceito de licitude. Na Teoria Geral do Direito o conceito de ato lícito e de ato ilícito possui algumas controvérsias que ultrapassam os limites do presente artigo. Em apertada síntese, considera-se como lícitos os atos que estão em conformidade ao Direito e ilícitos os atos praticados em desconformidade (contrariedade) ao Direito²⁹. Frise-se que o conceito de contrariedade ao Direito é mais amplo que o de ilegalidade, uma vez não se restringe àquilo que é contrário lei, abrangendo tudo que é contrário

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 4, p. 131.

às normas³⁰ em geral, compreendidas as regras e os princípios, e, no Direito do Trabalho as normas coletivas. O Código Civil Brasileiro de 2002 utiliza dessa concepção mais ampla de ato ilícito.

O legislador da Lei 13.467/17, na redação do art. 611-B da CLT, procurou restringir as hipóteses de matérias consideradas com objeto ilícito nas convenções coletivas de trabalho e nos acordos coletivos de trabalho, dispondo que teriam objeto ilícito “exclusivamente” a supressão ou redução dos direitos elencados neste dispositivo legal, o qual protege da prevalência do negociado de parte dos incisos do art. 7º, alguns incisos do art. 8º e o art. 9º da Constituição Federal (direitos sociais fundamentais). Tendo em vista a amplitude do conceito de ilicitude no âmbito da Teoria Geral do Direito, somado a lógica da proteção dos direitos fundamentais ligadas a progressividade social e não o contrário, e, alicerçado pela interpretação sistemática do Direito³¹, a licitude/ilicitude do objeto de cláusulas de acordo coletivo de trabalho e de convenção coletiva de trabalho deverá ser examinada no caso concreto para além das hipóteses do art.611-B da CLT, como em caso de violação dos princípios gerais do Direito e dos princípios do Direito do Trabalho, conforme determina o art. 8º, *caput*, da CLT³² (contido na “introdução” da CLT), utilizando a expressão “decidirão” (no imperativo).

O outro requisito de validade dos acordos coletivos de trabalho e das convenções coletivas de trabalho que cabe a Justiça do Trabalho apreciar é o da forma prescrita ou não defesa por lei, ou seja,

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6.tir. London: Duckworth, 1991, p. 26; ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*. n° 5, Barcelona, 1988, p.143-144.

³¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.36.

³² CLT, Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

verificar se os instrumentos coletivos negociados observam todas formalidades previstas em lei e/ou não utilizam formas proibidas pela lei. Note-se que o artigo 104 do Código Civil possui requisitos amplos, que dão ensejo a muitas análises pelas partes interessadas, pelo Ministério Público do Trabalho e pela Justiça do Trabalho.

A título de exemplo veja-se a ementa do julgado abaixo, preferido em 2021, pela Seção de Dissídios Coletivos do TRT da 4ª Região sobre ação anulatória promovida pelo Ministério Público do Trabalho sobre cláusula de convenção coletiva de trabalho da categoria do Comércio de Porto Alegre e Alvorada, no período 2019/2020, que flexibilizava as regras legais atinentes ao repouso semanal remunerado de modo que o empregado preste serviços por sete dias consecutivos ou mais, dentre outros aspectos analisados, decidindo a SDC do TRT 4 pela nulidade da cláusula do CCT por entender que houve violação das normas sobre repouso semanal remunerado previstas na Constituição Federal e na CLT:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E DAS REGRAS DE CONTRAPARTIDA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO . É nula a cláusula contida em convenção coletiva de trabalho que flexibiliza as regras legais atinentes ao repouso semanal remunerado de modo que o empregado preste serviços por sete dias consecutivos ou mais, pois viola as normas do artigo 7º, XV, da Constituição Federal, e 307 da CLT. Também há nulidade na cláusula trigésima da convenção coletiva de trabalho 2019/2020 celebrada entre os sindicatos demandados em razão da inexistência de efetiva contrapartida aos trabalhadores integrantes da categoria profissional pela exclusão do direito à indenização adicional prevista no art. 9º da Lei nº 7.238/84. É julgada procedente a ação anulatória proposta pelo Ministério Público do Trabalho.

(TRT da 4ª Região, Seção de Dissídios Coletivos, 0021222-

90.2020.5.04.0000 AACC, em 13/08/2021, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse)

Em sendo válidas as normas coletivas passam a integrar os contratos individuais de trabalho e prevalecem sobre as disposições do contrato individuais de trabalho, caso haja conflito ente elas, de acordo com o art. 619 da CLT³³. Nesta intersecção entre o plano coletivo e o plano individual do Direito do Trabalho³⁴ revela-se que as disposições do art. 611-A da CLT, em última análise, poderão introduzir no contrato individual de trabalho condições de trabalho/piores menos benéficas para o trabalhador do que as previstas em lei. Este ponto passa muitas vezes despercebido ou sem o devido valor dos impactos da prevalência do negociado sobre o legislado no plano individual, no dia a dia do empregador e do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites da permissão infraconstitucional de prevalência de normas coletivas menos favoráveis aos trabalhadores em relação a lei não são apenas os dispostos nos arts. 611-A e 611-B da CLT. Apon- tou-se na fundamentação do texto diversos limites a mais que os previstos nos arts. 611-A e 611-B da CLT, bem como analisou-se

³³ CLT, art. 619: “Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acôrdio Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

³⁴ Delgado denomina de “princípio da adequação setorial negociada”, segundo o qual “as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)”, conforme DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 67, n. 2, p. 79-98, especialmente p. 96, abr./jun. 2001.

alguns aspectos destes dispositivos legais. Dentre outros limites destaca-se: a) a impossibilidade de suprimir por convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho os direitos elencados no art. 611-A da CLT; b) trata-se de norma restritiva de direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e com isso deve ser interpretada restritivamente; c) o princípio da reserva, de modo que não cabe falar-se em prevalência do negociado sobre o legislado nas hipóteses em que a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, reservou conteúdos específicos para serem regulamentados por lei.

Não obstante, os arts. 8º, § 3º, e 611-A, § 1º, da CLT, prevejam que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho a Justiça do Trabalho balizará a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, dentro da intervenção mínima que cabe a Justiça do Trabalho está o dever de analisar (analisará) a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, o qual permite ao julgador uma análise não tão mínima, pelo contrário ampla.

Além disso, todo o caminho da negociação coletiva e da instrumentalização do acordo coletivo de trabalho e da convenção coletiva de trabalho deve ser iluminado pela premissa da existência de real equilíbrio negocial entre os atores sociais contratantes, que sustenta o princípio da autonomia coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, ano 73, t. II, n. 08, p. 953-62, ago. 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 67, n. 2, p. 79-98, abr./jun. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito individual e coletivo do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEVEALI, Mario L. *Lineamentos de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O direito das relações coletivas de trabalho e seus fundamentos principais: a liberdade associativa laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 76, n. 2, p. 84-108, abr.jun. 2010.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas de superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETI, Leiliane Piovesani (org.). *Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III*. 1. Ed. Porto Alegre: Magister, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6.tir. London: Duckworth, 1991.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*. nº 5. Barcelona, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HEPLE, Bob. *La formación del Derecho del Trabajo em Europa*. Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum: Sobre a condição dos operários*. Roma, 15 mai.1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>.

LEITE, Mônica Hélia Lira Andrade. A prevalência do negociado sobre o legislado: os limites da flexibilização da jornada de trabalho no direito do trabalho e a incidência do princípio do não retrocesso social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 211-230, jan./mar. 2018.

- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A reforma trabalhista no Brasil. *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, v. 43, n. 181, p. 19-29, set. 2017.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, v. 47, n. 217, p. 319-176, maio/jun. 2021.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *O pluralismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 4.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, Gabriela Costa e. Reformas trabalhistas e o direito fundamental ao trabalho: entre o progresso e o retrocesso social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 164-179, jan./mar. 2021.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STURMER, Gilberto. e OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *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.
- SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.
- SUSSEKIND, Arnaldo... [et al.]. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20.ed. São Paulo : LTr, 2002.

LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN BRASIL

Temis Limberger.

INTRODUCCIÓN

La información es poder¹. Internet potenció la transmisión de la información, que pasó a expresarse en tiempo real. La apropiación de los datos para la formación de un perfil del usuario es una práctica muy conocida en la sociedad de consumo, a fin de promocionar la oferta de bienes y servicios dirigidos al ciudadano, a partir de las direcciones electrónicas a que accede en Internet. Además, en escándalos conocidos se supo el uso político de los datos personales, que ya se sospechaba, pero era difícil de comprobar. De este modo, se reveló el uso de datos para fines de campaña electoral, el control de las declaraciones de los candidatos y su impacto sobre el electorado, haciendo que el discurso se altere o refuerce, con relación al impacto causado. Como revelaron los medios de comunicación, se utilizaron robots que confieren innumerables seguidores a determinados perfiles con el objetivo de impactar, aunque de manera falsa, en la formulación del posicionamiento político de los usuarios.

En este aspecto, la figura o expresión del "hombre de cristal"², significa una amplia visibilidad. Dicha figura surge de la obtención de

¹ S. NORA *et al*, *Informe Nora Minc: la informatización en la sociedad*, 1ª reimp. de la 1ª ed., Madrid, 1982.

² A.E. PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1996, p.85. La expresión fue utilizada en sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, el 15/12/1983, en la recurso Constitucional, referente al acto normativo de la Ley del Censo. La referencia es a una figura humana creada en vidrio, que fue el centro de las atracciones en la Exposición Internacional de Higiene, en Dresde, en 1930. P. RITTER-HELLBUSCH; J. NAUMANN, C. HOLTORF, "Der Gläserne

datos e informaciones que la persona ofrece, de los intereses que posee, de la consulta a direcciones electrónicas, así como de los contenidos producidos y lanzados en las redes sociales. Así, ese conjunto de datos e informaciones se almacenan y contribuyen a la formación de un perfil, que muchas veces se cede a otras empresas, sin el consentimiento del usuario.

Frente a estos nuevos contornos de la sociedad contemporánea, el objeto principal de este artículo es estudiar cuál es la protección jurídica que puede ser ofrecida al usuario, en el ordenamiento jurídico europeo y brasileño, ante la entrada en vigor (25 de mayo de 2018) del nuevo Reglamento General de Protección de Datos Europeo (RGPD - UE 2016/679), así como de la promulgación de la Ley Brasileña de Protección de Datos (LBPD - Ley nº 13.709 de 14/08/2018 y alteraciones posteriores) y el derecho fundamental a la protección de datos personales, artículo 5º, XII, “A” de la Constitución Federal (CF).

Para la construcción de la respuesta, el artículo examinará los principales aspectos del RGPD y de la LBPD, y el tratamiento doctrinal conferido a la privacidad, a partir de cuatro referencias teóricas: Manuel Castells, Antonio Enrique Pérez Luño, Stefano Rodotà y Helen Nissenbaum. La elección de los autores pretende contemplar enfoques que se han destacado en Europa y Estados Unidos, por su carácter innovador.

Mensch – das Deutsche Hygiene-Museum als Ort des Wissensdialogs”, en S. SCHICKTANZ, J. NAUMANN (eds), *Bürgerkonferenz: Streitfall Gendiagnostik*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2003, pp.51-55. [consultado 10 abr. 2019]. Disponible: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2_3#citeas>.

LAS MUTACIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

No es una novedad la exposición constante y exagerada de las personas en las redes sociales. Es posible afirmar que la sociedad del espectáculo³ implicó la mutación del derecho a la intimidad⁴. Las innumerables informaciones y los hechos de la vida se presentan de tal manera que posibilitan la parodia del viejo aforismo latino: "Quien no está en Facebook, no está en el mundo"⁵. En este contexto, el riesgo de fuga de información e imágenes se potencia, debido a la enorme capacidad de almacenamiento de información y de circulación de datos, ahora, sin límites territoriales.

Manuel Castells⁶ advierte sobre el peligro de la exposición desmedida de las personas en las redes sociales y alerta acerca de los programas de vigilancia del gobierno. Es categórico al sostener que la privacidad en el mundo virtual ha terminado y que sólo subsiste en la esfera privada del ciudadano. Además, apunta a la fragilidad de la seguridad en la red. A pesar del desembolso de miles de millones de dólares en seguridad electrónica, se hizo perceptible que en una red la seguridad sólo es razonable cuando el eslabón más débil está protegido. Al entrar en la red, en cualquier punto, se puede recorrer sus nudos con relativa facilidad.

El fenómeno informático revela la debilidad del Estado en actuar y evidencia la superación de la territorialidad que marcó la

³ G. DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997.

⁴ T. LIMBERGER, *Cibertransparência: informação pública em rede - a virtualidade e suas repercussões na realidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 58.

⁵ E. PARISER, *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*, Zahar, Rio de Janeiro, 2012.

⁶ M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003, p. 145 e 152.

estructuración del Estado-Nación⁷. Castells hace una analogía a Bentham⁸ actualizando el *panóptico*, agregando la denominación de *panóptico electrónico*⁹. Alerta que hay una amenaza fundamental a la libertad bajo el nuevo ambiente de espionaje global: la estandarización del comportamiento cotidiano por las normas dominantes de la sociedad. La libertad de expresión era la esencia del derecho a la comunicación irrestricta, en la época en que la mayor parte de las actividades diarias no se hacía pública. De hecho, una proporción significativa de la vida cotidiana, incluso el trabajo, el ocio, la interacción personal, tiene lugar en Internet. La mayor parte de la actividad económica, social y política es de hecho un híbrido de interacción *on-line* y física. En muchos casos, están imbricadas.

Antonio Enrique Pérez Luño designa *metamorfosis de la intimidad*¹⁰, a los cambios que el derecho a la privacidad experimenta en los días de hoy. Una metamorfosis del derecho a la intimidad que se expresa doblemente: del original derecho a estar solo, en su aspecto individual, a la perspectiva de estar en el ámbito social y colectivo; y aún, de forma muy valiente, apunta el profesor catedrático de la Universidad de Sevilla¹¹, del derecho a la personalidad al desplazamiento que apunta a órbita patrimonial.

La concepción de intimidad como foro interno (aislamiento y ensimismamiento) no es necesariamente incompatible con el fuero

⁷ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Julio César Faira Ed., Buenos Aires, 2005. p. 495-625.

⁸ M. FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis, 1987. Actualizando, también, la discusión, en virtud de los algoritmos, confira E. MENEZES NETO; J.L.B. MORAIS, "Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores", *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 3, 2018, p. 1129-1154.

⁹ M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003, p.148.

¹⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 115.

¹¹ Recientemente jubilado.

externo (sus proyecciones sociales), si se coloca aquella como un primer momento de su proceso formativo. Este *intus* o fase solitaria e interna de la intimidad se encontraría conformada por ideas, que reclamarían su posterior exteriorización en acciones. El aislamiento confinado en sí mismo sólo sería capaz de fabricar mundos exteriores, fantasmagóricos condenados a degenerar en puro solipsismo. La dimensión interna y ensimismada de la intimidad para realizarse plenamente precisa exteriorizarse; la convivencia es indispensable en nuestra vida, necesita apoyarse en otras vidas¹².

Esta apertura de la convivencia se ejercita por formas de comunicación y de lenguaje que se integran y socializan en lo más íntimo de nuestro ser, así el hombre, desde su inicio, ya está informado, modelado por una determinada sociedad. Esto porque, la propia noción de intimidad o de privacidad es una categoría cultural, social e histórica¹³.

Así, el núcleo significativo de la intimidad se desplazó, incluso se puede afirmar que fue a su opuesto, desde el ámbito solitario del aislamiento a la esfera de los usos sociales en que se manifiesta y se exterioriza en términos de alteración. La decantación de la cultura europea de la intimidad y la intimidad, que pretende traducir la noción anglo-sajona de privacidad, así como la categoría de los denominados datos personales y perfiles de personalidad, que se proyectan sobre un conjunto más amplio y global de las relaciones intersubjetivas, reflejan esta tendencia paradójica hacia una *socialización de la intimidad*¹⁴.

¹² M. GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada*, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, “*apud*” A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, 2012, Madrid, p. 116.

¹³ J. ORTEGA Y GASSET, “El hombre y la gente”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, *apud* A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 116.

¹⁴ A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Tirant to Blanch*, Valencia: 1998; L. H. CLAVERÍA

Otro aspecto que merece referencia es el hecho de que hubo un desplazamiento del ámbito del derecho de personalidad al ámbito patrimonial, considerando que muchas personas reciben cantidades patrimoniales expresivas para exponer su intimidad, negociando esta exposición, principalmente en programas televisivos¹⁵. El catedrático de la Universidad de Sevilla es extremadamente actual al apuntar el desplazamiento del derecho a la privacidad y del derecho de la personalidad a la órbita patrimonial, pues la doctrina tradicional de los manuales de derecho constitucional¹⁶ no considera a este aspecto nuevo.

La intimidad que fue concebida inicialmente como integrante de los derechos de personalidad, con el ejercicio de nuevos perfiles colectivos y sociales, en los días de hoy, se encuentra condicionada a los acontecimientos sociales. De este modo, la intimidad corre el riesgo de ser sometida a los modismos e incluso a las exigencias del mercado. Por eso, en la sociedad de la información y de consumo, la intimidad se ha convertido, en muchas ocasiones, en una mercancía cuyo valor se calcula en términos de la ley de la oferta y de la demanda. En estas ocasiones, la intimidad de cada uno vale lo que los demás, en especial los medios de comunicación están dispuestos a pagar para publicarla¹⁷.

GOSÁLBEZ, "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982", en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre, 1983, pp. 1243/1268; M. GALÁN JUAREZ, *Intimidación, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005, p. 79 ss.; A.E. E PÉREZ LUÑO, "Intimidación y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹⁵ Programa televisivo exhibido por emisorra nacional denominado *Big Brother Brasil*.

¹⁶ J. AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42. ed. rev. e atual, Malheiros, São Paulo, 2019, p. 183.

¹⁷ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 120.

De este modo, el derecho a la intimidad sólo se mantiene como derecho de la personalidad dotado de los atributos de inviolabilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad para los menores de edad, mientras que para los mayores puede ser objeto de transacciones consentidas, de renunciaciones y cesiones, a cambio de las correspondientes prestaciones económicas. Se constata, entonces, que para los adultos perdió su dimensión de derecho de la personalidad para integrarse en el sistema de derechos patrimoniales¹⁸.

En una breve síntesis, según Pérez Luño, la metamorfosis del derecho a la privacidad, trajo cambios importantes. Se desplazó del ámbito interno - derecho a estar solo - a una perspectiva social y colectiva, de la condición de integrante de derecho de la personalidad, pasando a derecho patrimonial -, porque integra la óptica negociadora para muchas personas, en la condición disfrutada por la mayoría de edad, subsistiendo sólo para los niños y adolescentes.

La *reinención de la privacidad* es como Stefano Rodotà¹⁹ se denomina el fenómeno actual, mientras que la construcción de la identidad, se efectúa en condiciones de dependencia creciente del exterior. En esta perspectiva, asume un nuevo significado la libertad de expresión como elemento esencial de la persona y de su situación en la sociedad. Esto modifica la relación entre la esfera pública y privada y la propia noción de privacidad. Se refuerza la noción de ciudadanía con otros poderes que caracterizan la ciudadanía del nuevo milenio, a partir de la constitucionalización de los derechos del ser humano.

Cuando se consideran las cuestiones planteadas por la innovación tecnológica, ocurre el denominado *tsunami digital*²⁰. Como consecuencia de esta transformación, el criterio de seguridad pública se

¹⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, 2012, Madrid, p. 121.

¹⁹ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 293.

²⁰ "The Future Group: Freedom, Security, Privacy: European Home Affairs in Open World", junio de 2008, *apud* S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 298.

convierte en exclusivo criterio de referencia. Esto significa que las personas son cada vez más transparentes y los organismos públicos más alejados del control jurídico y político, ocasionando una nueva distribución de poderes políticos y sociales. El denominado *tsunami digital* puede considerarse desde otros puntos de vista, empezando por la identidad. En esta perspectiva, el derecho de acceso a los datos representa un aliado fuerte, en términos de protección jurídica, que permite mantener el control sobre las propias informaciones, sea cual sea el sujeto que las gestiona, el lugar en que se encuentren y las modalidades de su participación utilizar. Derecho fundamental a la construcción de la identidad, ya que confiere poder para cancelación en los siguientes casos: datos falsos, ilegítimamente recogidos, conservados mucho más allá del tiempo previsto, los inexactos o que necesitan complementación.

Lo conoces a ti mismo ya no es una operación volcada al interior, pero debido a esta nueva perspectiva, se va al exterior ya la supuesta necesidad de conocer quiénes somos en la dimensión electrónica, donde se desarrollan cuestiones importantes en nuestras vidas. Considerando hoy la dinámica que caracteriza la recogida de los datos y los sujetos que la utilizan, cada vez es menos verosímil una identidad construida, a partir de: "*soy lo que digo que soy*", que habría de sustituirla por: "*tú eres lo que Google dice que eres*"²¹.

La construcción de la identidad se entrega por completo a los algoritmos. La construcción de la identidad es interior y exterior. El sistema debería entonces: (a) hacer explícito el flujo de datos para permitir el control de la persona interesada, (b) respetar el principio de minimización de los datos, tratando solamente aquellos necesarios en un contexto determinado, (c) imponer límites a las conexiones entre bases de datos.

La nueva abstracción de la sociedad de la información produce un vaciamiento de lo humano, de modo que es problemático afirmar que la humanidad se encuentra frente a una nueva antropología.

²¹ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 300.

La "privacidad contextualizada" es la perspectiva propuesta por la profesora Helen Nissenbaum²² al presentar la teoría de la integridad contextual, que se propone reflexionar sobre la información disponible en Internet, huyendo del binomio público y privado, que es difícil de identificar, la mayoría de las veces.

La teoría de la integridad contextual tiene como tesis central²³, que el derecho a la privacidad no es un derecho al secreto, ni un derecho al control, *sino un derecho a un flujo de datos apropiado de información personal*. Los contextos son configuraciones sociales estructuradas caracterizadas por actividades canónicas, papeles, relaciones, estructuras de poder, normas (o reglas) y valores internos (objetivos, fines, propósitos). El punto de partida es un compromiso con el flujo adecuado de datos y no con el secreto o el control de la información.

Como una de las consecuencias, la información, aunque disponible en la web, no puede ser compartida de forma ilimitada y utilizada en contexto distinto de local y/o tiempo. De este modo, alguna manifestación acalorada de un joven, debido a algún acontecimiento político, debe ser valorada solamente en aquella situación, sin que se pueda utilizar en otro momento (cuando varían las circunstancias de tiempo y lugar) o para otra finalidad. La teoría presenta aspectos bastante innovadores e importantes, pero a veces es difícil su aplicación.

En el análisis de los cuatro autores apuntados, se tiene una diversidad de enfoques: Manuel Castells, afirma que la privacidad se acabó en internet, Antonio Enrique Pérez Luño apunta la metamorfosis del derecho a la intimidad, Stefano Rodotà establece el panóptico electrónico y Helen Nissenbaum, la privacidad contextual. En esta pluralidad conceptual doctrinal, donde se crean

²² H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010, p.36.

²³ H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010, p. 186-187.

simbolismos, es posible construir un punto en común en estos análisis, que es apuntar al cambio del derecho a la privacidad en la sociedad de la información.

CONTEXTO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA Y BRASIL

ASPECTOS GENERALES REFERENTES AL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS - RGPD

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos - RGPD UE 2016/679 regula el derecho fundamental a la protección de datos, establecido en el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos, cuyo ámbito material de aplicación afecta a quienes tienen un archivo automatizado que contiene datos personales²⁴. Presenta el doble objetivo de regular el derecho a la protección de datos y garantizar la libre circulación de los datos, a semejanza de lo que ya ocurría con la Directiva Comunitaria nº 46/95. Se pretende que la protección del derecho fundamental prevalezca sobre el interés económico de los responsables y encargados del procesamiento de datos, como fue reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia que se convirtió en paradigma, en el que fueron partes: Google Español y Agencia Española de Protección de datos, dictada el 13/05/2014²⁵.

En este aspecto, se puede hacer una crítica al RGPD, ya que los sistemas informatizados no fueron previstos como objeto de tutela legal, dejando de incorporar las innovaciones aportadas por la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en 2008. La protección

²⁴ E.C.P. ROBLEDO, "La nueva normativa europea para la protección de los datos personales", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 40, 2019, p. 107/139.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justiça de la União Europeia (STJUE), Google Español contra Agencia Española de Protección de datos, de 13 mayo de 2014, Acórdão n. C-131/12.

individual merece tutela legal, pero las cuestiones adquirieron mayores proporciones con ataques a sistemas informatizados de carácter público o privado. El lugar adecuado para disciplinar el tema tal vez no fuera el RGPD sino una legislación propia, con el objetivo de tutelar los sistemas informatizados, ya que, actualmente, son la parte más compleja y que desafía a todos. Otra alternativa sería hacer que las empresas se preocupen por mecanismos de protección. Aquí se abren situaciones diferentes, pues la tendencia es que las empresas grandes consigan establecer estos mecanismos de protección, ya que las pequeñas pueden presentar más dificultad para invertir en tecnología e intentar prohibir ataques indeseados. Sin embargo, aunque deficiente de protección legal, siempre queda el espacio para la creación jurisprudencial.

DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES REFERENTES A LOS DATOS EN BRASIL

En Brasil, los derechos a la intimidad y a la privacidad están proclamados en el artículo 5.º, subsección X, CF, adoptando la distinción proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemanas, de la teoría de las esferas o de los círculos concéntricos. Las esferas de la vida privada comportan el grado de interferencia que el individuo soporta con respecto a terceros. Para ello, se tiene en cuenta el grado de reserva de menor a mayor. Así, en el círculo exterior está el aislamiento; en el intermediario, la intimidad; y dentro de ella, el secreto. Por lo tanto, la protección legal se hace más intensa, a medida que se adentra en el interior de la última esfera.

La protección de datos es un derecho fundamental, recientemente, consagrado en el artículo 5º, subsección XII "A", de la CF²⁶, con las consecuencias de tutela constitucional a los titulares de la

²⁶ Enmienda Constitucional nº 115, aprobada en 10/02/2022, que consagró el derecho fundamental a la protección de datos personales en Brasil.

protección jurídica²⁷. Además consagra la competencia privativa de la Unión para esta legislación. Anteriormente, de la previsión constitucional, el Supremo Tribunal Federal reconoció el derecho a protección de los datos personales (ADI 6387 MC/DF)²⁸.

En el espectro de general de los datos personales, algunas leyes constituyen un punto de referencia como: el Marco Civil de Internet (Ley n.º 12.965/2014), que en su artículo 3.º, subsección III, ya previó la protección de los datos personales, en la forma de la ley. En el ámbito Civil se prevé el consentimiento en la recogida de los datos (artículo 7, subsección IX) y el actuar de manera transparente (artículo 9.º, subsección II), tal como sucede en la normativa. El Proveedor sólo se responsabiliza si no cumple la orden judicial de retirada de los datos (artículo 19). Estas disposiciones legales, burocraticizó la celeridad de la vía administrativa que existía, hasta entonces.

En el marco del artículo 5.º, subsección XXXIII, de la CF, que dispone que todos tienen derecho al acceso a la información contenida en los órganos públicos, sea por interés particular o colectivo, se promulgó la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley n.º 12.527/2011). Esta ley prevé que los organismos públicos ofrezcan información referente a gastos públicos realizados con vencimientos o licitaciones, en que la regla es la publicidad y el secreto, la excepción. La ley invirtió la orientación que hasta entonces existía, cuando los principios tenían aplicación contraria. Actualmente, el que requiere la información tiene que identificarse, pues recibirá información de los órganos públicos y por la utilización de ésta, será responsable.

En virtud del artículo 5.º, subsección XXXII, de la CF, que dispuso respecto a la protección al consumidor, fue el Código de Defensa

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais, “in” Doneda ... [et al.] Coordenadores. Tratado de proteção dos dados pessoais, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.35.

²⁸ [Htpps://www. Stf.gov.br](https://www.stf.gov.br), J. en 24/O4/2020. Aceso en 12/O3/2022.

del Consumidor (Ley n.º 8.078/1990) la legislación pionera editada para la protección de los bancos de datos. En los artículos 43 y 44, se tutelan los bancos de datos de consumidores, previendo situaciones de acceso, rectificación y cancelación de las informaciones negativas, operando el plazo prescriptivo, que no pueden quedar por más de cinco años registradas.

En los últimos años, se ha promulgado la ley de los catastros positivos, Ley n.º 12.414/2011, con la promesa de disminuir las tasas de interés a los tomadores de financiamiento, de los denominados *buenos pagadores*, que son los consumidores que cumplen con sus obligaciones puntualmente.

El mandato constitucional del artículo 5.º, subsección LXXII, pretendió asegurar el conocimiento de las informaciones en nombre del ciudadano existentes en banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, así como la posibilidad de rectificarlas. Para ello, se promulgó la Ley que disciplinó el *habeas data* (Ley n.º 9.507/1997). Esta ley tiene una particularidad, que es la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, antes del ingreso a la vía judicial. Esto es una peculiaridad, pues en Brasil hay una unidad de jurisdicción como expresión del artículo 5.º, subsección XXXV, de la CF, en que ninguna lesión de derecho puede dejar de ser examinada por el Poder Judicial.

LA LEY DE GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS BRASILEÑA Y OTRAS NUEVAS DISPOSICIONES

La Ley n.º 13.709/2018 garantizó la protección de datos en todo el país (LGPD). La ley innova en la protección de datos en Brasil, ahora con *status* constitucional, teniendo la Autoridad Nacional de Protección de Datos para el control administrativo. Hay la posibilidad que la Autoridad sea convertida en Agencia con las consecuencias de mayor autonomía política y administrativa.

La protección de la Ley Brasileña – así como el RGPD – es de forma individual para los datos, sin que haya previsión legislativa en lo que se refiere a la seguridad de los sistemas informatizados, tal cual ya fue hecho por decisión jurisprudencial en Alemania²⁹. El denominado caso Snowden³⁰, muestra la necesidad de la protección de los sistemas informatizados.

La LBPD se articula, a partir de cinco temas³¹: (a) la unidad y generalidad de la aplicación de la Ley; (b) la legitimación para el tratamiento de datos (situaciones de autorización); (c) Los principios y derechos del titular; (d) las obligaciones de los agentes de tratamiento de datos; y (e) la responsabilidad de los agentes.

Con respecto al ámbito territorial de aplicación de la Ley, se concentra en la protección de datos del ciudadano, no distinguiendo lo relativo a quién corresponde el tratamiento de los datos, sector público o privado. Incluye todo el flujo de datos en Internet. El ciudadano es el destinatario de la protección legal y las personas jurídicas están excluidas de amparo legislativo. Las excepciones afectan a las hipótesis de seguridad pública y defensa nacional.

²⁹ F. MENKE, “A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão” en G.F. MENDES, I.W. SARLET, A.Z. P. COELHO (eds.), *Direito, Inovação e Tecnologia*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 205-230.

³⁰ Edward Snowden es ex técnico de la CIA y fue acusado de espionaje por vaciar informaciones secretas de seguridad en Estados Unidos y revelar en detalle algunos de los programas de vigilancia que el país utiliza para espiar a la población estadounidense utilizando servidores de empresas como Google, Apple y Facebook - de varios países de Europa y América Latina, entre ellos Brasil, cuando hubo grabaciones de la Presidenta Roussef con asesores, en el año 2013. PORTAL G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. [consultado 20 abril 2020]. Disponible en: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>.

³¹ L. S. MENDES, D. DONEDA, “Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, núm. 120, nov./dez., 2018, pp. 469/483.

En cuanto al aspecto de legitimación para el tratamiento de los datos, se tienen nuevas hipótesis autorizadoras para el tratamiento de datos, previstas en el artículo 7.º. En el caso de que el titular de los datos, que en la previsión del artículo 5.º, subsección XII, de la LGPD, debe ser libre, informado y con la finalidad específica del tratamiento. En las hipótesis de datos sensibles, el consentimiento debe ser más robusto, de forma específica y destacada.

El tercer aspecto de la ley, está compuesto por los principios y derechos del titular. La Ley tiene por objeto conferir garantías para que el ciudadano pueda defender sus derechos. En este contexto, el principio de la finalidad en la LGPD se funda en la tradición europea, ya prevista desde el Convenio 108 del Consejo de Europa, permitiendo el libre acceso, calidad, seguridad y transparencia de la información³².

La Ley establece previsiones por las posibles situaciones de discriminación por el uso de los datos personales. Los datos cuando se filtran indebidamente y provocan discriminación, violan el principio de igualdad³³.

El principio de buena fe se sitúa en el artículo 7.º, §3.º³⁴, de la LGPD. Para ello, dispuso sobre el tratamiento, cuyo acceso es público y debe considerar la finalidad, la buena fe y el interés público en su puesta a disposición. Tal disposición es de extrema relevancia, teniendo en cuenta el carácter de impersonalidad y masificación que alcanza la difusión de la información en Internet. La ley instituye prácticas de prevención y reparación, dentro del sistema de garantía al usuario.

³² N. J. ZAMBAM, “Bases informacionais transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social”, en *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 2, 2017, p. 512-543.

³³ T. LIMBERGER, *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 60-62.

³⁴ J. MARTINS COSTA, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 612 y 611-661.

Otra figura creada en la LGPD es la del controlador, que es encargado del tratamiento de los datos con atribuciones para actuar hacia el interior y exterior de la empresa. Así, orienta la práctica de actuación de los empleados relativa al procesamiento de los datos y recibe la queja de los usuarios. Asimismo, corresponde al controlador y al operador, la adopción de medidas de seguridad técnicas y administrativas adecuadas para proteger los datos contra medidas de ataques accidentales o provocados para salvaguardarlos.

Se destaca la seguridad de la información, que trae innovaciones importantes desde el punto de vista de la prevención o reparación, a saber: (a) medidas que garanticen la integridad, confidencialidad y la disponibilidad de los datos que se tratan; (b) en caso de fuga de datos, surge la obligación del controlador de comunicar a la Agencia de Protección de Datos, que determinará las medidas a tomar que puede ser la mitigación de los efectos o la difusión a la sociedad; (c) la adopción de medidas desde la fase de concepción del producto o servicio a la ejecución; (d) la formulación de un informe que dé cuenta de los posibles riesgos de la actividad para aumentar la seguridad y disminuir los riesgos del tratamiento, que será transferido a la Autoridad Nacional de Protección de Datos. La eficacia de la medida requiere que la misma no sea algo formal, sólo para cumplir una tarea burocrática, sino que se realice con el fin de preservar materialmente el derecho a la protección de datos de los usuarios involucrados; (e) la responsabilidad de los agentes por los daños derivados del daño tratamiento de datos, que podrán ser constatados en razón del cargo del encargado u operador. Y por fin, están previstos los supuestos de exclusión de responsabilidad.

Entre las disposiciones de la ley, diversas atribuciones remitieron a la autoridad garante como forma de preservar los derechos. Se sabe que la creación de Agencias Reguladoras en Brasil padece de problemas frente a la población, ya que a veces no son resolutivas para la solución de conflictos y, a veces, la adjudicación de los cargos no responde al conocimiento técnico de quienes deben desempeñarlo.

Después se aprobó la Ley nº 13.853/2019, que instituyó el Consejo Directivo de la Agencia, que será compuesto por cinco personas con mandato de cuatro años, gozando de estabilidad en el ejercicio de las funciones. Fue creado también, el Consejo Nacional de Protección de Datos y Privacidad compuesto por 23 personas procedentes de la sociedad civil, representación de los Poderes de la República y de la Fiscalía. Incumbe al órgano la formulación de directrices para la elaboración de la Política Nacional de Protección de Datos Personales y Privacidad, en conexión con los demás organismos estatales.

Así que el ciudadano brasileño, hasta ahora, no cuenta con Autoridades Administrativas independientes, que puedan ofrecerle protección, ya que todas ellas están vinculadas directamente al Poder Ejecutivo. Es lamentable, que sólo pueda recurrirse a la vía judicial, que cuenta con mucho trabajo y que no tiene especialización en esta materia.

La no creación de la Agencia independiente crea obstáculos de dos órdenes (exterior e interior): a que Brasil sea considerado un país con poca fiabilidad en materia de protección de datos, frente a la comunidad internacional, disminuyendo la el desarrollo de los negocios comerciales e internamente, no propicia la cultura de la protección de datos. La inexistencia de autoridades administrativas para la protección de datos, tal como existen en Europa, conduce a la sobrecarga de los tribunales, propiciando una judicialización excesiva. Las agencias administrativas podrían contribuir desde que operasen con imparcialidad y celeridad, disminuyendo los conflictos que acuden al Poder Judicial.

La protección de los datos personales recibe garantía jurídica en algunos países latinoamericanos: Uruguay (Ley nº 18.331/2008)³⁵,

³⁵ URUGUAY. *Ley 40/2015, de 2 de octubre, Ley de Protección de Datos Personales*. Centro de Información Oficial. [consultado 23 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>

Argentina (Ley nº 25.326/2000)³⁶, México³⁷ con densa legislación, Perú (Ley nº 29.733/2011)³⁸ e Chile (Ley nº 19.628/1999)³⁹, Costa Rica (Ley nº 8.968/2011)⁴⁰ y Panamá (2016)⁴¹; además de la reciente promulgación de la ley brasileña. Así, incluso en aquellos en que aún no hay un derecho autónomo, se pueden amparar como desdoblamiento del derecho a la intimidad.

CONSIDERACIONES FINALES

El continente europeo cuenta con medio siglo de cultura jurídica y de experiencias normativas referentes a la protección de datos personales. Esta circunstancia ha originado una construcción progresiva y creciente de la tutela de datos, a través de las agencias independientes, que implementan los derechos traídos por la legislación, Directivas Comunitarias y, ahora el Reglamento, que apunta a la prevención y transparencia en el ámbito de las

³⁶ OEA, Organização dos Estados Americanos. *Ley n. 25.326, de 30 de octubre de 2000, Ley de Protección de los Datos Personales* [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf.

³⁷ MÉXICO, Cámara de Diputados. *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. [consultado 23 abr. 2019]. Disponible en: http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=0&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes

³⁸ PERU, Ministerio de Justicia. *Ley n. 29.733, de 03 de Julio de 2011. Ley de protección de datos personales*. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/LEY-29733.pdf>.

³⁹ CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Ley 19.628, de 22 de agosto de 1999*. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>>.

⁴⁰ OEA, Organização dos Estados Americanos. *Ley n. 8.968, de 05 de setiembre de 2011. Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales*. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20al%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>

⁴¹ PANAMA, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. *Ley n. 81, de 29 de marzo de 2019, Ley Protección de Datos Personales*. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.panacamara.com/ley-81-de-2019/>.

entidades por las que transcurre el flujo de datos personales. De este modo, la tradición de protección de datos conferida al ciudadano usuario en el ordenamiento jurídico europeo es evidentemente más fuerte que en Brasil, donde recientemente se promulgó la LGPD, iniciando esta trayectoria.

El RGPD en Europa es fruto de una legislación que ha evolucionado a lo largo de las últimas cinco décadas. En el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de datos, así como en el de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la normativa tutelar de datos de la UE, en especial de la Directiva 95/46 UE, las Agencias europeas de Protección de Datos, han elaborado el estatuto jurídico de los responsables de los ficheros de datos personales, actuando preventivamente y coactivamente ante la posibilidad de sus eventuales violaciones.

La crítica que se puede avanzar respecto al RGPD, se refiere a que su protección normativa se confiere al titular de datos personales, no habiendo previsión de tutela a los sistemas informatizados de carácter público o privado. El objetivo de la legislación tal vez haya sido evitar una ampliación excesiva de su objeto, pues tutelar los sistemas de información es, de hecho, una cuestión compleja, pero necesaria. Se trata de una cuestión de la que las empresas se ocupan, pero las mayores siempre tendrán más condiciones de inversión que las menores en materia de seguridad contra los ataques no deseados. De todas maneras, siempre queda abierto el espacio para una tutela creativa jurisprudencial.

La LGPD es tímida si se compara con el RGPD, pero representa un paso inicial importante, hacia la protección de datos, pues arroja la idea de que los datos tienen valor en la sociedad de la información. La protección normativa otorgada por la LGPD es un proyecto inacabado, por lo menos subsisten dos importantes motivos, que inciden en la órbita interna (aumento de la judicialización) e internacional (perjuicio relativo a las relaciones comerciales de las empresas brasileñas que pretenden negociar con empresas europeas,

pues el país no presenta fiabilidad, en la protección de los datos) considerando que la Autoridad de Protección de Datos no es independiente, ya que pertenecerá a la estructura del ejecutivo, pero se espera que haya conversión en Agencia. El Estado, en la actualidad, no logra regular y controlar la violación de los derechos en general y, en particular, la protección de datos, necesitando fomentar técnicas en que haya una preocupación con la prevención dentro de la sistemática de la empresa. Por eso, son importantes los vectores de transparencia y responsabilidad proactiva traídos por la LGPD. La creación del derecho fundamental (art. 5º, XII, “A, CF) colabora para fomentar la importancia de la cultura de la protección de datos personales.

El principio del consentimiento informado, ahora expreso e inequívoco, tiene un papel central para la recolección de datos, cada vez de forma más intensa. Es importante, también, que las personas sean cautelosas en su exposición por las redes sociales.

En el cuarteto de autores estudiados, se readvierte, de modo sucinto, que Manuel Castells actualiza el simbolismo del panóptico, afirma que se vive bajo la vigilancia de un panóptico electrónico, lo que conduce a que la privacidad deja de existir en las relaciones virtuales. Pérez Luño identifica el fenómeno de la *metamorfosis de la privacidad* y Rodotà la *reinención de la privacidad*, teniendo en cuenta las modificaciones que presenta el derecho a la privacidad, frente a la exposición de las personas en las redes sociales, que se constituye en un fenómeno en la sociedad de la información. Helen Nissenbaum resalta la importancia de que la privacidad sea analizada en su contexto, de modo que, aunque la información haya sido puesta a disposición por el usuario, no puede haber una utilización de la misma, cambiando la circunstancia de tiempo y lugar.

De los distintos enfoques de los autores, se observa un punto en común, en el sentido de que todos reconocen las modificaciones por las que pasa el derecho a la privacidad en la era tecnológica, ampliando los contornos establecidos en el Estado Liberal

(derecho a estar solo) y Estado Social (acceso, rectificación, cancelación y olvido). Así, la legislación europea y brasileña innovan al crear conductas de prevención (responsabilidades preventivas) en el ámbito de las empresas, incentivando la transparencia y herramientas de protección a los datos del usuario, pues es imposible ante la velocidad de la transmisión de la información apostar solamente en el aspecto represivo. De esta manera, se puede concluir que en la sociedad de la información, internet es la *nueva metáfora de la globalización*⁴².

REFERÊNCIAS

A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 115.

A.E. E PÉREZ LUÑO, "Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.;

A.E. E PÉREZ LUÑO, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Tirant to Blanch*, Valencia: 1998;

CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Ley 19.628, de 22 de agosto de 1999*. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>>. Acceso en: 23 de abr. de 2019.

F. MENKE, "A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão" en G.F. MENDES, I.W. SARLET, A.Z. P. COELHO (eds.). *Direito, Inovação e Tecnologia*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.

E. MENEZES NETO; J.L.B. MORAIS, "Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores", *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 3, 2018, p. 1129-1154.

E. PARISER, *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*, Zahar, Rio de Janeiro, 2012.

⁴² S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 31.

E.C.P. ROBLEDO, "La nueva normativa europea para la protección de los datos personales", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 40, 2019, p. 107/139.

G. DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997.

G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Julio César Faira Ed., Buenos Aires, 2005. p. 495-625.

H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010.

J. AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42. ed. rev. e atual, Malheiros, São Paulo, 2019, p. 183.

J. MARTINS COSTA, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

J. ORTEGA Y GASSET, "El hombre y la gente", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983.

L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982", en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1983, pp. 1243/1268;

L. S. MENDES, D. DONEDA, "Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, núm. 120, nov./dez., 2018, pp. 469/483.

M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003.

M. FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis, 1987.

M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005, p. 79 ss.;

M. GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada*, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

MÉXICO, Cámara de Diputados. *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. [consultado 23 abr. 2019]. Disponible en: http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=O&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&out-put=xml_no_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes

N. J. ZAMBAM, “Bases informacionais transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social”, en *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 2, 2017, p. 512-543.

OEA, Organización dos Estados Americanos. *Ley n. 25.326, de 30 de octubre de 2000, Ley de Protección de los Datos Personales* [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf.

OEA, Organización dos Estados Americanos. *Ley n. 8.968, de 05 de septiembre de 2011. Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.* [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Proteccion%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>.

P. RITTER-HELLBUSCH; J. NAUMANN, C. HOLTORF, “Der Gläserne Mensch – das Deutsche Hygiene-Museum als Ort des Wissensdialogs”, en S. SCHICKTANZ, J. NAUMANN (eds), *Bürgerkonferenz: Streitfall Genodiagnostik*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2003, pp.51-55. [consultado 10 abr. 2019]. Disponible: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2_3#citeas.

P. X SANDOVAL; J.P. COLOMÉ, “Facebook revela que deixou desprotegidos os dados de 50 milhões de clientes”, en *El País*, edición de 28 set. 2018. [consultado 08 abr. 2019.] Disponible en: https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776_573711.html.

PANAMA, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. *Ley n. 81, de 29 de marzo de 2019, Protección de Datos Personales.* [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.panacamara.com/ley-81-de-2019/>.

PERU, Ministerio de Justicia. *Ley n. 29.733, de 03 de Julio de 2011. Ley de protección de datos personales.* [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/LEY-29733.pdf>.

PORTAL G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. [consultado 20 abril 2020]. Disponible: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais, “in” Doneda ... [et al.] Coordenadores. Tratado de proteção dos dados pessoais, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.35

S. NORA et al, *Informe Nora Minc: la informatización en la sociedad*, 1ª reimp. de la 1ª ed., Madrid, 1982.

Sentencia del Tribunal de Justiça de la Unión Europea (STJUE), Google Español contra Agencia Española de Protección de datos, de 13 mayo de 2014, Acórdão n. C-131/12.

T. LIMBERGER, *Cibertransparência: informação pública em rede - a virtualidade e suas repercussões na realidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 58.

T. LIMBERGER, *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 60-62.

URUGUAY. *Ley 40/2015, de 2 de octubre, Ley de Protección de Datos Personales*. Centro de Información Oficial. [consultado 23 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>



ISBN 979-83-70272-04-2



9 798370 272042 >

AM Alma mater