

ISSN 2697-3170

# RJT

---

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

**DIRECTOR**

JORGE ROSENBAUM

**COORDINADOR**

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 2

**No. 5**

Mayo-Agosto  
2021

Agosto de 2021.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

[contacto@revistajuricadeltrabajo.com](mailto:contacto@revistajuricadeltrabajo.com) / [www.revistajuricadeltrabajo.com](http://www.revistajuricadeltrabajo.com)

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.



## **RESPONSABLES EDITORIALES**

### **EQUIPO EDITORIAL**

**Director:** Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)

**Coordinador:** Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

### **COMITÉ CIENTÍFICO**

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

### **COMITÉ DE EVALUACIÓN**

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

## **MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN**

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

## ÍNDICE

**EDITORIAL:** .....iii

**Oscar Hernández Alvarez:** Procedimiento de amparo o tutela constitucional como sistema de protección de los derechos laborales fundamentales .....1

**Lorenzo P. Gnecco:** Emergencia y Constitución en Argentina y el COVID 19 .32

**José Antonio Iglesias Cáceres:** La carta de derechos digitales de España y su incidencia en los neuroderechos laborales .....92

**Beatriz Durán Penedo:** Discriminación para el acceso al empleo por edad madura .....116

**Alberto Chartzman Birenbaum:** Los riesgos psicosociales como consecuencia de la organización del trabajo .....155

**Héctor Omar García:** La tercerización *offshore* en las cadenas mundiales de producción: apuntes para el diseño de límites a la elusión del derecho del trabajo mediante la descentralización productiva transnacional .....186

**Christiana D'arc Damasceno Oliveira:** Ser *gauche* en la vida: entre volantes de plumas, bolas de cristal y drones .....245

### DEBATE:

**Fábio Túlio Barroso:** Negociación colectiva en tiempos de pandemia .....279

**Luiz Eduardo Gunther; Marco Antônio César Villatore:** Importancia de la negociación colectiva en la pandemia Covid-19 .....284

**Nelson Mannrich; Alessandra Barichello Boskovic:** Seguridad jurídica y protección social: los contratos colectivos de trabajo en Brasil en tiempos pandémicos ..... **297**

## EDITORIAL

La edición del presente número de la Revista Jurídica del Trabajo ofrece a sus lectores el análisis de un conjunto de temas de trascendental importancia en el mundo del trabajo contemporáneo y en el espacio de diferentes realidades nacionales.

Un primer tópico se vincula con la incontestable importancia que asume en los ordenamientos jurídicos, la tutela constitucional como sistema de protección de los derechos laborales, los que no pueden proyectarse a través de meros conceptos, sino que exigen garantizar la efectividad de su ejercicio.

Pero, por otra parte, la pandemia que persiste aun en el mundo, ha sido generadora de regulaciones excepcionales para dar respuesta a la emergencia sanitaria, por lo que el examen de compatibilidad de las mismas con los principios que consagran las normas fundamentales, hace emerger interrogantes que se proyectan más allá de la realidad de un país en concreto.

Un segundo grupo de artículos refleja, por un lado, las dificultades de empleabilidad en el mercado de trabajo que se ven exacerbadas en un contexto crítico, exhibiendo una arista muy sensible respecto de las personas adultas desocupadas, lo que expone al cuestionamiento la observancia de derechos esenciales como lo es la no discriminación por razones de edad.

En otro extremo, además, el recurso al trabajo de mano de obra infantil aparece como una manifestación anómica que, en muchas regiones, asume un carácter casi endémico, pese a las acciones que reclama la sociedad para combatir tales prácticas degradantes que oscurecen la conciencia universal.

Otros aspectos derivan de los sistemas de la producción, entre los cuales el que se vincula con los efectos perniciosos para la salud de los trabajadores, consecuencia de la creciente presencia de riesgos de naturaleza psicosocial, como el estrés laboral, el agotamiento y la depresión, afectaciones que revelan la necesidad de controlar la organización y gestión del trabajo, así como adoptar respuestas adecuadas para enfrentar los daños a la persona.

Al mismo tiempo, ante la notable disrupción que está provocando la introducción de tecnologías digitales (como el uso intensivo de internet y de la

inteligencia artificial), despierta el interés el estudio de ciertas experiencias nacionales que buscan consolidar mecanismos y garantías de protección de los derechos de ciudadanía laboral, enfrentados a vulnerabilidades nuevas y específicas.

En el ámbito transnacional, la globalización está expandiendo una elusión aplicativa del derecho del trabajo a través de procesos de descentralización que practican las cadenas de producción mundial de bienes y servicios, cuyas consecuencias comienzan a ser objeto de atención de los organismos internacionales y regionales, tema que abre un espacio para avanzar en el conocimiento de las modalidades operativas y la contingentación de los efectos perniciosos que los mismos ocasionan.

El Tema de Debate se centra en la Negociación Colectiva en tiempos de pandemia, siendo coordinado por Fábio Túlio Barroso, en su calidad de Miembro Correspondiente de Edición de la Revista, quien da cuenta de las principales proyecciones que asumen los actores sociales y el diálogo social en la época de pandemia por la que transitamos.

Equipo editorial de la RJT

---

**PROCEDIMIENTO DE AMPARO O TUTELA CONSTITUCIONAL  
COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
LABORALES FUNDAMENTALES**

**AMPARO PROCEDURE OR CONSTITUTIONAL  
GUARDIANSHIP AS A SYSTEM FOR THE PROTECTION OF  
FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS**

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

*Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto (Venezuela).  
Presidente Honorario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de  
Venezuela y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro Correspondiente de la  
Academia de Ciencias de la República Dominicana.*

[ohernandez07@gmail.com](mailto:ohernandez07@gmail.com)

Fecha de envío: 22/12/2020

Fecha de aceptación: 20/04/2021

---

## PROCEDIMIENTO DE AMPARO O TUTELA CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

*Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

---

**Resumen:** El presente trabajo aborda el procedimiento de amparo o tutela constitucional como sistema de protección de los derechos laborales fundamentales, aportando una visión comparativa de los países latinoamericanos.

**Palabras clave:** Amparo - Tutela constitucional - Derechos laborales fundamentales

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. Naturaleza Jurídica. 4. Características 5. Competencia jurisdiccional. 6. Sujetos. 7. Procedimiento 8. El amparo en materia Laboral. 9. Acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales. 10. Conclusiones.

**Abstract:** This paper addresses the amparo procedure or constitutional guardianship as a system for the protection of fundamental labor rights, providing a comparative vision of Latin American countries.

**Key words:** Amparo - Constitutional protection - Fundamental labor rights

**Summary:** 1. Introduction. 2. Historical background. 3. Legal nature. 4. Characteristics 5. Jurisdictional competence. 6. Subjects. 7. Procedure 8. Protection in Labor matters. 9. Special procedural actions to deal with certain cases of infringement of labor rights. 10. Conclusions.

## 1. Introducción

Dada la trascendencia de los derechos fundamentales, los ordenamientos jurídicos suelen establecer mecanismos especiales para su tutela. Fernando Márques Rivas dice: *“El simple reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales no es garantía de su cumplimiento y efectividad, para que no se queden como simples buenos deseos, es necesario que el ordenamiento jurídico les dote de garantías tanto normativas, procesales e institucionales”*.<sup>1</sup>

La garantía normativa por excelencia está dada por la incorporación de los derechos fundamentales en la constitución. Para que tal garantía exista efectivamente, debe tratarse, por una parte, de una norma codificable por el legislador ordinario y, por la otra, de un ordenamiento jurídico que contemple un adecuado sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad. Este sistema debería contemplar tanto el control directo, generalmente reservado al tribunal constitucional o sala constitucional de más alto tribunal, con competencia para declarar la nulidad de cualquier acto, público o privado, como el control difuso, que corresponde a todos los jueces, quienes, al decidir un caso particular, pueden, para ese caso, desaplicar una norma por considerarla contraria a la constitución.

Las garantías procesales están constituidas por los medios específicos que el ordenamiento jurídico contempla para que un ciudadano que considera que un determinado acto, público o privado, viola un derecho un derecho fundamental del cual es titular, pueda accionar judicialmente para lograr la restitución de la situación jurídica infringida y la eventual reparación de los daños que experimentó como consecuencia de esa violación. Entre las garantías constitucionales procesales, la acción de amparo merece especial referencia.

## 2. Antecedentes históricos

---

<sup>1</sup> Fernando Márques Rivas, Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, en Revista Ex lege electrónica, Año 3, N° 16, México, 2013.

Humberto Nogueira Alcalá señala que los primeros antecedentes del amparo “se encuentran en Roma, a través del Interdicto de *“Homine libero exhibendo”* consagrado en el título XXIX, libro XLIII del Digesto, el cual concedía a todo hombre libre, púber o impúber, varón o mujer, estuviera o no sujeto a potestad ajena, recurrir al Pretor, el cual resolvía por edicto ordenar a quién tuviere ilegalmente a otra persona exhibirla ante él (*exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo*)”.<sup>2</sup>

Varios autores citan como antecedente histórico de nuestro actual amparo a las instituciones medievales aragonesas. Las crónicas hablan de unos pactos de Sobrarbe, celebrados para resolver conflictos en el monarca y los nobles, en los cuales se estableció la obligación del rey de jurar los fueros antes de ser coronado como tal. Las crónicas señalan que con base en tales pactos se creó, en 1215 la figura del Justicia Mayor, encargado de velar el cumplimiento de los fueros. Este funcionario conocía de las denuncias de incumplimiento de los fueros y tenía competencia para amparar al denunciante en el ejercicio de sus derechos, pudiendo dejar sin efecto los actos de las autoridades, incluyendo al Rey, que violasen los fueros y leyes. Ignacio Burgoa señala que: “Uno de los fueros que más significación tiene para la antecedencia hispánica de algunas de nuestras garantías individuales, es sin duda el llamado *Privilegio General* que en el reino de Aragón expidió don Pedro III en el año de 1348, estatuto que ya consagraba derechos fundamentales en favor del gobernado oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne a la libertad personal. Las garantías de seguridad jurídica que dicho fuero general contenía en beneficio de dicha libertad, se hacían respetar a través de distintos medios procesales que él mismo instituía y los cuales se conocen con el nombre de “procesos forales”, constituyendo algunos de ellos verdaderos antecedentes o precedentes hispánicos de nuestro juicio de amparo”.<sup>3</sup>

Los antecedentes más claros del actual amparo hay que buscarlos en el derecho inglés. La famosa Carta Magna, acordada como solución a complejos

---

<sup>2</sup> Humberto Nogueira Alcalá “El habeas corpus o recurso de amparo en Chile con información comparativa de América del Sur: Evolución y Situación Actual”, Revista Jurídica del Perú, Revista N° 13.

<sup>3</sup> El Juicio de Amparo, Ignacio Burgoa, Editorial Porrúa, México, 1983 p. 58.

conflictos entre nobles normandos e ingleses y entre el Rey y los nobles, fue promulgada por el Rey Juan Sin Tierra en 1215. En este documento se establece que un súbdito no puede ser detenido, expulsado o despojado de sus propiedades sin que exista una justificación acreditada en un juicio público y conforme a la ley, sin que la sola voluntad de una autoridad pueda constituir causa justificante de la detención. En 1640 se dicta la Ley de Habeas Corpus y en 1649 se dicta otra Ley en la cual se establecen los procedimientos necesarios para que la persona agraviada pueda accionar para lograr su libertad. Estos procedimientos tienen similitud con los que aplican actualmente en los juicios de amparo. En la demanda el solicitante del habeas corpus debía basarse en motivos razonables y acompañar pruebas del agravio que había sufrido. El funcionario que había ordenado el acto objeto del recurso estaba obligado a presentar la persona detenida ante el Tribunal y debía rendir a éste un informe sobre la situación planteada, estableciéndose fuertes multas para quienes influyesen falsedades en dicho informe. El Tribunal, actuando sumariamente, debía decidir la solicitud, otorgando el habeas corpus en aquellos casos en los cuales se hubiese demostrado que la detención o estaba justificada.

Es de destacar que en América Latina la institución del amparo ha tenido gran raigambre en México. Fue establecida por primera vez en la Constitución del estado de Yucatán en 1841, fue incorporada al acta constitutiva y de reformas de 1847 y finalmente adoptada por la Constitución federal de 1857. En 1868 se dictó una Ley Orgánica Constitucional sobre el Juicio de Amparo. Desde mediados del siglo XIX se produjeron sentencias decretando amparos. A lo largo del Siglo XX y XXI ha habido una abundante jurisprudencia y doctrina en la materia, y el amparo constituye una práctica recurrente en el foro mexicano.

En la actualidad el amparo está consagrado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas y en varios países en los que no está establecido constitucionalmente lo está en leyes especiales.

### **3. Naturaleza Jurídica**

Uno de los aspectos más debatidos en la doctrina sobre el amparo es el de su naturaleza jurídica. Los autores discuten sobre si el amparo es una acción, una garantía, un recurso o un juicio. Quienes dicen que se trata de una acción destacan que el amparo es un medio procesal que confiere a los ciudadanos el derecho de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para lograr la restitución de derechos fundamentales que le han sido vulnerados. Otros autores lo califican como un recurso procesal mediante el cual los ciudadanos pueden lograr la anulación de un acto que vulnera sus derechos. Hay quienes sostienen que es una garantía en el sentido de que es un medio constitucional legalmente establecido para proteger el cumplimiento de los derechos fundamentales del ciudadano. En fin, otros autores prefieren destacar que el amparo es un juicio intentado por quien ha visto infringido sus derechos en contra de quien los infringió. Como veremos de seguida las legislaciones de los distintos países latinoamericanos son diferentes en cuanto a la calificación de la naturaleza del amparo, optando por una u otra de las anteriores concepciones y en algunos casos, empleándolas indistintamente.

En algunos países el amparo está concebido como una acción que permite a cualquier ciudadano que considere que sus derechos constitucionales han sido vulnerados acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir su restitución. Es el caso de Argentina (Art. 43 C.N.), Bolivia (Art. 128 C.N), Colombia (Art. 86 C.N.) Ecuador (Art. 88 C.N.), El Salvador (Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales), Perú (Art. 200 C.N) República Dominicana (Ar 72 C.N. y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Ley 16.011 Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 27 C.N. y art. 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) que de manera expresa califican al amparo como una acción.

En Guatemala (Art. 1 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) y Honduras (Art. 182 C.N.), el amparo está concebido como una garantía, pero en Honduras la Ley sobre Justicia Constitucional habla indistintamente del amparo como una garantía y como una acción.

En México el amparo está diseñado como un juicio especial de protección a los derechos constitucionales.

En otros países, como el caso de Costa Rica (Art. 48 C.N.8 y Título III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), Nicaragua (Arts. 45 y 188 C.N. y art. 3 Ley de Amparo), está establecido como un recurso. En Chile el Art. 20 C.N concibe el amparo como un recurso de protección de las garantías constitucionales, pero el artículo 1 del Auto de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales habla indistintamente de acción o recurso de protección, siendo mayor la confusión en Panamá, en donde la Constitución y el Código Judicial hablan indistintamente de recurso, acción y garantía para referirse al amparo. En Paraguay el Código Procesal Civil (Título II) habla de juicio y de acción. En Venezuela, como se ha dicho, el amparo está establecido como una acción contra cualquier acto de entidades públicas o de particulares que vulneren derechos constitucionales, pero también se puede ejercer contra una sentencia que incurra en tal supuesto, lo que lo pudiera dar pie a sostener que es a la par una acción y un recurso.

Por mi parte, pienso que el amparo es una acción, porque le da a los ciudadanos que vieren infringidos sus derechos constitucionales el derecho a acudir ante los organismos jurisdiccionales para obtener su restitución y no un recurso, porque éstos se dan en el contexto de un proceso para obtener la modificación de una decisión tomada en el mismo y el amparo puede intentarse cuando no exista un proceso abierto. Por otra parte el amparo está concebido como una garantía de los derechos constitucionales. En fin, cuando se intenta un amparo se inicia un juicio entre el querellante y el querellado. Por todo lo expuesto, evitando estas discusiones doctrinales, prefiero referirme al amparo como un medio procesal concedido a los ciudadanos que consideren vulnerados sus derechos constitucionales para que acudan ante los órganos jurisdiccionales a fin de pedir su restitución. Bien se considere una acción, un juicio, un recurso o una garantía, el amparo es, en todo caso, un medio procesal, un instrumento que permite que el ciudadano actúe jurisdiccionalmente en defensa de sus derechos.

#### **4. Características**

La doctrina y la jurisprudencia son abundantes en cuanto a la determinación de las características propias del amparo. Trataré de hacer un resumen simplificado de tales características, tomando en cuenta las distintas manifestaciones del amparo en el Derecho Comparado, debiendo observar que no en todos los países se presentan de la misma manera las mismas características.

1. El amparo es un medio procesal rápido y eficaz, que se tramita en forma gratuita, breve y sumaria. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Argentina (Art. 43 C.N.), Bolivia (Art. 3 Código Procesal Constitucional), Brasil (Art 17 Lei Nº 1.533 mandado de segurança), Colombia (Arts. 83 C.N. y 1 Ley de Acción de Tutela), Ecuador (Art. 8 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), Guatemala (Art. 5 Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad), Honduras (Art. 45 Ley sobre Justicia Constitucional), Panamá (Arts. 50 C.N. y 2615 Código Judicial) Perú (Arts. III, y Disposición Final Quinta del Código Procesal Constitucional), República Dominicana (Arts. 72 C.N. y 7 y 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) y Venezuela (Arts. 27 C.N. y 16 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

2. Es un medio procesal de naturaleza extraordinaria. En consecuencia:

2.1. Tiene carácter subsidiario. Sólo procede cuando no exista una acción ordinaria con eficacia suficiente para restablecer el derecho constitucional vulnerado. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Argentina (Arts. 43 C.N. y 2 Ley 16986), Bolivia (Arts. 129 C.N. y 54 Código Procesal Constitucional), Brasil (Art. 5 Lei Nº 1.533 mandado de segurança), Colombia (Arts. 83 C.N. y 6 Ley de Acción de Tutela), El Salvador (Art. 12 Ley de Procesos Constitucionales), Nicaragua (Arts. 44 y 46 Ley de Amparo ), Paraguay (Art 134 C.N.), Perú (Arts. 1, 5.2 y 38 Código Procesal Constitucional), República Dominicana (Art. 70 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Art 2 Ley 16.011 de Acción de

Amparo) y Venezuela (Art. 5 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

2.2. En la mayoría de los países tiene un objeto limitado: restituir al agraviado en el disfrute y ejercicio pleno de sus derechos constitucionales vulnerados. Por eso se dice que tiene una naturaleza restablecedora. En principio el juez de amparo no debería conocer el fondo del asunto, ni acordar indemnizaciones, sino limitarse a determinar si el querellado ha sido vulnerado en sus derechos constitucionales, y, en caso afirmativo, a restituirle a la mayor brevedad en el disfrute y ejercicio de tales derechos. Si el Juez de amparo entra a decidir el fondo del asunto, si debe considerar la procedencia y el monto de posibles indemnizaciones, el análisis del caso le llevaría más tiempo del que requiere la decisión del amparo como medio expedito e inmediato para la restitución de los derechos constitucionales vulnerados. Por eso, en la mayoría de los países el juez de amparo se limita a precisar si existe una violación de un derecho constitucional y, en ese caso, a restituir la situación jurídica infringida. Las partes conservan el derecho a acudir ante la justicia ordinaria para que ésta resuelva la totalidad de sus pretensiones. Así, por ejemplo, si un empleador despide a un dirigente sindical que goza de inamovilidad por alegar que ha cometido una falta grave y si este trabajador no puede lograr mediante la justicia ordinaria la inmediata restitución de la situación jurídica infringida e intenta un amparo, el juez, al determinar que se ha infringido un derecho constitucional, debe ordenar inmediatamente la restitución del trabajador a su empleo, sin entrar a analizar si efectivamente cometió o no una falta. Esta sentencia de amparo no impide que el empleador acuda a la justicia ordinaria para solicitar que se le autorice el despido con vista a la falta grave alegada, la cual debe probar, así como tampoco impide que, a su vez, el trabajador acuda a la justicia ordinaria para exigir el pago de indemnizaciones por el daño que con su acto antijurídico le haya causado el empleador, el cual debe probar. El carácter restitutorio del amparo está establecido expresamente en las normativas de Bolivia (Art. 57 Código Procesal Constitucional), Costa Rica (Art. 49 Ley de Jurisdicción Constitucional), Chile (Art. 20 C.N.), El Salvador (Art.35 Ley de Procesos Constitucionales), Guatemala (Art. 265 C.N. y 4 Ley de Amparo, Exhibición

Personal y Constitucionalidad.), Honduras (Art.183.1 C.N.), México (Arts. 107 II C.N. y 73 Ley de Amparo), Nicaragua (Arts. 45 C.N. y 44 y 46 Ley de Amparo), Perú (Art. 1 Código Procesal Constitucional) y República Dominicana (art 91 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

Por el contrario, en Colombia se prevé que en algunos casos la sentencia de amparo pueda condenar a indemnizaciones y costas (Art. 25 Ley de Acción de Tutela), lo cual está previsto de manera similar en Ecuador (arts. 17,18 y 19 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

2.3. En la mayoría de los países el amparo procede cuando se haya violado una norma constitucional de manera directa, inmediata y clara. En esos países el juez de amparo no puede conocer de los casos de violaciones de normas legales o reglamentarias. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Colombia (Art. 86 C.N.), Costa Rica (Arts. 48 C.N. y 1 Ley de Jurisdicción Constitucional) Chile (Art. 20 C.N.), Ecuador (Arts. 88 C.N. y 39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), El Salvador (Art.12 Ley de Procesos Constitucionales), Honduras (Art. 46 Ley sobre Justicia Constitucional), México (Arts. 107 I y 1 Ley de Amparo), Nicaragua (Arts. 188 C.N. y 3 Ley de Amparo), Panamá (Arts. 50 C.N. y 2615 Código Judicial), Perú (Arts. 200 C.N. y 41 Código Procesal Constitucional), Uruguay (Art.1 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Art 27 C.N.) Por el contrario, en Argentina (Art. 43 C.N.), Bolivia (Art. 128 C.N.), Guatemala (Art. 265 C.N.), se permite el amparo por la violación de derechos establecidos en las leyes. En el caso argentino es procedente incluso por la violación de derechos consagrados en tratados internacionales. En Brasil el “mandado de segurança” (equivalente al amparo) se concede para proteger “direito líquido e certo,” sin referirse al origen normativo de tal derecho (Art. 5 LIXI C.N).

2.4. La cosa juzgada tiene efectos limitados. La institución de la cosa juzgada es fundamental para la seguridad jurídica de la sociedad. El principio general es que una vez que se produzca una sentencia definitivamente sobre un determinado caso, el mismo no puede ser objeto de un nuevo juicio, pues de lo contrario podrá abrirse una interminable cadena de procesos lo cual podría desestabilizar el sistema judicial. Por cuanto en la mayoría de las legislaciones

el amparo tiene un objeto delimitado, cual es el de constatar si el querellante ha sido vulnerado en el disfrute y ejercicio de un derecho constitucional, y, en caso afirmativo, restituirle en el mismo, la sentencia dictada en el juicio de amparo causa cosa juzgada relativa, pues, una vez firme, impide que a las partes ejercer un acción destinada a modificar el dispositivo de la sentencia, bien sea que la misma acuerde o niegue el amparo solicitado. No obstante, la sentencia de amparo no impide que las consecuencias del acto u omisión que la motivó, puedan dar lugar al ejercicio de acciones jurisdiccionales de cualquiera de las partes ante la justicia ordinaria. En el ejemplo propuesto en el punto 2.2, si la sentencia declara con lugar el amparo ejercido por el sindicalista que fue despedido en violación a su derecho constitucional al fuero sindical, la misma no impide que el empleador ejerza una acción ordinaria para obtener una autorización para despedir al dirigente basándose en que el mismo cometió faltas graves que justifican su despido.

El alcance de la cosa juzgada en el amparo, en el sentido anteriormente expuesto, está claramente establecido en el artículo 81 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, que dice así:

*“Artículo 81. La sentencia definitiva en los dos procesos mencionados en el artículo anterior produce los efectos de cosa juzgada contra toda persona o funcionario, haya o no intervenido en el proceso, sólo en cuanto a que el acto reclamado es o no constitucional, o violatorio de preceptos constitucionales. Con todo, el contenido de la sentencia no constituye en sí declaración, reconocimiento o constitución de derechos privados subjetivos de los particulares o del Estado; en consecuencia la resolución dictada no puede oponerse como excepción de cosa juzgada a ninguna acción que se ventile posteriormente ante los Tribunales de la República.”*

La Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales de Venezuela, expresa muy claramente cuáles son los efectos de la sentencia de amparo, tanto en el caso de que éste se haya declarado con lugar o de que se haya desestimado:

**“Artículo 36.** *Efectos de la sentencia de amparo. La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objetos del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes.*

**Artículo 37.** *Efectos de la sentencia de desestimación. La desestimación del amparo no afecta la responsabilidad civil o penal en que hubiese podido incurrir el autor del agravio, ni prejuzga sobre ninguna otra materia.”*

La misma orientación puede encontrarse en las legislaciones de Argentina (Art. 13 Ley 16.986), Brasil (Art. 15 Lei Nº 1.533 mandado de segurança), El Salvador (Art. 81 Ley de Procedimientos Constitucionales), Honduras (Art. 72 Ley Sobre Justicia Constitucional), Paraguay (Art. 579 Ley nº 16.011 Acción de Amparo), Perú (Art 6. Código Procesal Constitucional), Uruguay (Art. 11 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Arts. 36 y 37 de la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales).

En sentido contrario y sin explicar el alcance de su expresión el Código Judicial de Panamá en su artículo 2630 dice:

**“Artículo 2630.** *En las demandas de amparo, las providencias que se dicten, son inimpugnables, salvo la resolución que no admita la demanda. Tampoco se podrán proponer ni admitir demandas de amparo sucesivas contra el mismo funcionario y contra la misma orden dictada por él, aunque se propongan ante tribunales competentes distintos. La sentencia definitiva funda la excepción de cosa juzgada.”*

Por su parte el artículo 6 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana dice:

**“Artículo 6.- Cosa Juzgada.** *En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”*

Esta disposición no me resulta muy clara. Se aplica al amparo puesto que está considerado como un proceso constitucional, pero, como se ha visto, el amparo no decide sobre el fondo, sino que se limita a “prescribir las medidas necesarias para la pronta y completa restauración del derecho fundamental

conculcado al reclamante o para hacer cesar la amenaza a su pleno goce y ejercicio.” tal como lo establece el art 91 de la misma ley.

3. El amparo forma parte del sistema de control de constitucionalidad. La Constitución es el elemento clave de la organización política y jurídica de la sociedad, en la cual se establece no sólo la estructura jurídica de los poderes públicos sino también los deberes y derechos de sus ciudadanos. La supremacía de la constitución es una premisa para el buen funcionamiento de la sociedad, en la cual todas las normas jurídicas y todas las actuaciones tanto del poder público como de los particulares deben ajustarse a ella. En un Estado de Derecho es fundamental la existencia de un sistema de control de constitucionalidad que tenga la competencia para constatar que no sólo la legislación, sino también las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares sean conformes a la constitución. Ese sistema debe tener competencia para anular o desaplicar aquellas normas y actos, públicos o privados, que sean violatorios del texto constitucional. En términos generales y sin pretender agotar el complejo tema de su clasificación, podemos decir que existen dos formas de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. El control concentrado de la constitucionalidad lo ejerce un alto órgano judicial (Tribunal Constitucional, Corte o Tribunal Supremo de justicia, Consejo de Estado) que tiene la competencia de verificar si una norma o acto del poder público está conforme o no con la Constitución y, de no estarlo, declarar su nulidad con efectos “erga omnes”. El control difuso corresponde a todo el poder judicial, pues todo juez tiene competencia para constar si una determinada norma o acto, público o privado, es o no conforme con la constitución. La diferencia estriba en que las decisiones del juez que ejerce el control difuso no tienen efectos “erga omnes”, sino exclusivamente para el caso que está bajo su consideración.

En principio el amparo forma parte del control difuso de la constitucionalidad, pues el Juez de amparo tiene competencia para constatar si la norma, acto u omisión contra la cual se ejerce el amparo, efectivamente viola los derechos constitucionales del querellante y, de ser así es igualmente competente para desaplicar la norma impugnada al caso concreto, si fuere el

caso, o para anular el acto u omisión, reintegrando al querellado el ejercicio de sus derechos constitucionales. Excepcionalmente, el amparo puede formar parte del control concentrado de la constitucionalidad, cuando es ejercido conjuntamente con una solicitud de nulidad intentada ante un órgano judicial con competencia para declarar tal nulidad.

En Argentina (Art. 43 C.N.), Honduras (Arts. 183.2 C.N 41 Ley Sobre Justicia Constitucional), México (Arts. 207 II C.N. y 78 y 231 Ley de Amparo), Perú (Arts. VI y 3 Código Procesal Constitucional) y Venezuela (Arts. 3 y 4 Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales) existen normas que expresamente permiten al juez de amparo desaplicar, en el caso concreto, una norma por considerarla contraria a la Constitución.

## **5. Competencia jurisdiccional**

La determinación de cuál es el órgano judicial competente para conocer del amparo varía mucho de acuerdo a las legislaciones de los diversos países. Mientras en algunos países hay una tendencia a ampliar la competencia, de manera que se facilite a los ciudadanos la interposición del amparo, en otros se considera que por tratarse de una materia muy delicada, las competencias jurisdiccionales para el conocimiento del amparo deben ser reducidas.

En Argentina (Art. 4 Ley 16.986), Bolivia (Art. 129 C.N.), Colombia (Art. 37 Ley de Acción de Tutela), Ecuador (Art. C.N.) , México (Art. 207 VII), Paraguay (Art. 566 Del Código Procesal Civil), República Dominicana (Art. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay ((Art.3 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), hay un criterio amplio de competencia y los jueces de instancia son competentes para conocer la acción de amparo, siendo de observar que en Venezuela se establece que las acciones de amparo contra determinados altos funcionarios deben ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia.

En Perú (Art. 51 del Código Procesal Constitucional) son competentes los jueces civiles del lugar donde se afectó el derecho o del domicilio del afectado,

a elección de demandante y la Sala Civil de La Corte Superior de Justicia si la infracción se origina en una resolución judicial.

En Guatemala (Arts. 11 a 16 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), en Honduras (arts. 9 a 12 de la Ley sobre Justicia Constitucional) y en Panamá (Art. 2616 del Código Judicial) la competencia se reparte entre diversos Tribunales, desde los de primera instancia hasta las más altas instancias, de acuerdo con la jerarquía de los funcionarios en contra de los cuales se haya intentado el amparo. En Guatemala los jueces de primera instancia son competentes para conocer de los amparos intentados contra entidades privadas.

En otros países, en cambio, se considera que por lo delicado del tema, su competencia debe concentrarse en determinados y reducidos tribunales. Así, en Chile el recurso de protección se debe intentar ante la Corte de Apelaciones de la jurisdicción en donde se cometió el hecho que da lugar al recurso (Art. 1 Auto de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales). En Costa Rica el conocimiento de los amparos es competencia exclusiva de la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. También en El Salvador la competencia recae en la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional (Art. 247 C.N.).

En Nicaragua la Ley de Amparo, Numero 49 de 1988 modificada en 1995, establece un particular sistema de competencia mediante el cual el amparo debe intentarse ante la Corte de apelaciones con competencia territorial., la cual sustancia el procedimiento hasta la etapa en que debe decidir si el acto impugnado debe suspenderse o no. Si el acto se suspende el expediente pasa a la Corte Suprema de Justicia, a la cual compete la decisión definitiva del caso.

En mi criterio la atribución de competencia exclusivamente a un alto tribunal no facilita sino que obstaculiza la función fundamental del amparo, cuál es la de que todo ciudadano que vea vulnerados sus derechos fundamentales tenga un medio procesal eficaz y expedito para lograr que se le restituya el ejercicio de los derechos afectados.

En Brasil la legislación no establece que juez es competente para conocer el “mandado de segurança” y la jurisprudencia ha establecido que la

competencia se definirá de acuerdo a la naturaleza de la autoridad que se haya demandado como autora de la infracción que da lugar al proceso.

## 6. Sujetos

En materia de sujetos activos las normativas sobre amparo son muy amplias. En general cualquier persona que se sienta vulnerada en sus derechos fundamentales tiene la titularidad para ejercer el amparo. La legislación venezolana exige que si el querellante es una persona jurídica debe estar domiciliada en el país y que si se trata de una persona natural debe residir en el territorio nacional (Art.1 Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales). En algunas legislaciones se permite que además del afectado, ciertos funcionarios públicos, como representantes del Ministerio Público, Defensores del Pueblo, etc. o ciertas entidades, como sindicatos, partidos políticos, organizaciones de derechos humanos, etc. puedan ejercer el amparo. En ese sentido norman las legislaciones de Bolivia (Art. 52 Código Procesal Constitucional), Brasil (Art. 5 LXX C.N.), Colombia (Art. 12 Ley de Acción de Tutela), Ecuador (Art 9 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), Perú (Art. 39 Código Procesal Constitucional) y República Dominicana (Art. 40 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

En materia de sujetos pasivos del amparo el tema es más complicado. Se pueden identificar una tendencia amplia y otra restringida, con soluciones intermedias. En algunos países, como Argentina (Art 43 C.N.), Bolivia (Art. 128 C.N.), Chile (art. 20 C.N.), Paraguay (Art. 134 CN.), República Dominicana (Art. 68 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Art. 1 Ley 16.011 sobre Acción de Amparo) y Venezuela (Art 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) el amparo puede dirigirse tanto contra autoridades estatales como contra particulares.

En El Salvador (Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales) y Panamá (Art 50 C.N y art. 2615 del Código Judicial) el amparo sólo puede

intentarse contra autoridades estatales o servidores públicos. En otros países si bien, en principio, el sujeto pasivo debe ser una autoridad pública, se permite que pueda intentarse contra los particulares en casos especiales determinados por la ley. Es el caso de Brasil que permite accionar contra particulares cuando éstos ejerzan una función pública por delegación estatal (Lei 1.533. mandado de segurança). También el de Guatemala (artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) y Honduras (Art. 42 de la Ley sobre Justicia Constitucional), que en términos muy similares permiten el ejercicio del amparo contra particulares que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante y el de Nicaragua (Art. 188 C.N), que permite el amparo contra agentes del Estado.

En Colombia, la Ley sobre la Acción de Tutela (Art. 42) establece una serie de excepciones en las cuales se puede intentar tutela contra los particulares. Este régimen de excepciones es bastante amplio, porque comprende no solo a particulares que actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, y de aquellos que tengan a su cargo la atención de servicios públicos, sino también a otros casos, entre los cuales me parece interesante mencionar el indicado en el ordinal 4 que dice: *“Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y **cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.**”* Algo semejante ocurre en Costa Rica cuya Ley de Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 57 que *“El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, **o se encuentren, de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley.**”* En términos similares el artículo 88 de la Constitución de Ecuador permite el amparo contra “una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios

públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o *si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación*, indefensión o discriminación.”

A mi juicio, las excepciones establecidas por las leyes de Costa Rica, Colombia y Ecuador, cuando se refieren a la relación de subordinación o al encontrarse en una situación de poder, abren paso a que los trabajadores puedan intentar tutela contra sus empleadores para defender sus derechos, aun cuando se traten de personas privadas.

El caso mexicano es curioso, porque de acuerdo a la Constitución el amparo sólo procede contra autoridades públicas, pero la Ley de amparo, reglamentaria de los artículos, 103 y 107 de la Constitución del año 2013 señala en su artículo 5 Párrafo 2: “Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. Esta contradicción ha dado lugar a un amplio debate en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana. Una interpretación restringida del texto constitucional puede dar lugar a sostener la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Amparo que permite que, en determinados casos, pueda intentarse el juicio de amparo contra particulares. No existe una sentencia que declare en forma determinante la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la referida Ley. Ha habido sentencias contradictorias que en aplicación de la Ley de Amparo, han determinado la procedencia o improcedencia de un juicio de amparo contra particulares. Así, mientras unas sentencias establecen que los organismos directivos de las universidades privadas actúan como autoridades responsables cuando emiten actos tales como inscripción o expulsión de alumnos, emisión de títulos etc., siendo procedente el juicio de amparo en su contra, otras sentencias les niegan tal carácter de autoridad y en consecuencia declaran inadmisibles el amparo contra sus actos. En igual sentido se han dictado sentencias en relación a los organismos directivos de las instituciones bancarias, autoridades tradicionales de pueblos y comunidades indígenas, notarios públicos, directivos de entidades deportivas, asamblea de ejidatarios etc.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Javier MIJANGOS y GONZÁLEZ, El Juicio de Amparo Contra Particulares:

En mi criterio la naturaleza horizontal que la doctrina contemporánea confiere a los derechos fundamentales, los cuales rigen no sólo en las relaciones de los particulares con el Estado, sino también en las relaciones entre dos o más particulares, debería determinar que el amparo pueda ejercerse no sólo contra las autoridades públicas, sino también contra personas privadas.

## 7. Procedimiento

El procedimiento de amparo varía en las diversas legislaciones, por lo cual en un estudio general como el presente, que no se refiere a la legislación de un país en particular, no es oportuno entrar en el análisis detallado de los diversos aspectos procedimentales que pueden plantearse en relación al ejercicio del amparo. Sin embargo, si es posible referir a un esquema procesal que, en general, observan la mayoría de las legislaciones.

En primer lugar se puede anotar que, como se refirió con anterioridad, los procesos de amparo se caracterizan por su celeridad, simplicidad, gratuidad. En general las legislaciones simplifican las formalidades y otorgan autoridad y medios procesales eficientes para que el Juez de amparo decida sumariamente el caso sometido a su consideración. Es de observar que no obstante las prescripciones legislativas, no en todos los casos el amparo es tramitado y resuelto con la debida celeridad.

Las legislaciones suelen establecer los requisitos que debe llenar la demanda de amparo, procurando que, desde el inicio, se proporcionen al juez elementos que faciliten su pronta decisión. En algunos países se exige que junto con la demanda se acompañen pruebas pertinentes. Así, en Argentina (Arts. 6 y 7 Ley 16.986 Acción de Amparo), Colombia (Art. 14 Ley de Acción de Tutela), Ecuador (Art. 10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

---

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/19.pdf>, Rubén SANCHEZ GIL. El Concepto de "Autoridad Responsable" en la nueva Ley de Amparo. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2014, vol.47, n.139 [citado 2020-10-31], pp.315-330: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso); Humberto SUAREZ CAMACHO, El Juicio de Amparo Contra Particulares, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/20.pdf>, Carlos DE BUEN UNNA, Particulares Como Autoridades Responsables en el Juicio de Amparo (inédito).

Constitucional), El Salvador (Art. 14 Ley de Procedimientos Constitucionales.), Guatemala (Art. 21 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad), Honduras (Art. 49 Ley sobre Justicia Constitucional), México (Arts. 108 y 175 Ley de Amparo), Nicaragua (Art. 27 Ley de Amparo), Panamá (Art.2619 Código Judicial), Paraguay (Art. 569 Ley nº 16.011 Acción de Amparo) República Dominicana (Art. 42 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Art. 5 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 18 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Una vez presentada la demanda, el Juez examinará si esta es admisible, en cuyo caso inmediatamente pondrá a la parte querellada del conocimiento de la misma. Generalmente se establece que el Juez solicite a la parte querellada un informe sobre los hechos objetos del amparo. Se suele establecer que la falta de presentación de ese informe trae consecuencias procesales adversas a quien lo omitió, generalmente comporta una presunción de veracidad de los hechos alegados por el querellante o se suspende provisionalmente el acto impugnado. Así, en Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo), Colombia (Art. 19 Ley de Acción de Tutela), Costa Rica (Art. 43 Ley de Jurisdicción Constitucional), Chile (Art. 3 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales), El Salvador (Arts. 2 y 84 Ley de Procedimientos Constitucionales), Guatemala (Art. 33 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad.), Honduras (Arts. 52 y 53 Ley sobre Justicia Constitucional ), México (Arts. 115 a 117 y 142 Ley de Amparo), Nicaragua (Art. 37 Ley de Amparo), Panamá (Art. 2620 Código Judicial), Paraguay (Arts. 572 y 584 Ley nº 16.011 Acción de Amparo), República Dominicana (Art. 54 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), y Venezuela (Art. 23 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Algunas legislaciones prevén que el juez pueda dictar medidas cautelares tendientes a asegurar la protección del querellante. Estas medidas requieren generalmente que haya un indicio o principio de prueba de la violación de un derecho constitucional del querellante. Pueden ser la suspensión temporal del acto objeto del amparo o de la suspensión de la aplicación de la norma

impugnada, si fuere el caso. Estas medidas están expresamente reguladas por las legislaciones de Las legislaciones de Bolivia (Art. 9 Código Procesal Constitucional), Brasil (Arts. 7 II Lei 1.533. mandado do segurança y Arts. 1b, 2 y 5 Lei Mº 4.348 normas processuais relativas a mandado de segurança), Colombia (Art. 7 Ley de Acción de Tutela), Costa Rica (Art. 41 Ley de Jurisdicción Constitucional), Chile (Art. 3 Auto de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales), Ecuador (Arts. 26 a 38 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), El Salvador (Arts. 19,20, 23,24 y 25 Ley de Procedimientos Constitucionales.), Guatemala (Arts. 24, 27 a 32 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad. ), Honduras (Arts. 57 a 62 Ley sobre Justicia Constitucional ), México (Arts. 207 X C.N. y 125 a 139 y 190 y 191 Ley de Amparo), Nicaragua (Arts. 31 a 36 Ley de Amparo), Paraguay (Art. 571 Ley nº 16.011 Acción de Amparo), Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

El Juez fijará sin dilación una audiencia en la cual las partes harán sus alegatos y evacuaran sus pruebas. Esta audiencia suele ser oral y pública y desarrollada en una sola oportunidad, sin prolongaciones y fijada con mucha prontitud, en algunos casos cuarenta y ocho (Bolivia) o setenta y dos horas (Paraguay). Así, en Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo), Bolivia (Art. 56 Código Procesal Constitucional), Ecuador (Arts.13 y 14 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), El Salvador (Arts. 27 y 30 Ley de Procedimientos Constitucionales.) Guatemala (Arts. 35 y 37 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad), México (Art. 184 Ley de Amparo), Paraguay (Arts. 573 Ley nº 16.011 Acción de Amparo), Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Una vez hechos los alegatos y evacuadas las pruebas, el juez decidirá si hubo o no violación de un derecho constitucional del querellado y, en caso afirmativo, dispondrá la restitución dela situación jurídica infringida. El plazo para la decisión es perentorio. En el menor de los casos es de veinticuatro horas en Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías

Constitucionales), siendo de dos días Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo), Ecuador (art. 15 14 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), Panamá (Art. 2624 del Código Judicial), Paraguay (Artículo 5 Ley nº 16.011 Acción de Amparo) En República Dominicana (Art. 53 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) el plazo es de cinco días y en Colombia (Art. 1º Ley de Acción de Amparo) el plazo es de diez días. Contrariamente a esta tendencia de brevedad, el art. 17 de la Ley de Amparo de Nicaragua establece un plazo de sesenta días para que se produzca la decisión.

En la mayor parte de los países el Juez limitará su decisión a constatar si hubo violación de derecho constitucional del querellante y, en caso de haberla habido, a restituir a este en el disfrute y ejercicio de su derecho, sin entrar a analizar otras cuestiones relativas al fondo del asunto. En algunos países, como se ha visto con anterioridad, el juez tiene competencia para acordar indemnizaciones y reparaciones.

Generalmente se establecen medios expeditivos para la ejecución de la sentencia y severas sanciones, en algunos casos de orden penal, para que no den cumplimiento a la misma. Así, en Argentina (Arts. 6 y 7 Ley 16.986 Acción de Amparo), Colombia (Arts. 27,52 y 53 Ley de Acción de Tutela), Costa Rica (Art. 53 Ley de Jurisdicción Constitucional), Chile (Art. 15 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales), El Salvador (Art. 37 Ley de Procedimientos Constitucionales.), Guatemala (Arts. 50 y 78 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad), Honduras (Art. 49 Ley sobre Justicia Constitucional ), México (Arts. 207 XVI y XVII C.N. . 190 a 198 Ley de Amparo), Nicaragua (Arts. 49 y 50 Ley de Amparo), Panamá (Art.2632 Código Judicial), Paraguay (Arts. 583 y 584 Ley nº 16.011 Acción de Amparo), República Dominicana (Art. 59 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) y Venezuela (Art. 31 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

En algunos casos, sobre todo en aquellos países que establecen una competencia amplia para el conocimiento de los amparos, permitiendo que jueces de instancia conozcan de los mismos, se suele establecer un recurso de

apelación y, en ocasiones, de consulta obligatoria. Así, en Argentina (Art. 15 Ley 16.986 Acción de Amparo), Brasil (Art. 12 Lei N° 1.533 mandado de segurança), Colombia (Arts. 31 a 33 Ley de Acción de Tutela), Chile (Art. 6 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales), Ecuador (Art. 24 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), Guatemala (Art. 60 Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad), Honduras (Art. 68 Ley sobre Justicia Constitucional ), Panamá (Art.2625 Código Judicial), Paraguay (Art. 581 Ley n° 16.011 Acción de Amparo ) República Dominicana (Art. 57 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Art.10 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 35 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

## **8. El amparo en materia laboral**

En América Latina ha tenido amplia acogida la tendencia de incorporar en los textos constitucionales artículos referentes a los derechos de los trabajadores. A partir de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, las constituciones latinoamericanas fueron incorporando, con mayor o menor precisión de detalles, los derechos que el Estado garantiza a los trabajadores. Entre tales derechos suelen figurar los siguientes: libertad de trabajo, derecho al trabajo y deber de trabajar; irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados por la Constitución y por la leyes; derecho a una remuneración equitativa, salario mínimo obligatorio, protección legal al salario; participación en los beneficios de las empresas, limitación a la jornada; descanso semanal remunerado; vacaciones remuneradas; normas protectoras de mujeres y menores; libertad sindical, protección a la negociación colectiva, derecho de huelga; seguridad social, etc.

Por cuanto los derechos laborales tienen rango constitucional resulta lógico concluir que, aun cuando la legislación de un país no lo establezca de manera expresa, los trabajadores disponen del amparo como un medio procesal para la defensa de los derechos que la Constitución le otorga. Esta conclusión

general tendría dificultades de aplicación en El Salvador, en donde el artículo 13 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, con una orientación distinta a la que establece el artículo 247 de la Constitución, que señala que toda persona puede pedir amparo a por violación de sus derechos constitucionales, contiene una norma claramente excluyente que establece que el juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales.

Para determinar el alcance de la procedencia del amparo como medio de defensa de los derechos constitucionales de los trabajadores, hay que hacer dos precisiones. En primer lugar hay que recordar la naturaleza subsidiaria que caracteriza al amparo. Esto solo procede en aquellos casos en que la restitución del derecho infringido no pueda alcanzarse de manera eficiente e inmediata mediante los medios propios de la justicia ordinaria. La legislación laboral otorga a los trabajadores medios para hacer valer sus derechos. En principio, un trabajador que vea vulnerados los mismos debe hacer uso de tales medios. Sólo podrá acudir al amparo en aquellos casos excepcionales en que los mismos no sean eficientes para lograr el restablecimiento inmediato y completo de situación jurídica infringida. Así, un trabajador de una empresa que esté en una situación normal de funcionamiento no podría hacer uso del amparo para cobrar los créditos laborales que le deba su empleador, sino que tendría que acudir a la justicia laboral común, haciendo uso de los medios ordinarios concedidos por la legislación, Pero si esa empresa se encuentra en estado de insolvencia y existe posibilidad cierta de que sea rematada judicialmente, ese trabajador podría alegar que los medios ordinarios no son eficientes para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida por el empleador que no le paga su beneficios laborales y en consecuencia intentar un amparo para lograr tal restablecimiento.

Otra precisión necesaria tiene que ver con las limitaciones que las legislaciones establecen en cuanto al sujeto pasivo del amparo, aspecto analizado en el punto 6 del presente artículo. En algunos países, el amparo no procede sino exclusivamente contra las autoridades públicas. En consecuencia, en esos países los trabajadores de empleadores privados no tienen acceso al amparo. En otros países, si bien, en principio, el amparo es reservado, para ser ejercido contar las autoridades públicas, se establecen excepciones en las

cuales puede ser usado contra particulares. En estos casos los trabajadores de empleadores particulares podrán hacer uso del amparo contra sus empleadores, cuando sus respectivos casos configuren una de las excepciones que la legislación permite. Las excepciones suelen referirse a particulares que actúen como agentes públicos, por delegación del estado en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Pero, tal como se ha visto con anterioridad, en Colombia, Costa Rica y Ecuador se enumeran, dentro de las excepciones el hecho de que “*el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.*”(Colombia) o que “*se encuentren, de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales*” o a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley.” (Costa Rica) o “*si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*”(Ecuador). Estas excepciones facilitan que en estos tres países los trabajadores puedan intentar amparo contra los empleadores privados para defender sus derechos.

### **9. Acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales**

Más allá de que en la mayoría de los países los trabajadores pueden intentar un amparo para obtener la restitución de sus derechos constitucionales, para lo cual deben seguir el procedimiento general de amparo establecido por la Constitución y regulado por las disposiciones especiales sobre amparo, parte de la doctrina ha planteado que la eficaz protección de los derechos fundamentales de los trabajadores requiere de la existencia de medios procesales eficientes a cargo de la jurisdicción laboral ordinaria. En este sentido en Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador y Uruguay existen algunas acciones jurisdiccionales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales.

En Argentina la Ley 23.551 sobre asociaciones sindicales establece una serie de disposiciones sustantivas sobre la constitución, organización y

funcionamiento de los sindicatos y la protección de la libertad sindical. En su artículo 47 dispone:

**“Artículo 47.** — *Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.”*

Como cosa curiosa puede señalarse que el procedimiento del artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial es menos expedito que el contemplado en la ley 16986 sobre La Acción de Amparo. La Ley 23.551 permite que el trabajador afectado pueda “demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.”, lo cual no podría hacer si demandase por el amparo general.

En Costa Rica la Ley 9343 de Reforma Procesal Laboral de 2016 estableció un procedimiento sumario de tutela mediante el cual los trabajadores que en virtud de un fuero legal gocen de estabilidad pueden impugnar el despido, medida disciplinaria o cualquier otra medida discriminatoria de que hayan sido objeto. No se requiere, como en el amparo general, que la tutela se fundamente en la violación directa de un derecho constitucional, basta alegar la violación del fuero legal.

Esta tutela puede ser presentada ante un juzgado de trabajo de primera instancia, lo cual la hace mucho más accesible que el amparo general que es conocido por la Corte Suprema de Justicia.

La tutela se tramitará conforme a un procedimiento sumario que establece el Código del Trabajo, pudiendo el Juez suspender el acto impugnado. Si la decisión declara con lugar la tutela, el Juez condenará a la parte agraviante el pago de salarios caídos y a la indemnización de los daños y perjuicios que hubiese ocasionado el acto impugnado, lo cual no ocurre en el amparo general.

El juez de la tutela se limitará, a la comprobación del quebranto de la protección, el procedimiento o los aspectos formales garantizados por el fuero y, si la sentencia resultara favorable a la parte accionante, se decretará la nulidad que corresponda y se le repondrá a la situación previa al acto que dio origen a la acción, y condenará a la parte empleadora a pagar los daños y perjuicios causados. Si los efectos del acto no se hubieran suspendido, se ordenará la respectiva reinstalación, con el pago de los salarios caídos. La sentencia no prejuzgará sobre el contenido sustancial o material de la conducta del demandado.

En Chile la Ley 20.087 de 2006 estableció un procedimiento de tutela laboral, que no protege todos los derechos constitucionales de los trabajadores, sino exclusivamente los referidos al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia; la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y la libertad de trabajo y su protección. Este procedimiento puede intentarse tanto por el trabajador afectado como por la organización sindical la cual pertenezca y puede presentarse ante un juez laboral competente, lo cual significa que el mismo es de más fácil acceso que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que solo puede intentarse ante las Cortes de Apelaciones. Si la decisión que se dicte es favorable al querellante, la misma no se limitará restituirlo en el ejercicio de sus derechos, como ocurre con el recurso constitucional de protección, sino que comprenderá una condenatoria por los salarios caídos y por indemnizaciones. Curiosamente no se estableció un procedimiento sumario para la tutela, sino que su trámite debe seguirse por las normas del proceso laboral ordinario.

En Ecuador el artículo 195.2 del Código del trabajo establece un procedimiento sumarísimo denominado acción de despido ineficaz que permite que el trabajador despedido acuda ante el juez del Trabajo, el cual en un plazo de veinticuatro horas ordenará la citación del empleador, pudiendo acordar

medidas cautelares de reintegro mientras dure el procedimiento. La audiencia se realizara a las cuarenta y ocho horas de practicada la citación y al final de la misma el juez debe dictar El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador establece la posibilidad de que los trabajadores que no hayan recibido oportunamente el pago de sus salarios mensuales o adicionales podrán intentar su cobro mediante un juicio monitorio que comprende lapsos abreviados siempre que el valor reclamado no supere un monto equivalente a 50 salarios básicos unificados del trabajador en general.

En Uruguay la Ley N° 17.940 sobre Libertad Sindical establece varias disposiciones sustantivas en protección a la libertad sindical (artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8 y 9) y crea un proceso de tutela especial para proteger a los trabajadores que han sido objeto de actos discriminatorios contra su libertad sindical (Arts. 2 y 3). Esta Ley dispone que para la tramitación del proceso especial de tutela el trabajador debe acogerse a las disposiciones referentes al proceso extraordinario (Arts. 346 y 347 del Código General del Proceso) y a los artículos 4 a 10 de la Ley de Amparo. Como características particulares de esta tutela especial puede señalarse que atribuye al empleador la carga de la prueba de que el despido se realizó por una causa razonable y que dispone que la sentencia que ordena la reincorporación del trabajador debe otorgar a éste el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubiere correspondido cobrar durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que ésta se efectivice.

Por último, hay que señalar que en algunos países, como Bolivia y Venezuela, existen procedimientos administrativos muy expeditos que permiten a la administración del trabajo ordenar la rápida reincorporación a su puesto de trabajo de trabajadores que gozan de inamovilidad laboral y que son, sin embargo, despedidos por sus empleadores.

## 10. Conclusiones

**Primera:** la incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales no comporta una protección de los mismos si no está

acompañada de instrumentos jurídicos eficientes para garantizar a los ciudadanos el goce y ejercicio efectivo de esos derechos. En este sentido, si está rodeado de ciertas condiciones, el amparo puede ser un importante medio procesal para que los ciudadanos puedan reclamar ante los órganos jurisdiccionales que tales derechos les sean restituidos de una manera eficaz e inmediata cuando los mismos hayan sido vulnerados

**Segunda:** A mi juicio el amparo es una acción, porque le da a los ciudadanos que vieren infringidos sus derechos constitucionales el derecho a acudir ante los organismos jurisdiccionales para obtener su restitución. No debería calificarse como un recurso, porque éstos se dan en el contexto de un proceso para obtener la modificación de una decisión tomada en el mismo y el amparo puede intentarse cuando no exista un proceso abierto.

**Tercera:** El procedimiento para intentar, sustanciar y decidir el amparo debe ser fácilmente accesible y para ello debería poder intentarse ante los jueces de instancia del lugar donde ocurrió la violación del derecho; debe ser accionable por cualquier agraviado, por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo o ente similar contra cualquier persona que viole un derecho fundamental, bien se trate de entes públicos o de particulares; su tramitación debe ser gratuita, breve y de resultados eficaces. Un procedimiento de amparo que no llene estas características no puede cumplir con la misión que le corresponde, cual es la de restituir al querellante de una manera eficiente e inmediata el derecho constitucional que le ha sido vulnerado.

**Cuarta:** El amparo forma parte del control difuso de la constitucionalidad, pues el Juez de amparo tiene competencia para constatar si la norma, acto u omisión contra la cual se ejerce el amparo, efectivamente viola los derechos constitucionales del querellante y, de ser así es igualmente competente para desaplicar la norma impugnada al caso concreto, si fuere el caso, o para anular el acto u omisión, reintegrando al querellado el ejercicio de sus derechos constitucionales. Excepcionalmente, el amparo puede formar parte del control concentrado de la constitucionalidad, cuando es ejercido conjuntamente con una solicitud de nulidad intentada ante un órgano judicial con competencia para declarar tal nulidad.

**Quinta:** Por cuanto los derechos laborales tienen rango constitucional resulta lógico concluir que, aun cuando la legislación de un país no lo establezca de manera expresa, los trabajadores disponen del amparo como un medio procesal para la defensa de los derechos que la Constitución le otorga.

**Sexta:** Resulta interesante la experiencia de varios países latinoamericanos que han diseñado modalidades especiales de acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales. Tales modalidades deberían preservar las características requeridas por el amparo general, entre ellas las de tener un procedimiento expedito.

## Bibliografía

- BURGOA, I. (1983). *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México.
- DE BUEN UNNA, C. (inédito). *Particulares Como Autoridades Responsables en el Juicio de Amparo*.
- MÁRQUES RIVAS, F. (2013). “Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista Ex lege electrónica*, Año 3, N° 16, México.
- NOGUEIRA ALCALA, H. (1998). “El habeas corpus o recurso de amparo en Chile con información comparativa de América del Sur: Evolución y Situación Actual”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 13.

## Recursos electrónicos

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. (2017). *El Juicio de Amparo Contra Particulares*. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/19.pdf>.
- SANCHEZ GIL, R. (2014). “El Concepto de ‘Autoridad Responsable’ en la nueva Ley de Amparo”, *Bol. Mex. Der. Comp.* [online], vol.47, n.139. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso).
- SUAREZ CAMACHO, H. (2017). *El Juicio de Amparo Contra Particulares*. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/20.pdf>.

---

## **EMERGENCIA Y CONSTITUCION EN ARGENTINA Y EL COVID 19**

## **EMERGENCY AND CONSTITUTION IN ARGENTINA AND COVID 19**

Lorenzo P. GNECCO

*Abogado y especialista en Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, UBA, Argentina. Docente universitario y de posgrado, publicista, ex miembro del Instituto de Derecho del Trabajo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

[lorenzo.gnecco@mcolex.com](mailto:lorenzo.gnecco@mcolex.com)

Fecha de envío: 07/06/2021

Fecha de aceptación: 20/07/2021

---

## EMERGENCIA Y CONSTITUCION EN ARGENTINA Y EL COVID 19

Lorenzo P. GNECCO

*Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

---

**Resumen:** El presente trabajo se propone formular algunas reflexiones ante un tema singularmente complejo, de importancia y actualidad, vinculado al problema de las emergencias frente al estado de derecho, y la repuesta producida en Argentina para enfrentar la pandemia del Covid-19 ante su impacto sobre el Derecho laboral, analizada bajo un punto de vista institucional y constitucional.

**Palabras clave:** COVID-19 - Emergencia - Derecho laboral - Estado de Derecho - Constitución

**Sumario:** 1. La legislación de emergencia. 2. La situación normativa. España. Portugal. Colombia. Perú. Bolivia. Chile. Uruguay. Otros países. Argentina. 3. Emergencia y necesidad. 4. La emergencia producida por la pandemia. La situación fáctica. La respuesta normativa en la emergencia. Una aproximación valorativa en lo institucional y constitucional.

**Abstract:** This work is aimed at formulating a critical thinking on a particularly complex, important and topical question related to the problem of emergencies before the State of law, and the response given in Argentina to face the Covid-19 pandemic in its impact on Labor Law, analyzed from an institutional and constitutional perspective.

**Key words:** COVID-19 - Emergency - Labor Law - Rule of Law - Constitution

**Summary:** 1. Legislation of the emergency. 2. Normative status. Spain, Portugal, Colombia, Peru, Bolivia, Chile, Uruguay. Other countries. Argentina. 3. Emergency and necessity. 4. The emergency due to the pandemic. Factual situation. Normative response in the emergency. An evaluative approach from the institutional and constitutional perspective.

## 1. La legislación de emergencia

Todo Estado, en cuanto cuerpo político viviente, al igual que las personas, se encuentra expuesto a afrontar diversas circunstancias negativas a lo largo de su existencia, incluyendo momentos excepcionales o situaciones de crisis de distinta clase. En su vida, pueden producirse fenómenos de suma gravedad aptos para provocar, en extremo, la destrucción de la propia organización política global, con la consecuente desaparición del Estado<sup>1</sup>. Constituyen una situación que el Derecho público ha caracterizado como de *emergencia*. LINARES QUINTANA vincula en tal sentido dicho problema con la subsistencia del Estado<sup>2</sup> y en parecido sentido BIDART CAMPOS la refiere como peligrosa situación, patológica para la Constitución<sup>3</sup>, al igual que la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>4</sup>, aludiendo a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado<sup>5</sup>, y lo propio hace una gran mayoría de autores. Existe también, dentro de dicho espectro, lo que en un tiempo hubo de conocerse en Argentina como *estado de prevención y alarma*<sup>6</sup>, el cual entraña una situación institucional preventiva ante la eventualidad de una crisis<sup>7</sup>. Se produce en todos dichos casos, o sumamente próximo se está, ante un estado de necesidad máxima<sup>8</sup> o emergencia que impone el deber de superarlo mediante la adopción de medidas que sean de carácter extraordinario y excepcional. Un derecho de *necesidad*<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. II, p. 1313.

<sup>2</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1956, t. V, p. 395.

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 1998, t. 2, p. 349.

<sup>4</sup> Sentencia del caso *Lowes*, cit. por GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *La emergencia en la Constitución Nacional*, ED, t. 154, p. 870.

<sup>5</sup> Interpretando al efecto el art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>6</sup> Según la Constitución de 1949 que rigiera hasta 1956, La locución *estado de alarma* se aprecia también plasmada actualmente en algunas legislaciones, tal como en Venezuela, España, Portugal, y otros países.

<sup>7</sup> ZIULIU, Adolfo G., *Estado de sitio*, Bs. As., p. 173/74.

<sup>8</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, p. 57 y ss,

<sup>9</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª. ed, Bs As., 1997, t. 2, p. 189. Igualmente, MIDÓN, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As., 2001, p. 45 a 52.

Ya en el Derecho romano antiguo existían instituciones de emergencia, como lo eran el *senatus consultus ultimum*, decisión por la cual se reunían en la autoridad ejecutiva los poderes en situación de crisis, la *legibus solvere*, dispensa de las leyes en casos particulares, y la *dictadura*<sup>10</sup>. En la organización política de Roma durante su período republicano, en situaciones de grave emergencia el Senado estaba facultado para designar un dictador en el cual se concentraba el ejercicio de todos los poderes gubernamentales, una magistratura extraordinaria impuesta temporalmente, y que concluía cuando el Senado consideraba superada la crisis<sup>11</sup>. El dictador<sup>12</sup> era un depositario individual y provisional de todo el poder, absoluto e inapelable, destinado a resolver una amenaza grave -como una guerra, un conato de revolución, una sublevación, etc.,- cuyo mandato ordinariamente duraba 6 meses. La dictadura republicana de la antigua Roma procedía, pues, en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del Estado, y tenía una duración limitada, sin perjuicio de caducar anticipadamente si el peligro era subsanado antes.

En el mundo antiguo, y hasta entrado el siglo XX, el Estado reaccionaba en forma enérgica a los fines de enfrentar las situaciones de crisis, sin mayor preocupación al efecto por los derechos individuales. En el caso de la dictadura romana todos los derechos -incluso el derecho a la vida- quedaban suspendidos durante la dictadura.

Desde mediados del último siglo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, comienza a afianzarse un cambio de sentido en la materia, iniciado desde bastante tiempo atrás, para ir estableciéndose con mayor intensidad y despliegue la regulación de los estados de excepción, no sólo para atribuir al gobierno potestades extraordinarias en situaciones de ese tenor, sino también para que sirvieran de enérgico freno a los excesos del poder en resguardo de las personas. Las constituciones modernas han procurado establecer disposiciones para regular tanto las causas por las cuales puede establecerse una situación de emergencia, como las autoridades facultadas para decretarlas, las cuales, en algunos países, no se atribuyen únicamente al

---

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, México, 2003, p. 8.

<sup>11</sup> BADENI, Gregorio, op. cit., t. II. p. 1314.

<sup>12</sup> Locución derivada de "dictare", en el sentido de mandar.

Ejecutivo, sino que se requiere la intervención de los órganos legislativos, y, de manera creciente, también la de los tribunales. Así también se prescriben las limitaciones a que se hallan sujetas, tanto en cuanto a las materias susceptibles de restricción, como el tiempo en el cual las declaraciones respectivas guardan validez<sup>13</sup>.

Los sistemas modernos, en efecto, han propiciado enfrentar la emergencia con las instituciones que debe prever el propio orden constitucional para su defensa. Se ha dicho al efecto que un régimen democrático debe prevenir no solamente su vigencia en situaciones de normalidad, sino también bajo circunstancias extraordinarias cuando los hechos desencadenados amenazan poner en peligro la estabilidad y subsistencia del sistema constitucional<sup>14</sup>. En igual sentido, y en protección de la dignidad de la persona, en dichas situaciones sólo ciertos derechos pueden suspenderse o restringirse y las medidas que en la circunstancia adopta la autoridad pública son susceptibles de control jurisdiccional.

No obstante que la misma luciría una posición predominante, se advertirían históricamente manifestaciones en sentido discordante. El pensamiento de SCHMITT, sintetizado en que no habría norma aplicable al caos y que sería soberano quien decide en última instancia sobre la excepción<sup>15</sup>, se evidenciaría ciertamente en una senda bastante desencontrada. Claro que no tardaron distintos autores en responder con voces críticas al citado orden de ideas, como las de DYZENHAUS<sup>16</sup>, DICEY<sup>17</sup>, AGAMBEN<sup>18</sup> y muchos más, destacando que aún en los estados de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa, del "Parlamento en primer lugar, o bien, buscando la colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, con estricto control

---

<sup>13</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Prólogo*, en DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM.IIJ, 1999, p. XVI.

<sup>14</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1977/1988, t. VI, p. 286.

<sup>15</sup> SCHMITT, Carl, *Political Theology, Four chapters on the concept of sovereignty*, p. 13, MIT, Cambridge, Massachusetts, 1988, University of Chicago Press, 2005

<sup>16</sup> DYZENHAUS, David, *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?*, University of Toronto, Cardozo Law Review, vol. 27:5, p. 2005 y ss.

<sup>17</sup> DICEY, Albert V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 10<sup>th</sup> ed, 1959.

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio, *State of exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005.

republicano y democrático durante la emergencia<sup>19</sup>. Se ha advertido asimismo lo cuestionable que resultaría el citado esquema de prescindir de la respuesta institucional, y que ello debería ser tomado seriamente en cuenta, ya que de lo contrario desaparecería la misma razón de ser del Estado de Derecho para dar cabida a la razón del Estado<sup>20</sup>. Con agudeza se ha señalado de antaño que carecería de sentido contar con leyes, Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si dichas garantías se han de suspender cuando ocurren los casos de más peligro, ello es, los tiempos críticos<sup>21</sup>, ya que la emergencia no implica suspender la vigencia de la Constitución, puesto que se declara - precisamente- para preservar la Ley Suprema y sus autoridades<sup>22</sup>. En definitiva, de lo que se trata es de afirmar los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho.

El problema de las emergencias ha merecido especial tratamiento también por las Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico Social y también de su Comisión de Derechos Humanos, que desde décadas atrás se adentró al estudio y seguimiento de su impacto sobre los estados de derecho y en los derechos humanos. En las Conclusiones y Recomendaciones de su 10° Informe, hubo de advertirse que entre los años 1985 y 1997 más de un centenar de países habían vivido bajo estados de excepción, y que ello había ocurrido en todos los continentes, revelándose una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se invirtiera, convirtiéndose en regla<sup>23</sup>.

## 2. La situación normativa

---

<sup>19</sup> Así, vgr., ACKERMAN, Bruce, *The emergency Constitution*, 113, Yale Law Journal 1029 (2004).

<sup>20</sup> SABSAY, Daniel, *A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico*, en *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, Córdoba, 2007, p. 139.

<sup>21</sup> José Manuel ESTRADA, *Convención Constituyente Provincial de 1870-1873*, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado*, op. cit., t, 5, p. 396/397.

<sup>22</sup> CSJN, Argentina, caso *Alem* del año 1893.

<sup>23</sup> Informe "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción", del 23 de junio de 1997, 49° período de sesiones de las Naciones Unidas

La mayor parte de los países contienen, modernamente, regulaciones en el plano constitucional e infraconstitucional destinadas a enfrentar las situaciones de emergencia dentro del Estado de derecho.

### ***España.***

La legislación hispánica recoge y regula las situaciones de emergencia. La Constitución de la península ibérica, en su artículo 116, como igualmente la Ley Orgánica 4/1981, del 1º de junio, contemplan y regulan las situaciones de *estado de alarma, excepción y sitio*. Los mismos tienen vigencia “cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”<sup>24</sup>. El *estado de alarma* se considera una situación extraordinaria y que se produce cuando media una alteración grave de la normalidad por causa de catástrofes, calamidades, desgracias públicas, crisis sanitarias, paralización de los servicios públicos esenciales o desabastecimiento de productos de primera necesidad<sup>25</sup>. Dicha situación debe ser declarada por el Gobierno mediante un decreto acordado por el Consejo de Ministros, y puede tener una extensión máxima de 15 días, debiendo darse cuenta al Congreso de los Diputados. La misma es, no obstante, prorrogable con autorización del Congreso de los Diputados con base a lo establecido en la Constitución y el art. 6º de la Ley Orgánica 4/1981. En el citado marco, las medidas que se adopten para enfrentar la situación grave y excepcional, deben resultar imprescindibles para tal fin, resultar proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponer una suspensión de ningún derecho fundamental, conforme prevé el art. 55 de la Constitución.

En cuanto al *estado de sitio*, la decisión declarativa debe ser adoptada por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, debiendo mediar propuesta del Gobierno, en tanto que el *estado de excepción* debe ser declarado mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. En todas dichas circunstancias el Gobierno, que dirige la

---

<sup>24</sup> Ley Orgánica 4/1981, de Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

<sup>25</sup> Constitución española, art. 116.2; Ley Orgánica 4/1981, art. 4º,

política militar y de la defensa, asume todas las facultades extraordinarias previstas en la Constitución de dicho país y en la Ley Orgánica de Estados de Alarma, de Excepción y de Sitio.

La regulación con carácter general de las situaciones de emergencia, en cuanto situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que requiere una intervención coordinada de los poderes públicos y ciudadanos para la protección y socorro de personas y bienes, se encuentra en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, considerada Norma Básica de Protección Civil, aprobada por Real Decreto 407/1992, igualmente el RD 1097/2011, que aprobara el Protocolo de Intervención en la Unidad Militar de Emergencias, y el RD 393/2007, que aprobara la Norma básica de autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que pueden dar origen a situaciones de emergencia.

### ***Portugal.***

En la legislación lusitana la respuesta a las emergencias se aprecia también enmarcada en el Derecho constitucional de excepción. El art. 19.2 de la Constitución portuguesa de 1976 prevé el estado de emergencia, junto con el estado de sitio, el cual sólo puede ser declarado en caso de agresión efectiva o inminente por fuerzas extranjeras, o situaciones de grave amenaza, alteración del orden constitucional democrático o de calamidad pública. La distinción entre ambos supuestos fincaría en un criterio parcialmente gradualista. La declaración respectiva por el Presidente de la República previa audiencia del Gobierno y autorización de la Asamblea de la República, puede abarcar a la totalidad o parte del territorio nacional. La declaración del estado de emergencia (o de sitio) confiere a las autoridades competentes la facultad de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para el rápido restablecimiento de la normalidad constitucional. No obstante, no puede afectar en ningún caso el derecho a la vida, a la integridad personal, la identidad personal, la capacidad civil y la ciudadanía, la irretroactividad de la ley penal, el derecho a la defensa, la libertad

de conciencia y de religión<sup>26</sup>. La opción por uno u otro estado, según la Ley Fundamental, debe respetar el principio de proporcionalidad y limitarse -tanto en su extensión, como duración y medios empleados- a lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la situación de normalidad constitucional. La declaración no puede ser mayor a los 15 días, aunque susceptible de prórrogas, y -con las limitaciones ya señaladas- debe especificar los derechos, libertades y garantías cuyo ejercicio queda suspendido.

La Asamblea de la República es la encargada de controlar la aplicación del estado de sitio o de emergencia<sup>27</sup>, hallándose facultada para renovar, modificar o revocar las medidas aprobadas. Las previsiones constitucionales han sido desarrolladas en la Ley 44/86 sobre Régimen de estado de sitio y estado de alarma<sup>28</sup>. Adicionales normas regulan también el empleo de poderes de necesidad para afrontar situaciones extraordinarias o de crisis, tal como ocurre con la Ley de Bases de Protección Civil<sup>29</sup>, que habilita al Gobierno -y también a las autoridades locales y regionales- la facultad de declarar una situación de *alerta* ante una situación de *contingencia* y una situación de *calamidad*, como igualmente para tomar las medidas limitativas o restrictivas de derechos que fueran necesarias. Lo mismo acontece con la Ley de Bases de Sanidad, que contempla un compendio de medidas destinadas a la “defensa de la salud pública”<sup>30</sup>. En caso de una emergencia de salud pública prescribe la adopción de las medidas excepcionales necesarias para afrontarlas.

### **Colombia.**

La Constitución Política de Colombia<sup>31</sup> contempla también mecanismos destinados a afrontar situaciones de excepción constitutivas de emergencias, instituyendo en tal sentido, una regulación relativa a los *Estados de Excepción*. En tal sentido, en el Capítulo 6° de la misma, se consideran como tales, el *Estado*

---

<sup>26</sup> Art. 19.6, Constitución portuguesa.

<sup>27</sup> Art. 162, b), Constitución portuguesa.

<sup>28</sup> Ley de 30 de septiembre.

<sup>29</sup> Ley 27/2006, de 3 de julio.

<sup>30</sup> Base 34, Ley 95/2019, de 4 de septiembre,

<sup>31</sup> Del año 1991.

de *Guerra Exterior*<sup>32</sup>, el *Estado de Conmoción interior*, producido en caso de *grave perturbación del orden público* que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana<sup>33</sup>, y el *Estado de Emergencia*, producido por *hechos distintos* a los anteriores y que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública<sup>34</sup>.

En el primer caso, se habilita al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para la declaración del *Estado de Guerra exterior*, previa autorización del Senado<sup>35</sup>, y que le habilita a ejercitar las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos respectivos y procurar el restablecimiento de la normalidad. Durante el citado estado, el Congreso continuará reuniéndose con la plenitud de sus atribuciones debiendo el Gobierno informarle periódicamente sobre los decretos que dictare y evolución de los acontecimientos. Los *decretos legislativos* que el Gobierno emitiera suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra, pueden ser reformados o derogados por el Congreso<sup>36</sup> rigen temporalmente y dejan de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. En el segundo supuesto, que requiere que la situación no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, se habilita al Presidente a la declaración respectiva con la firma de todos los ministros, la cual puede referirse a toda la República o una parte de ella, y con una duración máxima determinada<sup>37</sup>, y que habilita al Presidente las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los *decretos legislativos* que en dicha circunstancia dictare, pueden suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejan de regir tan pronto se declara restablecido el orden

---

<sup>32</sup> Art. 212, Constitución colombiana.

<sup>33</sup> Art. 213, Constitución cit.

<sup>34</sup> Art. 215, Constitución cit.

<sup>35</sup> Que puede ser omitida si el Presidente considerare necesario repeler la agresión.

<sup>36</sup> Exigiéndose al efecto el voto favorable de dos tercios de los miembros de una y otra cámara (art. 212, *in fine*, Constitución citada).

<sup>37</sup> No mayor a 90 días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere previo concepto favorable del Senado de la República (art. 213, Constitución citada).

público. En breve plazo<sup>38</sup>, el Congreso debe reunirse por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones, debiendo el Presidente remitirle un informe motivado acerca de las razones que motivaron la declaración. La Constitución prohíbe asimismo la investigación y juzgamiento de civiles por la justicia penal militar<sup>39</sup>.

En el último de los supuestos, la Constitución confiere una habilitación al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para declarar el *estado de emergencia* por un plazo determinado, que puede ser prorrogado hasta un máximo anual de 90 días. En dichos casos, la citada declaración faculta al Presidente, con la suscripción de todos los ministros, al dictado de decretos con fuerza de ley que se hallen destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Debe, asimismo, convocar al Congreso, si el mismo no se hallare reunido, a los fines que examine el informe motivo que debe presentarle el Gobierno, acerca de las causas que determinaron la declaración del estado de emergencia y las medidas adoptadas. El Congreso debe pronunciarse en forma expresa sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. Dicho órgano podrá igualmente durante el año posterior a la declaración, derogar, modificar o adicionar los decretos que en la instancia hubiere dictado el Gobierno. En caso que el Congreso no fuera convocado, el mismo se reunirá por derecho propio.

La norma constitucional determina la responsabilidad del Presidente y los ministros en el supuesto que se hubiere declarado el estado de emergencia sin presentarse las circunstancias exigidas por la misma, como así también por eventuales abusos cometidos en el ejercicio de las facultades que otorga al Gobierno durante la emergencia. Y se instituye asimismo un límite material al dictado de los decretos allí contemplados, que es no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Como reglas comunes a los tres estados mencionados, se impide la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales, debiendo respetarse las *reglas del derecho internacional humanitario*<sup>40</sup>, se prohíbe la

---

<sup>38</sup> Dentro de los 3 días de la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción.

<sup>39</sup> Art. 213, Constitución cit.

<sup>40</sup> Art. 214, Constitución cit.

interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado, se hacen responsables al Presidente y los ministros por la declaración de los estados de excepción sin concurrir las circunstancias de guerra exterior o conmoción interior, como también (al igual que los demás funcionarios) por cualquier abuso que cometieran en el ejercicio de las facultades conferidas en la regulación constitucional respectiva. Se prescribe asimismo una revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno, a cuyo efecto debe el mismo proceder a su remisión inmediata a aquélla, y, en caso de incumplimiento, se habilita a la intervención de oficio e inmediata de la Corte<sup>41</sup>.

### **Perú.**

La Constitución Política de la República del Perú<sup>42</sup> habilita al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, a decretar por un plazo determinado, el *estado de excepción*<sup>43</sup>. El mismo puede ser establecido en todo el territorio nacional o sólo una parte del mismo, y de ello debe darse cuenta al Congreso nacional o la Comisión Permanente.

Los estados de excepción que la normativa fundamental contempla son: el *estado de emergencia* y el *estado de sitio*. El primero procede en caso de perturbación de la paz o del orden interno, también en caso de catástrofe o graves circunstancias que afectaren la vida de la Nación. El segundo, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. En el estado de emergencia puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito, estipulándose como plazo máximo de dicho estado el de 60 días, el que, no obstante, puede ser prorrogado por nuevo decreto<sup>44</sup>. En el estado de sitio, el decreto respectivo debe indicar los derechos fundamentales cuya ejercitación no se restringe o

---

<sup>41</sup> Art. 214, cit.

<sup>42</sup> Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

<sup>43</sup> Art. 137, Constitución peruana.

<sup>44</sup> Art. 137.1, Constitución peruana.

suspende, y su plazo no puede exceder de 45 días. La prórroga requiere aprobación del Congreso. Al decretarse el citado estado, y según reza la norma constitucional, el Congreso se reúne de pleno derecho<sup>45</sup>.

En relación a las restricciones de derechos durante los estados de excepción, el art. 200 de la misma Constitución establece la posibilidad de interponer acciones de garantía constitucional a fin de poder revisar la razonabilidad y la proporcionalidad de las mismas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Humanos fueron asimismo suscriptas por el citado país, y han sido considerados complementarios del texto constitucional. No obstante, se ha planteado críticamente la ausencia, en el ordenamiento nacional, de una regulación integral mediante ley especial en relación a los regímenes de excepción previstos en el texto constitucional, que pudiera aportar una regulación completa, más precisa, clara y sistemática en la materia<sup>46</sup>.

### ***Bolivia.***

La Constitución Política del Estado de Bolivia contempla el *Estado de Excepción*<sup>47</sup>, estableciendo que el mismo podrá ser declarado por el Presidente, en todo o parte del territorio, en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural. Dicha declaración no puede en ningún caso suspender las garantías de los derechos, los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, a la información y los derechos de las personas privadas de libertad. La vigencia de la declaración queda sujeta a aprobación del órgano legislativo<sup>48</sup>, ni bien las circunstancias lo permitan y en cualquier caso en un plazo máximo de 72 horas. También se prescribe que el Ejecutivo debe rendir cuentas ante el órgano legislativo plurinacional acerca de

---

<sup>45</sup> Art. 137.2, Constitución citada.

<sup>46</sup> SILES, Abraham, *Problemática constitucional del Estado de Emergencia en Perú; algunas cuestiones fundamentales*, Estudios constitucionales, vol. 15, n° 2, Dic. 2017.

<sup>47</sup> En sus artículos 137 a 139.

<sup>48</sup> La Asamblea Legislativa.

los motivos que determinaran la declaración, así como del empleo de las facultades conferidas por la Constitución y la ley.

### **Chile.**

La Constitución Política de la República de Chile<sup>49</sup>, según las modificaciones introducidas por las leyes de reforma<sup>50</sup>, contempló los *Estados de excepción constitucional*. La declaración de dichas situaciones constituye una atribución del Presidente de la República<sup>51</sup> que sólo puede efectuarse en determinados casos y formas. En tal sentido, procede en caso de *guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública*, cuando afectaren gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado<sup>52</sup>. El Estado de Asamblea, en caso de guerra exterior, y el de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo debe declarar el Presidente con acuerdo del Congreso Nacional.

La declaración del *estado de sitio* por parte del Presidente debe realizarse por un plazo de 15 días y con acuerdo del Congreso nacional, sin perjuicio de la posibilidad de renovación que puede aquél solicitar. El Congreso puede aceptar o rechazar la proposición de declaración, sin poder introducir modificaciones. El mismo cuenta con un plazo de 5 días para expedirse, y en caso de silencio, vencido dicho término, se considera aprobada la propuesta<sup>53</sup>. No obstante, mientras el Congreso se pronuncia, el Presidente puede aplicar el estado de asamblea o de sitio inmediato. Las medidas que adopte aquél mientras no se reúna el Congreso pueden ser objeto de revisión por los tribunales judiciales. El *estado de asamblea* mantiene su duración mientras dure la situación de guerra exterior salvo suspensión anterior por el Presidente.

---

<sup>49</sup> Texto actualizado a diciembre de 2019.

<sup>50</sup> Texto con las reformas de las leyes 18825, 19055, 19097, 19.295, 19448, 19519, 19526, 19541, 19597, 19611, 19634, 19643, 19671, 19762, 19742, 19786, 20050, 20162, 20193, 20245, 20337, 20346, 20352, 20390, 20414, 20503, 20515, 20516, 20573, 20644, 20710, 20854, 20990, 21011, 21096, 21200 y la última por ley 21330.

<sup>51</sup> Art. 32, inc. 5

<sup>52</sup> Art. 39, Constitución citada.

<sup>53</sup> Art. 40, Constitución citada.

En caso de calamidad pública procede la declaración del *estado de catástrofe* por el Presidente, quien debe informar al Congreso Nacional las medidas adoptadas para enfrentar la situación. Si transcurridos 180 días las razones hubieran cesado en forma absoluta el Congreso puede dejar sin efecto la declaración. El estado de emergencia en caso de grave alteración del orden público o grave daño a la seguridad de la Nación lo debe declarar el Presidente determinando las zonas afectadas, no pudiendo extenderse por más de 15 días, que puede ser prorrogado por un período similar. Para sucesivas prórrogas se requiere acuerdo del Congreso<sup>54</sup>. En caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, se contempla la declaración del *estado de emergencia*, el cual no puede extenderse por más de 15 días, aunque puede ser prorrogado por un lazo igual por el propio Presidente. Para sucesivas prórrogas se requiere acuerdo del Congreso.

Cuando media declaración de estado de *asamblea*, el Presidente queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo, pudiendo igualmente restringir el derecho de asociación, interceptar, abrir, registrar documentos y comunicaciones, requisiciones de bienes, así como establecer limitaciones al derecho de propiedad. En caso de estado *de sitio*, el Presidente se halla facultado para restringir la libertad de locomoción, arrestar personas en sus propias moradas o lugares que determine la ley, y suspender o restringir el derecho de reunión. En el estado de *catástrofe*, el Presidente puede restringir las libertades de locomoción y de reunión, pudiendo disponer requisiciones de bienes, limitaciones al derecho de propiedad, y adoptar medidas extraordinarias para el restablecimiento de la normalidad. En caso de estado de *emergencia*, puede restringir las libertades de locomoción y de reunión<sup>55</sup>. Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no pueden, bajo ninguna circunstancia, extenderse más allá de la duración de los mismos<sup>56</sup>. La norma constitucional impide a los tribunales calificar los fundamentos de las circunstancias fácticas invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción; no obstante, asegura la

---

<sup>54</sup> Art. 42, Constitución citada.

<sup>55</sup> Art. 43, Constitución citada.

<sup>56</sup> Art 44, Constitución cit.

posibilidad de revisión judicial respecto de medidas particulares que afecten derechos constitucionales<sup>57</sup>.

### **Uruguay.**

La Constitución de la República Oriental del Uruguay<sup>58</sup> contemplaría dos poderes de emergencia en cabeza del Poder Ejecutivo, que se referirían a las medidas prontas de seguridad y la suspensión de la libertad individual. Se ha planteado por la doctrina la posible existencia de un tercer poder de emergencia, el cual se derivaría del estado de guerra y que configuraría una de las circunstancias que habilitarían la apertura de la jurisdicción penal militar<sup>59</sup>.

La norma fundamental, en su Sección IX relativa al Poder Ejecutivo, faculta al Presidente de la República, en actuación conjunta con el Ministro o Ministros respectivos, o Consejo de Ministros, a *adoptar medidas prontas de seguridad* en los casos graves e imprevistos de *ataque exterior o conmoción interior*<sup>60</sup>. En tal supuesto, aquél debe dar cuenta en perentorio plazo<sup>61</sup> a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, acerca de lo ejecutado y motivos, debiéndose estar a lo que las mismas resuelvan. En orden a las personas, las referidas medidas sólo habilitan a disponer su arresto o traslado de un punto a otro del territorio, salvo que optasen por salir del mismo. Dichas medidas, así como las demás, debe ser sometidas, también en pronto plazo<sup>62</sup>, a la Asamblea general en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, debiendo estarse a su resolución. En punto al arresto, la norma constitucional prescribe que el mismo no podrá ejecutarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes.

---

<sup>57</sup> Art. 45, Constitución cit.

<sup>58</sup> Constitución de 1967, con las modificaciones plebiscitadas en noviembre de 1989, noviembre de 1994, diciembre de 1996 y octubre de 2004.

<sup>59</sup> ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., *Los Estados de Excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales*, *Ius et Praxis*, 8 (1): 147-169, 2002,

<sup>60</sup> Art. 168, acápite y ord. 17, Constitución uruguaya. Las formas de actuación del Ejecutivo aludidas se prescriben en el art. 149 del mismo texto constitucional.

<sup>61</sup> Dentro de las 24 horas.

<sup>62</sup> Dentro de las 24 horas de adoptadas.

Se contempla también en la normativa constitucional la hipótesis de *suspensión de la seguridad individual*. En tal sentido, el art. 31 prescribe que la misma no podrá suspenderse sino mediando anuencia de la Asamblea General, o, encontrándose ésta disuelta o en receso, de la Comisión Permanente, y en cuanto a las causales que habilitan su procedencia, serían el caso extraordinario de traición y de conspiración contra la patria; y entonces -dice el texto fundamental- sólo habilita la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el ya referido inciso 17 del art. 168 del mismo cuerpo. A diferencia de las medidas prontas de seguridad, se requiere aquí la autorización del Poder Legislativo.

Se ha considerado que las medidas prontas de seguridad serían revisables ante los tribunales judiciales, ya que no surgiría de la carta magna que la Asamblea General o la Comisión Permanente en su caso, tengan una competencia exclusiva -y excluyente- para el control de legalidad de dichos actos<sup>63</sup>.

En dicho esquema normativo, la respuesta a las circunstancias excepcionales se concretaría en soluciones de igual carácter que tienden a garantizar el orden constitucional. En otros términos, y según ha sido señalado, los poderes de emergencia procurarían reafirmar el orden institucional y la vigencia plena de la Constitución con las particularidades del caso y del poder de emergencia que se moviliza<sup>64</sup>.

### ***Otros países.***

El reconocimiento de facultades a favor de las instituciones del Estado para actuar en situaciones de emergencia se aprecia recogido en numerosos otros ordenamientos, tales como en la ***Constitución Política de la República Federativa del Brasil*** de 1988<sup>65</sup> (art. 21, XVII, facultades de la Unión -planificar

---

<sup>63</sup> FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Los poderes de emergencia en Uruguay*, Cuestiones constitucionales, n° 19, México, julio/dic. 2008.

<sup>64</sup> FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Los poderes de emergencia en Uruguay*, Cuestiones constitucionales, op. cit.

<sup>65</sup> Texto promulgado en octubre de 1988, con las enmiendas constitucionales de reforma de 1994, y por las realizadas desde 1992 hasta 2020.

y promover la defensa contra las calamidades públicas-; Título V, *De la defensa del Estado y de las Instituciones Democráticas*, Cap. I, *Del Estado de Defensa y del Estado de Sitio*, art. 136 y ss. -habilitación temporal al Presidente de la República para *decretar el estado de defensa* ante grave y eminente inestabilidad institucional o afectación por calamidades naturales de grandes proporciones, con restricciones a derechos, ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos; art. 137, autorización del Congreso para *decretar el estado de sitio* en forma temporal para enfrentar grave conmoción de repercusión nacional, o en caso de declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión extranjera); **Panamá** -cuya Constitución<sup>66</sup> (art 55) habilita al órgano ejecutivo, mediante decreto acordado en Consejo de Gabinete, a declarar temporalmente, en caso de guerra exterior o perturbación interna que amenaza la paz o el orden público, el *estado de urgencia* en toda la República o parte de ella, con suspensión de efectos de determinadas garantías constitucionales, y con intervención ulterior, sea aprobatoria, reformadora o derogatoria por el órgano legislativo (arts.- 55 y 161)-; **Guatemala** -*Estado de Calamidad Pública* decretado por el Poder Ejecutivo (Ley de Orden Público<sup>67</sup>) contemplando diversos tipos de emergencia (*Estado de prevención, de alarma, de calamidad pública, estado de sitio, y estado de guerra*); **Italia** (declaración temporal del *estado de emergencia* -habilitada mediante ley ordinaria dispuesta por el Consejo de Ministros y que debe contar con un límite temporal-, donde se faculta al Gobierno al dictado de Decretos del presidente del Consejo de Ministros para enfrentar la emergencia), y muchos más.

### **Argentina.**

a) El enfrentamiento y la solución de las situaciones de emergencia a través de las instituciones establecidas por la Ley Fundamental ha sido también el camino adoptado por la Constitución federal de Argentina. En tal sentido, se ha dicho que la misma debe regir tanto en tiempos de paz o normalidad, como

---

<sup>66</sup> Constitución Política de 1972, reformada según actos de 1978, acto constitucional de 1983, actos legislativos de 1993, 1994 y 2004.

<sup>67</sup> Aprobada en diciembre de 1965. Véase, capítulos IV a VII, arts. 14, 15, 16, 23, de la misma.

también durante el curso de cualquier tipo de emergencia económica, social o política, incluso en tiempos de guerra<sup>68</sup>. Dicha solución resultaría de una interpretación teleológica del art. 29 de la Constitución argentina<sup>69</sup>, consecuente con la esencia de una democracia constitucional, y su art. 28<sup>70</sup>. El orden constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia. Dicha forma de respuesta es también la establecida por el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las instituciones de emergencia contempladas por la Constitución Nacional de Argentina serían tres: la *declaración de guerra*, el *estado de sitio* y la *intervención federal* a las provincias (art. 75, incisos 25, 29 y 31). Las mismas constituyen las respuestas institucionales regladas por la Constitución ante emergencias de carácter político. La *declaración de guerra* incumbe al Poder Ejecutivo Nacional y debe ser autorizada previamente por el Congreso Nacional<sup>71</sup>. La declaración del *estado de sitio* se halla habilitada para los casos de conmoción interior o de ataque exterior que pusieran en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por la misma. La declaración puede abarcar la provincia o territorio donde se produzca la perturbación del orden, suspendiéndose allí las garantías constitucionales. La suspensión no habilita al presidente de la República a condenar por sí ni aplicar penas, limitándose su poder respecto de las personas a su arresto o traslado de un punto a otro de la Nación, si no prefieren salir fuera del territorio nacional<sup>72</sup>. La declaración, en caso de conmoción interior, así como la aprobación o suspensión del estado que se hubiere declarado por el Poder Ejecutivo durante su receso, incumbe al Congreso<sup>73</sup>.

b) Luego de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la *delegación legislativa* (art. 76) y las que

---

<sup>68</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1314/1315.

<sup>69</sup> Que prohíbe al Congreso conceder al Ejecutivo nacional, y a las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias o la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las cuales la vida, el honor o la fortuna de las personas queden a merced de gobiernos o persona alguna.

<sup>70</sup> En cuanto prohíbe que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución sean alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

<sup>71</sup> Art. 75, inc. 25, art. 99, inc. 15, y art 127, Constitución argentina.

<sup>72</sup> Art. 23, Constitución argentina.

<sup>73</sup> Art. 75, inc. 29, Constitución argentina.

autorizan al PEN al dictado de decretos de *necesidad y urgencia* (art. 99, inc. 3)<sup>74</sup>. Dichos institutos fueron incorporados como excepciones a una regla general de prohibición y, por tanto, resultarían de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Respecto de la primera, la Constitución establece una prescripción *relativamente prohibitiva*, pues, luego de estipular que se *prohíbe* la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, la admite como excepción para materias determinadas de administración o *de emergencia pública*, estableciendo como condición que dicha ejercitación sea por un plazo fijo y *dentro de las bases* de la delegación que el Congreso establezca. En cuanto a la segunda, la norma fundamental hace otro tanto, pues establece un principio general y de manera enfática, y es que el Poder Ejecutivo *no podrá en ningún caso, y bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo. No obstante, inmediatamente después admite excepción al citado principio, al prescribir que *solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios* previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, podrá aquél dictar decretos *por razones de necesidad y urgencia*. Para el andamio de la citada excepción, la normativa fundamental prescribe, no obstante, un *límite material*, pues veda su incursión en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos y, a su vez, una *condición*, consistente en que los referidos decretos sean decididos en acuerdo general de ministros, quienes deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete, y la ulterior remisión al Congreso Nacional -conforme al procedimiento allí establecido- para su tratamiento por ambas Cámaras.

c) Allende el texto fundamental argentino, a través del tiempo, y por vía legal, esto es, a través de normas *infraconstitucionales*, se han ampliado las medidas de emergencia, apreciándose una pluralidad de situaciones calificadas “de emergencia”, en materia económica, previsional, agropecuaria, sanitaria, etc.<sup>75</sup>. Se ha sostenido al efecto que, en el curso de una emergencia de justificada gravedad, el Congreso estaría autorizado para establecer leyes conducentes para superar tal contingencia, leyes que pueden limitar con mayor

<sup>74</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 5ª. ed., t. I, p. 519.

<sup>75</sup> GRILLO, Iride Isabel, *Constitución y emergencia*, Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, p. 1.

intensidad los derechos constitucionales, pero que no pueden traspasar el marco de la Constitución ni configurar un desconocimiento absoluto de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental<sup>76</sup>.

d) Se ha vinculado comúnmente la expresión *necesidad y urgencia* con la *emergencia*, y así aparece utilizada en numerosas normas del ordenamiento legal argentino, y también por el propio titular del Poder Ejecutivo, asimilando las mismas. Dicho último vocablo, derivado del latín *emergens*, y que en su segunda acepción en la lengua castellana alude al suceso o accidente que sobreviene, en el campo jurídico aparece vinculado a la expresión del inglés *emergency*, que ha sido utilizada por el derecho anglosajón para referir a situaciones extraordinarias. En correcto castellano, la voz significaría ocurrencia o accidente, aunque por evidente anglicismo se le han atribuido los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción, y así se habla de medidas de emergencia para hacer referencia a disposiciones provisionales en casos apremiantes para el bien público o la seguridad general<sup>77</sup>. Sin embargo, con propiedad se ha señalado que “necesidad y urgencia” no constituiría un equivalente de la “emergencia”<sup>78</sup>. De hecho, podría existir una situación de emergencia y una necesidad y urgencia en que se adopten medidas para una inmediata solución; pero de igual manera podría también presentarse una emergencia sin que mediare necesariamente una necesidad y urgencia en el marco del texto constitucional, por lo que no todo tipo de emergencia autorizaría el dictado de una norma de aquel tipo<sup>79</sup>. Existiría no obstante consenso en que se tratan de conceptos ligados estrechamente entre sí, en el sentido que el estado de emergencia constituiría una especie del género *estado de necesidad*<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

<sup>77</sup> CABANELLAS, Guillermo y ALCALÁ ZAMORA, L. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 14<sup>a</sup>. ed, Bs. As., t. 3, p. 66.

<sup>78</sup> COMADIRA, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, Rev. LL, 1995-B, 825, p. 5; id. SARAVIA FARIAS, Bernardo, *Los decretos de necesidad y urgencia*, Rev. LL, del 17/04/2018.

<sup>79</sup> Como acontecería si se tratara de una emergencia meramente sectorial o focal. En ese sentido, fallo de la CSJN argentina, en el caso *Leguizamón Romero c/ INSSJyP*, del 7/12/2004, Fallos 327:5559.

<sup>80</sup> SAGÜÉS, Nestor P., *Elementos de Derecho constitucional*, 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., 1997, t. 2, p. 189; PINÉSE, Graciela G., *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*, SAJ: DACC050009, año 2005.

### 3. Emergencia y necesidad

No se discute que los supuestos de “*emergencia*” deben ser graves, excepcionales, situaciones de crisis –de necesidad máxima-, ya que es dicha singularidad y excepcionalidad lo que justificaría -correlativamente- la adopción de medidas de excepción, no bastando los poderes ordinarios asignados por la normativa a las autoridades para la superación de la crisis.

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social, o política que representa un peligro máximo para el país -ha dicho la Corte Suprema argentina-, el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere<sup>81</sup>. El Estado puede entonces valerse lícitamente de los medios que permitan combatir con éxito dichas perturbaciones.

El ocurrimiento a facultades de emergencia para conjurar la emergencia ha sido considerado una manifestación del *poder de policía estatal*, en cuanto facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades de bien común. En una concepción restringida<sup>82</sup>, la seguridad, salubridad o moralidad<sup>83</sup>; en una concepción amplia<sup>84</sup>, agregándose el bienestar general<sup>85</sup>. Mediante el ejercicio del poder de policía durante la emergencia -que supone un estado de necesidad- resultaría hasta factible suspender el ejercicio de ciertos derechos o limitar su ámbito de extensión, imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales. BIDART CAMPOS señala que una de las características fundamentales de las instituciones de emergencia es el producir un acrecentamiento de ciertas

---

<sup>81</sup> CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17.

<sup>82</sup> De origen europeo.

<sup>83</sup> CSJN, Argentina, Fallos 7:150, *La empresa Plaza de Toros*, 13/04/1869; Fallos 31:273, *Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson y Ferrer y otros*, 14/05/1887.

<sup>84</sup> De origen estadounidense.

<sup>85</sup> LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Bs. As., 2004, p. 95/134; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos*, en AAVV, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 2004, p. 358. BIDART CAMPOS agrega mayores finalidades en el concepto (*Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 344).

competencias del poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se origina una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas<sup>86</sup>.

El dilema que muchas veces se presenta con relación a la emergencia, es si la misma está “dentro” de la Constitución, o “fuera” de ella. Se ha advertido a ese respecto que mientras el Estado constitucional de Derecho se basa en el principio de limitación del poder para preservar las libertades individuales, la emergencia tiene una connotación finalista, colocando muchas veces los fines y objetivos con prioridad a los medios para lograrlo<sup>87</sup>. Con todo, y según se viera, la habilitación de un derecho excepcional en modo alguno podría ser interpretado por encima o por fuera de la Constitución, de manera contraria a las normas constitucionales, puesto que las medidas de emergencia tienden, precisamente, a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades por él creadas y deben hallarse encaminadas a restablecer la normalidad social<sup>88</sup>. Los poderes del Estado no son ilimitados, y han de ser utilizados siempre dentro del marco del art. 28 de la carta magna argentina y bajo el control de los jueces<sup>89</sup>, quienes deben desempeñar con *cuidadoso empeño* su función de custodios de la libertad de las personas<sup>90</sup>. La legitimidad misma del estado de emergencia es, justamente, la defensa y el amparo del orden constitucional. Si el fundamento último de las normas de emergencia es la superación de una situación terminal, crítica, su finalidad será la consecución del bienestar general mediante la limitación de ciertos derechos subjetivos, mas, siempre dentro del marco de la razonabilidad a fin de no lesionar el Estado de Derecho. Bien se ha dicho por ello, que “a mayor emergencia, más Constitución, frente al desamparo, más amparo, frente a la crisis, mayor tutela judicial efectiva”<sup>91</sup>. Y es que, en todas las circunstancias y en todos los tiempos, subsiste la autoridad de la Constitución, inclusive en los casos extraordinarios.

---

<sup>86</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p.349/351.

<sup>87</sup> DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 72.

<sup>88</sup> GRILLO, Iride I., op. cit.

<sup>89</sup> CSJN, *Videla Cuello*, fallo cit.

<sup>90</sup> CSJN, fallo cit. Consid. 17.

<sup>91</sup> GRILLO, Iride I. op. cit., p. 2.

Por ello, se conviene pacíficamente, dicha clase de ejercitación de facultades extraordinarias debe ser *razonable* en su contenido y *transitorio*, sin poder afectar derechos adquiridos<sup>92</sup>. Las restricciones no podrían superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental llegando al extremo de cercenar definitivamente o desconocer tales derechos, sea de manera total, sea de manera parcial<sup>93</sup>. Así surgiría, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema argentina<sup>94</sup> y de la doctrina constitucional<sup>95</sup>.

La limitación de los derechos subjetivos en dicha instancia significa *ordenación*, pero no supresión, ni tampoco suspensión, toda vez que como apuntara también el Alto Tribunal, la situación de emergencia, con excepción del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales<sup>96</sup>.

El desafío y la fortaleza de un gobierno democrático consiste, pues, en superar la emergencia sin entrar en colisión con el sistema constitucional<sup>97</sup>.

#### 4. La emergencia producida por la pandemia

En el referido escenario concerniente a la validez normativa cabría analizar cuál ha sido en nuestro país, la *realidad social* existente - específicamente en lo laboral- en el marco de la emergencia sanitaria, y luego, cuál o cuáles han sido hasta el presente las respuestas normativas producidas por el sistema jurídico para enfrentar la misma en dicho orden y analizar si éstas

<sup>92</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

<sup>93</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1322.

<sup>94</sup> CSJN, Fallos 318:1154, *Video Club Dreams*; 325:28, *Smith*; 325:2059, *Tobar*; id. caso *Provincia de San Luis*, (LL, 2003-B, 535); id. Fallos 136:61, *Ercolano*; 137:47, *Horta*; 144:219, *Mango*; 162:21, *Avico*; 209:409, *Roger Balet*; 311:1804, *Peralta*.

<sup>95</sup> LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado*, cit., t. V, p. 57 y t. VI, p. 31; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1990, t. I, p. 230 t t. II, p. 396; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1991, t. II, p. 327; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 2001, t. II, p. 59, 118, 120, 124 y 334; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1999, t. II, p. 545 y 601; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., 2000, p. 539; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 2001, p. 140, HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, S. Fe, 2002, p. 89.

<sup>96</sup> CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello c/ Prov. de La Rioja*; id. 25/09/91, Fallos 243:467; 317:1462, id. 22/08/2002, *Tobar c/ Ejército Nacional, Ministerio de Defensa*.

<sup>97</sup> GRILLO, Iríde, op. cit., p. 3.

admitirían ser consideradas “válidas” o bien, ofrecerían alguna claudicación a ese respecto.

### **a) La situación fáctica**

En cuanto al primer orden de cuestiones se refiere, cabría decir que ciertamente se ha tratado -y se sigue tratando- de una dura realidad social, una situación crítica, que ni siquiera ha sido propia de nuestro país sino un fenómeno que, con matices diversos, se ha dado a nivel mundial. Una situación de emergencia que atravesó el mundo a partir de la irrupción global de la pandemia y que ha impactado en la vida de millones de personas, y que lejos parecería de haber concluido en sus efectos. De acuerdo a los informes de la OIT, en la primera mitad del año 2020 el descenso de horas de trabajo a nivel mundial fue significativamente peor que lo estimado previamente, habiéndose perdido aproximadamente un 5,4% de las horas de trabajo en todo el mundo en el primer trimestre (equiparable a 155 millones de empleos a tiempo completo) con respecto al cuarto trimestre de 2019, y una previsión para el segundo trimestre de pérdida del 14% de las horas de trabajo (equiparable a 400 millones de empleos a tiempo completo, y para el cuarto trimestre se calculó una pérdida del 4,9 % de las horas laborales (equivalente a 140 millones de empleos). Alrededor del 93 % de los trabajadores vivía al momento del informe, en países que aplicaban alguna clase de medida de cierre de lugares de trabajo, aunque evidenciando cierta tendencia a una mayor laxitud por parte de varios gobiernos, manteniéndose mayor cantidad de restricciones en las Américas<sup>98</sup>. En el nuevo informe de enero de 2021<sup>99</sup>, los registros arrojaban una pérdida anual para el año 2020 del 8,8% de las horas de trabajo a nivel mundial con relación al cuarto trimestre de 2019 (equivalentes a 255 millones de empleos a tiempo completo), siendo América Latina, junto con el Caribe, Europa meridional y Asia meridional, las regiones más afectadas. En muchos países el factor determinante de la caída de horas fue la situación de desempleo e inactividad, y en otros, la reducción de

---

<sup>98</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición, junio de 2020.

<sup>99</sup> Observatorio de la OIT: LA COVID-19 y el mundo del trabajo. Séptima edición, enero 25 de 2021.

horas de trabajo y la condición de trabajador-empleado pero sin trabajo por encontrarse en situación de baja temporal.

La aplicación de medidas de confinamiento, en particular varias formas de cierre de lugares de trabajo o de prohibición de actividades dispuestas en muchos países, también aplicadas en Argentina, hubo de constituir uno de los principales factores que, como consecuencia colateral, hubo de afectar significativamente el mundo del trabajo. A consecuencia de la pandemia se registró una reducción en los niveles salariales, y en el primer semestre de 2020 los salarios mensuales en dos terceras partes de los países de los que se contaban datos oficiales, se redujeron o crecieron más lentamente y se esperaba una fuerte presión a la baja en los siguientes meses, apreciándose mayores efectos adversos en los salarios de las mujeres y de los trabajadores con remuneraciones más bajas<sup>100</sup>.

Según el Observatorio de la OIT, la ola de desempleo en el mundo como consecuencia de la pandemia se hizo sentir con mayor fuerza en América Latina. La crisis habría exacerbado los elevados niveles de desigualdad existentes con anterioridad, provocando una drástica contracción del empleo, de las horas trabajadas y de los ingresos<sup>101</sup>. Las restricciones impuestas al comercio, la industria y demás servicios para tratar de evitar la propagación del COVID-19 dejó sólo en el curso del primer semestre del año 2020 alrededor de 15 millones de personas que perdieron sus empleos durante la cuarentena, y que vinieron a sumarse a otros 26 millones que ya se encontraban sin trabajo antes de la emergencia sanitaria. La cifra ha sido la más alta de desocupación desde que existen registros, según el director para América Latina y Caribe de la OIT. De acuerdo al organismo internacional, Chile registró entre marzo y mayo de 2020 los mayores niveles de desempleo en una década; Colombia alcanzó un récord de desempleo del 21,4 % en mayo; Brasil registró también la tasa más alta de desempleo de los dos últimos años entre marzo y mayo del corriente año; Perú

---

<sup>100</sup> OIT, Informe Mundial sobre salarios 2020-2021, Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19, diciembre de 2020. Véase, asimismo, LOBATO, Julieta, *Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales*, pub. en el Boletín Digital de la Asoc. Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), 2020.

<sup>101</sup> OIT, *Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos en América Latina y el Caribe*, 2ª. ed, septiembre 2020.

duplicó el desempleo entre marzo y mayo; en México, 12 millones de personas perdieron sus empleos desde marzo; nuestro país registró, por su parte, las peores cifras de desempleo desde el año 2006, lo cual vino a sumarse a un contexto de recesión económica en los últimos dos años anteriores.

Conforme cifras del organismo, en la totalidad del citado año se produjo una disminución sin precedentes de la ocupación a escala mundial de 114 millones de empleos con respecto a 2019, siendo, en términos relativos, mayor en el caso de las mujeres y en el caso de los trabajadores jóvenes. Dicha situación se vio agravada por los altos niveles de informalidad en la economía de estos países y los trabajadores del sector informal se han visto afectados en mayor medida que en crisis anteriores. La existencia de menos oportunidades en los países en desarrollo para realizar teletrabajo y la mayor vulnerabilidad de los trabajadores informales ante las medidas de confinamiento han sido susceptibles de agravar los efectos de recesión, y ocasionado serios problemas en el mercado laboral.

Los guarismos revelarían que, en el mundo laboral de los países de Latinoamérica, incluyendo Argentina, se ha producido una crisis contemporánea profunda y de las más graves de los últimos tiempos, más gravosa que la crisis financiera de 1929 y la de 2008, y no existirían pronósticos certeros acerca del alcance de las consecuencias sociales, económicas y políticas que traerá en definitiva la pandemia del COVID-19 a nivel nacional e internacional. Se apreciaría, sí, una clara situación de recesión, pero se desconoce también la profundidad que traerá aparejada. Y aunque a comienzos de 2021 era dable advertir una recuperación del empleo en la última parte del año anterior, la misma se reflejaba, no obstante, moderada y dispar.

Las consecuencias adversas sin precedentes que se han producido en el mundo del trabajo, requieren indudablemente, según la OIT, y entre varias otras cosas, de *medidas de respuesta política* de apoyo oportuno a gran escala a empresas y trabajadores. Uno de los cuatro pilares sobre los cuales deberían ser basadas dichas medidas, según el organismo, y en el marco del sistema institucional, es el de *aplicar medidas de mantenimiento del empleo*, al tiempo que *brindar apoyo adecuado a las empresas* de carácter financiero/fiscal y otros

medios de alivio, así como la extensión de la protección social a todas las personas. La reactivación del mercado laboral en América Latina y el Caribe, según un informe conjunto de la CEPAL y la OIT, habrá de producirse en forma lenta y se precisará mucho tiempo -varios años- para que los principales indicadores del mundo del trabajo retornen a los niveles previos a la crisis sanitaria<sup>102</sup>, lo que se traducirá en una lenta recuperación del empleo. Se requeriría, según la publicación, y entre otras cosas, de políticas macro activas junto a políticas sectoriales que promuevan el desarrollo sostenible con empleo, lo que demandaría el impulso de políticas que estimulen el empleo y el crecimiento, apoyadas con políticas fiscales activas que fomenten el mismo con proyectos de inversión intensivos en trabajo, complementados con políticas industriales y tecnológicas, y otorgar, asimismo, financiamiento y liquidez a micro, pequeñas y medianas empresas con plazos más extensos y costos menores<sup>103</sup>.

### **b) La respuesta normativa en la emergencia**

En este punto cabría observar cuál fue, en el campo laboral, la respuesta producida en la Argentina desde el sistema jurídico para enfrentar la referida emergencia en su impacto sobre dicho ámbito; ello es, el segundo de los interrogantes que planteáramos al inicio.

La respuesta hubo de darse, naturalmente, y conforme a la situación a la cual respondía, en el marco del Derecho de emergencia, procurando la consecución de fines indudablemente valiosos, como lo son la protección de la salud, el empleo, y los ingresos de los trabajadores. No obstante, a nuestro entender, y desde un punto de vista institucional, ello, en no pocas ocasiones, hubo de hacerse a través de mecanismos normativos que parecerían disputables.

**1.** Que el espectro jurídico en que debía producirse la contestación y articulación de los mecanismos defensivos en el tema debía haber sido el

---

<sup>102</sup> CEPAL-OIT, "Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. La dinámica laboral en una crisis de características inéditas: desafíos de política", ed. 23ª., noviembre 2020.

<sup>103</sup> CEPAL-OIT, "Coyuntura", informe cit.

atinente al Derecho de necesidad y, dentro de éste al de emergencia, no parecería cuestión susceptible de cuestionamiento. Las emergencias reconocen causas naturales y económicas. La actual emergencia sanitaria ha sido originada por una pandemia declarada así por la Organización Mundial de la Salud debido a la gran expansión del virus Convid-19, de modo que se ha tratado -y se trata- de una emergencia originada en un hecho propio de la naturaleza.

Según fuera visto, los sistemas jurídicos modernos han tendido a afrontar la emergencia con las instituciones que el propio orden constitucional instituye para su defensa. Ello vale, pues, aún en situaciones de extrema gravedad. En Argentina, la pandemia del coronavirus planteó una situación inédita de una verdadera emergencia originada en un hecho natural, y lo hizo en un país acostumbrado a reiteradas emergencias económicas y sociales<sup>104</sup>. De hecho, cuando la OMS declaró la pandemia, el mismo ya se encontraba en una emergencia de amplio espectro establecida por el Congreso<sup>105</sup>, y lo que se hizo fue ampliar la emergencia sanitaria ya existente ocurriendo al mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo.

Los procesos de emergencia suponen muchas veces que deban disponerse medidas urgentes para sortear una crisis y que, por ello, y su perentoriedad, no sea posible seguir los mecanismos normales -y, en ocasiones, lentos- para la toma de decisiones. Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social, o política que representa un peligro máximo para el país -ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina-, el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un *derecho excepcional*, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere<sup>106</sup>. El Estado puede entonces valerse lícitamente de los medios que, dentro del orden constitucional, permitan combatir con éxito dichas perturbaciones.

---

<sup>104</sup> DALLA VÍA, Alberto R., *La emergencia y el estado constitucional de derecho*, Rev. Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, p. 67.

<sup>105</sup> Mediante la ley 27541, de diciembre de 2019.

<sup>106</sup> CSJN, Argentina, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17.

Según fuera dicho, las situaciones de emergencia habilitarían la adopción de remedios de excepción, y resultaría incluso factible, en ocasiones, suspender el ejercicio de ciertos derechos<sup>107</sup> o limitar su ámbito de extensión, o imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales<sup>108</sup>. En el Derecho público, implica, como principio, la sustitución de un derecho normal por uno excepcional<sup>109</sup>. En esos casos -ha dicho el Alto Tribunal del país- es posible el ejercicio de los poderes del Estado en forma más enérgica que la admisible en tiempos de sosiego o normalidad<sup>110</sup>.

2. No obstante, y como se dijera, la habilitación de un derecho excepcional no podría ser interpretado *por encima* de la Constitución<sup>111</sup>. Se conviene pacíficamente, que dicha clase de ejercitación de facultades extraordinarias debe ser *razonable* en su contenido y *transitorio*, sin poder afectar derechos adquiridos<sup>112</sup>. Las restricciones no podrían superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental llegando al extremo de cercenar definitivamente o desconocer tales derechos, sea de manera total, sea de manera parcial<sup>113</sup>. Así surgiría, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema argentina<sup>114</sup> y de la doctrina constitucional<sup>115</sup>, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>116</sup>, y se hallaría también presente en la

<sup>107</sup> Como ocurre en el supuesto del *estado de sitio*.

<sup>108</sup> CSJN, Fallos 313:1513, *Peralta c/ Estado Nacional*; Fallos 323:1566, *Guida c/ PEN*, y sus citas. En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 2000, t. II, p. 358.

<sup>109</sup> HUTCHINSON, Tomás, *La actual crisis y su solución desde el derecho*, en Rev. de Derecho Público, 2002-2, La Emergencia económica (2ª. parte), S. Fe, 2002, p. 339.

<sup>110</sup> CSJN, Fallos 200:450.

<sup>111</sup> GRILLO, Iride I., op. cit.

<sup>112</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

<sup>113</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1322.

<sup>114</sup> CSJN, Fallos 318:1154, *Video Club Dreams*; 325:28, *Smith*; 325:2059, *Tobar*; id. caso *Provincia de San Luis*, (LL, 2003-B, 535); id. Fallos 136:61, *Ercolano*; 137:47, *Horta*; 144:219, *Mango*; 162:21, *Avico*; 209:409, *Roger Balet*; 311:1804, *Peralta*.

<sup>115</sup> LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado*, cit., t. V, p. 57 y t. VI, p. 31; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1990, t. I, p. 230 t. II, p. 396; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1991, t. II, p. 327; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 2001, t. II, p. 59, 118, 120, 124 y 334; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1999, t. II, p. 545 y 601; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., 2000, p. 539; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 2001, p. 140; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, S. Fe, 2002, p. 89.

<sup>116</sup> En su artículo 27 ya citado.

Resolución 1 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>117</sup> al señalar que toda restricción que se impusiera a los derechos humanos durante la pandemia debe cumplir los respectivos requisitos establecidos por el Derecho internacional, así como el principio de legalidad.

En ese sentido, según fuera dicho, además de la prohibición de afectación, supresión o anulación de derechos adquiridos, así como de su intrínseca temporalidad, la legislación de emergencia reconoce su límite en la razonabilidad. Si las normas que reglamentan derechos y garantías constitucionales “son razonables, no pueden impugnarse exitosamente como inconstitucionales”, dependiendo que se adecuen al fin perseguido y no establezcan una “iniquidad manifiesta” o arbitrariedad<sup>118</sup>. Según BIDART CAMPOS, lo razonable es lo ajustado a la Constitución, a su espíritu, y lo irrazonable es aquello que conculca la Constitución<sup>119</sup>.

Para enfrentar las emergencias el Estado debe responder en su integridad *con el pleno funcionamiento de sus poderes*, donde el Legislativo y el Judicial tienen también obligaciones trascendentes a cumplir<sup>120</sup>. Las emergencias y sus institutos deben respetar los principios y reglas del orden constitucional, democrático, liberal y republicano, lo cual importa que, aunque los Poderes Ejecutivos sean frecuentemente los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello en modo alguno podría significar que la Legislatura deje de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse, ni que el Poder Judicial no deba revisar las mismas para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional<sup>121</sup>. El Estado constitucional de derecho se basa en el principio de limitación del poder y de su equilibrio, y la emergencia debe ser afrontada dentro del mismo, y no fuera de él, ocurriéndose a una concepción puramente finalista que coloque los fines y objetivos por encima de los medios para lograrlo. Para KANT, cada

---

<sup>117</sup> Del 10/04/2020.

<sup>118</sup> CSJN, caso *Machicote, Juan, LL*, 1978-D-435 (1978), consid. 6; íd. Fallos 305:831; 297:201; 299:428; 324:2248; 325:645.

<sup>119</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Bs As., t. II, p. 118/119.

<sup>120</sup> HERNÁNDEZ, José M., *Emergencias, orden constitucional y Covid-19 en Argentina*, UNC, 2020, p. 17.

<sup>121</sup> HERNÁNDEZ, José M., *Emergencias, orden constitucional y Covid-19*, op. cit., p. 26.

hombre constituye un fin en sí mismo; para MAQUIAVELO, el fin autoriza los medios<sup>122</sup>. En rigor, institucionalmente ambos importan.

Una de las cuestiones fundamentales que ha establecido la doctrina constitucional con relación a la división de poderes es que la misma tiene por finalidad evitar el desborde, la concentración de poder que conduce al autoritarismo, impedir la concentración que degenera en ello y resguardar la libertad de las personas<sup>123</sup>. Una separación que, en realidad es una separación entre los órganos, destinada a evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas<sup>124</sup>. Un alegato contra la concentración del poder en favor de los derechos individuales<sup>125</sup> y una expresión de la legalidad: de la aceptación de la distribución de las competencias que surge de esa división se apreciará, en los hechos, la vigencia o no del Estado de derecho que el sistema ha creado constitucionalmente<sup>126</sup>. Claro que dicha división no debería interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad<sup>127</sup>.

En cuanto al órgano del Estado al que el sistema constitucional argentino encomienda en primer lugar el dictado de la legislación de emergencia, conviene recordar que el principio rector establecido por la Ley Fundamental en la materia hace residir dicha potestad en el Parlamento. La regla constitucional es la *prohibición* dirigida al Poder Ejecutivo. De acuerdo al texto de la ley fundamental, el Poder Ejecutivo no puede en ningún caso, y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, y dicho principio general sólo puede ceder cuando circunstancias (excepcionales) tornaren imposible observar los trámites comunes previstos por la carta magna para la sanción de las leyes.

---

<sup>122</sup> DALLA VÍA, Alberto, *La emergencia y el estado constitucional de derecho*, UBA, Rev. Pensar en Derecho, p. 72.

<sup>123</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 2000, t. III, p. 14.

<sup>124</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª. ed., Bs.As., 2009, t. I, p. 22.

<sup>125</sup> CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, Bs. As., 9ª. ed., 2010, t. I, p. 72.

<sup>126</sup> SPOTA, Alberto, *La división de poderes en la emergencia*, LL, Bs. As., 1992-A, p. 689.

<sup>127</sup> CSJN, Argentina, Fallos 313:1638.

En ese sentido, el Congreso se halla facultado por la Ley Fundamental para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes y necesarios para poner en ejercicio los poderes atribuidos al gobierno de la Nación. En consonancia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución argentina, dicho poder cuenta con las atribuciones indispensables para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto pusiera en peligro la subsistencia del Estado<sup>128</sup>. Esa es la regla instituida por el constituyente, lo cual implica, según BIDART CAMPOS, que, de estar el Congreso en funciones y presentarse una situación súbita de emergencia que demande la sanción de una ley para enfrentarla, el principio es que el Congreso debería reunirse y actuar en consecuencia. Y así también que, de estar el mismo en receso, debería dicho órgano ser convocado por el Poder Ejecutivo Nacional a sesiones extraordinarias, tal como la misma Constitución prevé<sup>129</sup>. La regla general, en la materia legislativa, es la *prohibición* dirigida al Poder Ejecutivo<sup>130</sup> y así lo prescribe expresamente el texto constitucional: en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable<sup>131</sup>.

No obstante, y como se dijo, solamente por excepción la propia Carta Fundamental admite que, en determinadas circunstancias extremas (cuando las mismas hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por ella para la sanción de las leyes y bajo ciertas condiciones), pueda el citado poder ocurrir al dictado de normas de necesidad y urgencia. Dichas circunstancias de excepción, según ha puntualizado el Alto Tribunal, se configurarían cuando resultare imposible al Congreso reunirse para el dictado de la ley mediante el trámite ordinario (vgr. debido a acciones bélicas, desastres naturales, etc.), o bien, que la situación de emergencia revista una urgencia tal que deba ser enfrentada de inmediato, sin demoras<sup>132</sup>. Dicha intervención reviste, pues, carácter excepcional y de procedencia correlativamente restrictiva, desde que,

---

<sup>128</sup> YLARRI, Juan Santiago, *La división de poderes en la Argentina*, Rev, Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 32, enero-junio 2015, p. 244.

<sup>129</sup> Art. 99, inc. 9, CN.

<sup>130</sup> CSJN, Fallos 331:2406, sent. del 4/11/2008, *Colegio Público de Abogados c/ EN. PEN.*

<sup>131</sup> Art. 99, inc. 3°, párrafo segundo

<sup>132</sup> CSJN, caso *Verrochi*, Fallos, 322:1726; caso *Cooperativa de trabajo Fast Lda*, Fallos 326:3180; caso *Consumidores Argentinos SA*, fallo del 19/05/2010.

la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos por medio de un decreto<sup>133</sup>. Sin embargo, la experiencia habida en nuestro país en materia de emergencias, permitiría apreciar que las recurrentes crisis económicas y sociales, con sus secuelas de crisis y desocupación, han generado mayores demandas al Estado, siendo el Poder Ejecutivo quien más ha ensanchado sus atribuciones<sup>134</sup>.

Los decretos de necesidad y urgencia constituyen, así, uno de los remedios excepcionales para hacer frente a situaciones de emergencia. En el caso que nos ocupa, el ocurrimiento a dicha clase de ejercitación para enfrentar la situación extrema provocada por la pandemia en los distintos ámbitos, incluyendo el laboral, ha propendido, según ha sido expuesto en los considerandos de los decretos dictados, a la protección de la salud pública como obligación prioritaria del Estado, y la tutela del trabajador, los puestos de trabajo y el aseguramiento de sus ingresos.

### **c) Una aproximación valorativa en lo institucional y constitucional**

**1.** En el escenario que ha sido sucintamente descrito, creemos que se estaría en mejor condición para hacer una primaria evaluación acerca de la respuesta normativa producida desde el Estado argentino con la finalidad de conjurar los efectos de la pandemia, particularmente sobre el empleo, los trabajadores, y las empresas en cuanto fuentes de trabajo.

La norma jurídica se caracteriza por el hecho de pertenecer a un sistema jurídico, cuestión ésta que corresponde a la teoría de la validez jurídica, puesto que el concepto combina el atinente a la norma general con la propiedad o aptitud de tener validez jurídica. Ciertamente, se trata de algo más que un problema meramente terminológico, pues distintos factores han convertido a la validez en uno de los conceptos más problemáticos que elabora la teoría del derecho, y basta apreciar los distintos significados usualmente atribuidos al término. Sucede, como señala DELGADO PINTO, que los asuntos

---

<sup>133</sup> CSJN, casos *Verrochi* y *Consumidores Argentinos*.

<sup>134</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 4ª. ed., Bs. As., 2009, t. I, p. 23.

comprendidos bajo la locución de *problemas de la validez o teoría de la validez*, se hallan en contacto con las cuestiones ontológicas y epistemológicas fundamentales de cualquier teoría del derecho<sup>135</sup>, a los cuales subyacen planteamientos radicalmente distintos, prácticamente inconciliables, y cuyo análisis desbordaría los límites de este trabajo. Sucintamente en cuanto al concepto, podría apuntarse que, según KELSEN, la validez estaría dada por la existencia específica o *pertenencia* de la norma a un ordenamiento determinado, lo que, a su vez, consistiría en su obligatoriedad<sup>136</sup>, postulación que, empero, no ha sido compartida por otras escuelas del pensamiento. En dicha construcción, existiría una asimilación entre existencia, validez y obligatoriedad. El fundamento inmediato de la validez de una norma dependería, según dicho autor, de su legalidad por referencia a otra norma válida: la que otorga competencia o permitiría a un órgano la producción de la primera. Ello es, que pertenecerían al ordenamiento las normas creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiriera el poder de dictar normas y siempre que se ejercite ese poder en las condiciones expresadas en el mismo<sup>137</sup>.

Se discute en torno a la asimilación de la noción de “validez” con la de “pertenencia” (a un sistema jurídico) de una norma. Según señala a su vez, GUASTINI, “validez” de la norma designaría la “relación de conformidad” entre una norma o una fuente con las normas que regulan su producción<sup>138</sup>. WRÓBLEWSKI, quien desarrollara -entre otros- el concepto de *validez sistémica* de la norma, señala que la validez de la misma estaría determinada no sólo por su pertenencia a un sistema jurídico, conforme a lo cual una norma es válida no sólo si ha sido promulgada conforme a una norma válida en el sistema, sino que se requeriría también que sea coherente con las normas válidas en el mismo<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> DELGADO PINTO, J., *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, en *Doxa*, núm. 7, 1990; PEÑA FREYRE, Antonio M., *Validez y vigencia de las normas*, p. 100.

<sup>136</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1960, 201. En rigor, en su teoría -en la etapa que culmina en 1960 con la citada obra, la validez sería la existencia específica de las normas que, a su vez, consistiría en su obligatoriedad: afirmar que una norma existe es afirmar que es válida, es decir, que tiene fuerza obligatoria frente a la conducta de aquellos a quienes se dirige.

<sup>137</sup> GASCÓN, Marina F., *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, núm. 20, 1997, p. 133.

<sup>138</sup> GUASTINI, Riccardo, *La Invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 320; *id.* p. 307/412.

<sup>139</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Tre concetti di validità*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1982, p. 584-595.

Además de la validez jurídica, habla también de una validez sociológica y una de tipo ético, aspectos a lo que aludiría también Robert ALEXY, al estimar los tres elementos del concepto de Derecho, que se resumirían respectivamente en la legalidad, la eficacia social, la corrección material<sup>140</sup>. VON WRIGHT formuló un concepto descriptivo de validez de las normas atendiendo al tema del contenido, su justificación o fundamento, y así propuso un abordaje que reduce la validez de una norma a la legalidad del acto de creación en tanto autorizado por otra norma superior del sistema<sup>141</sup>, concepción ésta considerada, no obstante, reduccionista por otros, al no introducirse en terrenos axiológicos, éticos o políticos en relación a las normas<sup>142</sup>. No es, por cierto, el de la validez normativa, un tema pacífico.

Según refiere DELGADO ECHEVERRÍA, un amplio sector del pensamiento elaborado sobre la norma jurídica, particularmente el cultivador de la teoría analítica, se habría visto finalmente obligado a separar la “validez” de la “vigencia” (o existencia) de la norma, para así poder explicar y hacer referencia a las normas que son “inválidas”, por inconstitucionales, pero “aplicadas” -vigentes- mientras no se declare su inconstitucionalidad<sup>143</sup>. La afirmación denotaría, al menos, que podría existir una norma “vigente” -o, como dice DÍEZ PICAZO, norma de pertenencia actual y activa al ordenamiento<sup>144</sup>-, pero tratarse de una norma “inválida”, lo que equivale decir, carente de la cualidad de las normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un determinado orden jurídico. Así, puntualiza GUASTINI, no cabría identificar “validez” de la norma con su “existencia” o pertenencia a un sistema jurídico, ni tampoco con la fuerza vinculante de la norma, ni su aplicabilidad al igual que con su vigencia<sup>145</sup>, lo cual significaría que “vigencia” y “validez” constituirían

<sup>140</sup> ALEXY, Robert., *El concepto y la validez del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1997, p. 87.

<sup>141</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and action (A logical Enquiry)*, London, 1963, p. 194/196.

<sup>142</sup> FARIÑAS DULCE, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Madrid, 1991, p. 135; VIGO, Rodolfo, *Una teoría de la validez jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39(2016), p. 107/108.

<sup>143</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad*, Rev. Derecho Privado y Constitución, núm. 17, Enero-Diciembre 2003, p. 199.

<sup>144</sup> DÍEZ- PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 162.

<sup>145</sup> GUASTINI, Riccardo, *La invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 320. En igual sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad*, Derecho Privado y Constitución, núm. 17, Enero-Diciembre, 2003, p. 235.

cualidades distintas de las normas<sup>146</sup>. Desde otro ángulo, Luigi FERRAJOLI distingue también entre vigencia y validez y entre validez formal y sustancial de las normas<sup>147</sup>.

Conforme con dichas concepciones, no todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico serían necesariamente válidas. La existencia de una norma que autorice o permita la producción de una norma posterior sería condición necesaria pero no suficiente de validez/legalidad de la norma resultante, y -bajo una visión reduccionista, sin análisis de su contenido axiológico- sólo la relación de congruencia o coherencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento sería condición suficiente de su validez<sup>148</sup>. En ese mismo espectro de análisis, existirían en los ordenamientos, normas “de *competencia*”, normas que atribuyen poderes (de creación o producción normativa). Las mismas no son normas de “mandato”, en el sentido que obligan o prohíben una acción, y serían también distintas de las llamadas normas de permiso o permisión, y por tanto de las normas “regulativas” (fuentes de conocimiento). No sólo son distintas a las normas que regulan conductas, sino que tienen por objeto o se refieren a normas de conducta. Son, por ello, normas secundarias según la terminología de HART<sup>149</sup>, no regulan directamente conductas humanas, sino otras normas que, ellas sí, las regulan<sup>150</sup>. La validez de dichas normas de conducta depende, entre otras cosas, de las normas de competencia y su conformidad con las mismas<sup>151</sup>. La existencia de normas de competencia constituiría uno de los rasgos distintivos de los ordenamientos jurídicos respecto de otros sistemas normativos y uno de los temas centrales del análisis: el carácter sistemático y dinámico de los ordenamientos hace que sean las normas de competencia las que determinan quién, cuándo y cómo se puede proceder a la renovación del material normativo,

<sup>146</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, op. cit., p. 235.

<sup>147</sup> FERRAJOLI, L., *Principia juris*, t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia*, 2007, trad. esp., Madrid, 2011, p. 497.

<sup>148</sup> PEÑA FREYRE, op. cit., p. 107.

<sup>149</sup> HART, Herbert Lionel A., *The concept of law*, Oxford, 2a. ed., 1974.

<sup>150</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática*, Anuario de Derecho Civil, 2005, p. 14 y ss. En un sentido distinto: ARRIAGA CÁCERES, María B., *Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40 (2017), p. 94 y ss.

<sup>151</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, op. cit. en nota anterior

la competencia de la autoridad emisora de la norma que puede ser considerada condición de su validez, etcétera<sup>152</sup>.

En ese sentido, la Constitución Nacional, en cuanto documento jurídico fundamental, configuraría la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad política, y en la cual se prescriben los lineamientos para la organización y ejercicio del poder, las instituciones y ordenación de éste, su ejercicio y los procedimientos para la creación del resto del ordenamiento jurídico<sup>153</sup>.

2. Hecha dicha necesaria introducción, entendemos que se estaría en mejor condición para adentrarnos a la aproximación valorativa que nos propusiéramos.

2.1. En cuanto concierne al contexto fáctico de la pandemia en Argentina y en el cual se dictaran en su momento las normas iniciales destinadas a afrontar la emergencia, creemos que, en principio, y según las circunstancias de hecho existentes, en sus comienzos se habría justificado el dictado de decretos de necesidad y urgencia, ya que, por un lado, se habría estado ante una clara situación o hecho de la naturaleza que habilitaría la legislación de emergencia, y por el otro, por cuanto los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución no son absolutos, desde que su ejercicio se halla sometido a las leyes que los reglamenten<sup>154</sup>, y no se encuentran por encima del bien común de la colectividad. La actuación perentoria para la superación de una crisis que pone en grave riesgo la salud de la población, y que, por consecuencia, podría afectar las instituciones básicas del Estado, habilitaría un Derecho de emergencia. Según fuera dicho, en tales supuestos el Estado democrático tiene la potestad y además el imperioso deber de poner en vigencia un Derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere<sup>155</sup>. La preservación de la salud

---

<sup>152</sup> PEÑA FREYRE, Antonio, *Sobre las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* de Jordi Ferrer, Isonomía nro. 16, México, 2016, p. 1, notas sobre la obra de FERRER BELTRÁN, Jordi, Madrid, 2000.

<sup>153</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. I, p. 60 y ss.

<sup>154</sup> CSJN, Fallos 308:1631 y 2246; id. 312:312.

<sup>155</sup> CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17, fallo cit.

pública compromete también a los gobernados. Existiría, en ese sentido, un deber de solidaridad o cooperación ante las emergencias que impone a todos los ciudadanos, en cuanto de ellos dependa, cumplir acciones de prevención de daños sociales, y no parecería haber espacio para duda a ese respecto.

Igual condición especial e indisputable revestiría la finalidad perseguida por las normas dictadas en la emergencia: la tutela de la vida, la salud y el empleo de la persona que trabaja. Ninguna duda cabe que la protección del empleo, del ingreso, de la salud de la persona que trabaja, sujeto de especial tutela, y más aún en el marco de una situación de pandemia, constituyen bienes sumamente valiosos dignos de amparo y no parecería haber campo para cavilación alguna a su respecto. El principio protectorio -cabrá recordarlo- constituye la médula del Derecho del trabajo, e importa una directiva dirigida no sólo al juez, sino antes aún, al legislador. El mismo informa a la política legislativa y al contenido de las normas a dictarse. Dicho principio subyace en la razón fundamental que acuerda sentido al Derecho del trabajo como rama jurídica especial, e informa toda la disciplina. Y, en cuanto directiva dirigida al legislador, significa que la misma debe ser recogida y concretada en las relaciones laborales. Así lo hace la ley fundamental argentina en su artículo 14 bis, al establecer que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, tutela que se deriva de la especial y fundamental condición y dignidad de quien presta la tarea, su singularidad principal debida a la implicación personal en el acto de trabajo<sup>156</sup>, de manera tal que la ley positiva que reglamenta la Constitución debe disponer normas concretas que garanticen dicha tutela. Ello se instrumenta a través de los mecanismos que se establecen en las normas expresas a través de una “forma sustantiva”<sup>157</sup>. Dicho principio requiere,

---

<sup>156</sup> VALVERDE, Martín, en VALVERDE-RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 2ª. ed., Madrid, p. 44. Véase, en igual sentido, ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, p. 80; TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho del trabajo*, México, 1972, p. 118 y ss.; DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, t. I, p. 58 y ss.

<sup>157</sup> PLA RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, 1975, p. 41 y ss. Cabe remitirse, asimismo, a los desarrollos sobre el tema efectuados por PODETTI, Humberto, *Principios del Derecho del Trabajo*, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio, coord., *Instituciones de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del trabajo, Univ. Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 141 y ss.; LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ-CENTENO-FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de*

ciertamente, su encarnación en normas inmediatamente operativas, lo que ha hecho que algunos hagan también referencia a principios genéticos o inspiradores de normas<sup>158</sup>.

2.2. Sin embargo, el problema, a nuestro entender, no estaría en los *finés*, sino, en rigor, en el *medio*, el instrumento empleado para la obtención de esos fines.

A principios de marzo de 2020 se registró en Argentina el primer caso de contagio por Covid-19. En ese momento, y según fuera dicho, el país ya se encontraba bajo la regulación de una situación de emergencia pública dictada por el Congreso en diciembre del año anterior<sup>159</sup>, abarcativa de una multiplicidad de ámbitos, incluyendo el sanitario, pero fundada en otras razones totalmente ajenas al coronavirus. Una emergencia, entonces, distinta. El 12 de marzo de 2020, y a raíz de la pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud debido a la propagación de la enfermedad, el presidente de la República, mediante un decreto de necesidad y urgencia, el N° 260, dispuso “*ampliar*” la duración de la emergencia sanitaria que había establecido la ley antes citada<sup>160</sup>. Dicha ampliación de la emergencia, en rigor, sólo podría haber sido establecida por el propio órgano constitucionalmente natural, el Congreso, que había hecho la declaración de emergencia y establecido una regulación excepcional en ese sentido y con base a las circunstancias de hecho consideradas en su momento, las cuales le sirvieran de causalidad justificante. La medida presidencial en la especie lucía entonces inconstitucional, debido a que sólo el Congreso de la Nación -autor de la norma y, además, legislador natural según la Constitución- podía hacer prorrogado la duración de la norma que el mismo dictara. El presidente no podía prolongar una situación sobre la cual no tenía poder de decisión para crearla o declararla, y mucho menos para

---

*trabajo Comentada*, Bs. As., 2ª. ed., t. I, p. 161 y ss; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en *Tratado de Derecho del trabajo*, de su dirección, Bs. As., 1982, t. II, p. 122 y ss;

<sup>158</sup> LÓPEZ, Justo, op. cit., t. I, p. 162.

<sup>159</sup> La citada ley 27541 del 23 de diciembre.

<sup>160</sup> Ampliación que fue más tarde extendida por otro decreto de necesidad y urgencia (el 167/21, de marzo de 2021) hasta el fin de diciembre de 2021.

ampliarla o prolongarla, y tampoco el Congreso había habilitado al Ejecutivo a dicha instancia<sup>161</sup>.

A partir de la referida prórroga de la emergencia sanitaria establecida por el Poder Ejecutivo Nacional<sup>162</sup>, fueron dictadas numerosas otras normas más, tanto por el propio órgano administrador, ocurriéndose a los instrumentos de necesidad y urgencia, como por dependencias del mismo, en virtud de habilitaciones y delegaciones reglamentarias contenidas en aquéllos<sup>163</sup>, todo ello en rápida sucesión, y cuyas manifestaciones, entre otras cosas, se produjeran en cuanto al *lugar* y al *modo* de trabajar, y también, en la *necesidad de dejar de hacerlo*<sup>164</sup>. El 19 del mismo mes el presidente emitió otro decreto de necesidad y urgencia, el n° 297, por el cual dispuso un “*aislamiento social preventivo y obligatorio*”, ello es, un rígido y amplio confinamiento general de las personas y prohibición de realización de una amplísima cantidad y variedad de actividades económicas y sociales, y que dispuso originalmente por un breve lapso temporal (12 días). No obstante, dicha medida sería posteriormente objeto de sucesivas y múltiples prórrogas por parte del mismo poder para abarcar un extenso período de tiempo, una prolongación casi indefinida.

En el marco de situación existente al momento del dictado de las primeras normas de emergencia por el Poder Ejecutivo Nacional, a nuestro modo de ver parecería hallarse objetivamente justificada la emisión de las iniciales normas de aislamiento y algunas de las reglamentaciones establecidas a su respecto, habida cuenta las circunstancias de excepcionalidad en cuyo cuadro fueran emitidas y las razones invocadas al efecto<sup>165</sup>. Lo propio advertiríase, y según se

---

<sup>161</sup> ALTAVILLA, Cristian, *Emergencia pública, presidencialismo y Estado de Derecho en Argentina en el contexto del COVID-19*, en Rev. Derecho y realidad, vol. 18, n° 36, p. 189.

<sup>162</sup> Mediante el DNU 260/20.

<sup>163</sup> Véanse las descripciones efectuadas a dicho respecto en CONFALONIERI(h), Juan A., *Reflexiones de urgencia sobre los aspectos laborales de las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por la pandemia en el sector privado*, Boletín de la Asoc. Argentina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (ADTYSS), abril 2020, p. 1 y ss; FOGLIA, Ricardo, *El coronavirus y su impacto en el Derecho del trabajo. Análisis de las normas dictadas a raíz de la pandemia*, Boletín de la AADTYSS, abril 2020, p. 1 y ss; igualmente, AAVV, *El impacto del Coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier, rev. DL, primera y segunda parte; id. tercera y cuarta parte; ETALA, Carlos, *Apuntes sobre los decretos de de “necesidad y urgencia” en época de COVID y alguna cuestionable aplicación*, pub. en Boletín de la AADTYSS, junio 2020, p. 7.

<sup>164</sup> ACKERMAN, Mario, *El COVID-19 (Coronavirus), y la relación de trabajo*, Boletín de la AADTYSS, Marzo 2020, p. 1 y ss.

<sup>165</sup> “Razones de salud pública”.

dijera, en cuanto a su finalidad<sup>166</sup>, la cual parecería igualmente legítima, desde que hubo de propugnar fines constitucionales o no prohibidos constitucionalmente y que serían, además, socialmente relevantes<sup>167</sup>. De ello se seguiría pues, que, en cuanto a dicho contexto, momento y propósitos, la referida regulación resultaría, hasta allí, justificada por los hechos y circunstancias que le precedieran y dieran origen y por la necesidad de salvaguardar en forma pronta el interés público comprometido<sup>168</sup>.

2.3. Empero, sin adentrarnos al juicio de razonabilidad de contenidos de las normas dictadas, creemos -según se anticipara- que podría resultar opinable la continuación de la respuesta normativa brindada en cuanto al órgano emisor se refiere y al tipo de los instrumentos jurídicos seleccionados para alcanzar los valiosos propósitos declarados. Sin dudas, la crisis ha planteado un gran desafío a la capacidad de los sistemas institucionales, poniendo a prueba sus instrumentos y capacidades para resolver problemas inéditos. Desde el punto de vista institucional, en Argentina -y en otros países-, la crisis desafió un sistema político ya marcado por un fuerte presidencialismo desde su nacimiento constitucional<sup>169</sup>, con riesgo de desarticular la división de poderes en un ya debilitado federalismo. El fenómeno de la pandemia vino, en efecto, a producirse en un cuadro de historia institucional argentina con larga trayectoria de situaciones de emergencia, tanto política, económica como sanitaria. Bien ha graficado PÉREZ HUALDE, que sucesivas leyes de emergencia, decretos

---

<sup>166</sup> Que la medida tendía a preservar el orden público, específicamente la preservación de la salud pública y, dentro de ésta, la vida de todos los habitantes del país (conf. Considerandos del Decreto 260/20).

<sup>167</sup> Arg. fallos de la CSJN, casos *López Villanueva, Manuel* (ED 6-561) y *Fushimi, Hideji* (ED 9-287); íd. comentario BIDART CAMPOS, Germán, *Control de la razonabilidad legislativa por la Corte Suprema*, ED, t. 9, p. 286 (1964).

<sup>168</sup> CSJN, Fallos 312:496; 308:418.

<sup>169</sup> Fenómeno ni siquiera propio de nuestro país, ya que la historia de la Presidencia sería una historia de engrandecimiento en todos los países (véase FRAGA IRIBARNE, Manuel, *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, p. 88; íd. RAMELLA, Pablo A., *La estructura del Estado*, Bs. As., 1946, Cap. X, *El jefe del Estado*). Según otros pensadores, el órgano ejecutivo habría acaparado facultades reglamentarias prohibidas por la Constitución, transformándose en un sistema hiperpresidencialista (véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 1ª. reimpr., Bs. As., p. 497 y ss.).

delegados y decretos de necesidad y urgencia han caracterizado nuestra vida institucional desde el retorno de la democracia<sup>170</sup>.

Como dijéramos, no parecería haber dudas que, desde el punto de vista institucional, la irrupción de la pandemia habría justificado en su momento las primitivas normas de necesidad y urgencia dispuestas por el órgano Ejecutivo ante la novedad del citado fenómeno, el desconocimiento que entonces existía acerca de sus verdaderos alcances, el contexto internacional por entonces existente y la paralización del Congreso<sup>171</sup> ante esa situación inicial. Declaración de emergencia y normas cuyas consecuencias -cabe recordar- se materializan en un acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación, y aun restricción, en el ejercicio normal de los derechos. El estado de emergencia, según también fuera dicho, amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal.

Sin embargo, ha sido dicho también, que debe el citado poder ajustarse a presupuestos constitucionales ineludibles. Y, en verdad, cabría decir que varias de las respuestas normativas producidas en nuestro país en la especie parecerían colisionar con la Constitución Nacional y no condecirse totalmente, además, con la seguridad jurídica. Una actuación que *prima facie* se apreciaría “no sistémica” en el marco institucional.

2.4. Ya en el caso “*Fernández Arias*”<sup>172</sup>, como en otros precedentes, el Alto Tribunal argentino sostuvo que resultaban censurables los regímenes que pretenden edificar el bienestar o protección de las personas sobre el apartamiento o soslayo de las instituciones. Y aquí, algo de ello parecería haber ocurrido.

La solución adoptada por nuestro sistema constitucional para enfrentar las emergencias, según fuera dicho, es a través de las instituciones que el propio orden constitucional prevé para su defensa. La ley Fundamental debe regir, tanto en tiempos de paz o normalidad, como también durante cualquier tipo de emergencia económica, social o política; incluso en tiempos de guerra. El orden

---

<sup>170</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, *La urgencia en el marco de las emergencias*, pub. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, marzo 2020, p. 1.

<sup>171</sup> Que dejó de sesionar y tardó casi dos meses en retomar, y parcialmente, su actividad.

<sup>172</sup> CSJN, fallo del 19/09/1960.

constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia. Ello surge de la teleología de su art. 29 y su art. 28, y es también -cabe recordarlo- la respuesta establecida por el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, la habilitación de un derecho excepcional en modo alguno podría ser interpretado por encima de la Constitución, o de manera contraria a la misma, puesto que como dice Iride GRILLO, las medidas de emergencia deben tender a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades creadas por él, y deben encaminarse al restablecimiento de la normalidad social.

Y, ¿cuál era, en nuestro país, el órgano natural asignado para el dictado de la normativa de la emergencia? Según viéramos, en primer y prioritario término, el Congreso Nacional. No el Poder Ejecutivo. La regla constitucional - conviene recordar- es la prohibición y así surge explícitamente del art. 99, inc. 3 de la norma fundamental (*“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*). La admisión de dicha actividad por un órgano “no natural”, como es el Ejecutivo, es de carácter francamente excepcional y así lo prescribe la carta constitucional (*“solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia ....., podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia..”*).

Según sostuviera la CSJN argentina en los casos “Verrochi”, “Cooperativa de Trabajo Fast Lda”, “Consumidores Argentinos SA” y otros más, la procedencia del dictado de normas de Necesidad y Urgencia por el Poder Ejecutivo Nacional se daría sólo: (i) cuando resulte imposible al Congreso reunirse (vgr. por acciones bélicas; desastres naturales, etc.) para el dictado de la Ley de Emergencia mediante el trámite ordinario para la sanción de la misma; (ii), cuando la situación sea de urgencia tal que deba enfrentarse de inmediato (exista incompatibilidad con el trámite normal de las leyes). Y en todo caso, las normas de necesidad y urgencia que emitiera en la instancia el Ejecutivo, deben ser tratadas por las Cámaras del Congreso de modo expreso e inmediato e interpretado restrictivamente por el Poder Judicial.

Siguiendo a la Corte norteamericana en “*Home Building*”<sup>173</sup> y otros antecedentes, así como el fallo dictado en el precedente *Avico c/ De la Pesa*<sup>174</sup>, la Corte Suprema argentina ha perfilado los requisitos básicos de toda normativa de emergencia en los precedentes “*Nadur*” (1959)<sup>175</sup>, y “*Russo*”<sup>176</sup> de igual año, seguido de varios otros fallos más, prescribiendo, no sólo la necesidad de que concorra una real situación de emergencia, así como una clara persecución de un fin público que consulte los intereses superiores y generales del país, sino también, transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales, razonabilidad, lo que abarca tanto la oportunidad del dictado, cuanto de la proporcionalidad del medio empleado, ello es, la adecuación de ese medio con la circunstancia causal y a su vez con la finalidad pública perseguida, y que ese medio afecte los derechos sólo en la medida estrictamente necesaria. En otros términos, el medio escogido no debería significar una aniquilación o grave perjuicio a las garantías constitucionales afectadas, ello es, que la restricción no suprima ni desnaturalice o anule el derecho limitado mediante la norma de emergencia. Dicha exigencia de razonabilidad -ha dicho también el Alto Tribunal- incluye también la verificación acerca de la inexistencia de otros medios alternativos adecuados y menos gravosos para el logro de los fines perseguidos.

Se hallan también presentes -en parte- dichos recaudos en la citada Convención Americana de Derechos Humanos que requiere que las medidas de emergencia que se adopten lo sean “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, y que no sean incompatibles con las demás obligaciones del Derecho internacional, e igualmente al exigirse el respeto al principio de no retroactividad y de legalidad, entre otros. Lo mismo ocurre con la ya mencionada Resolución N° 1 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada “*Pandemia y derechos humanos en las Américas*” del 10 de abril de 2020, con Recomendaciones y lineamientos dirigidos a los Estados parte tendientes a garantizar el pleno respeto de los

---

<sup>173</sup> *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell*, 290, US 398 (1934).

<sup>174</sup> *Avico, Oscar c/ De la Pesa, Saúl*, CSJN, Fallos 172:21, sent. del 7/12/1934.

<sup>175</sup> CSJN. Fallos 243:449.

<sup>176</sup> CSJN, Fallos 243:467.

derechos humanos, tales como que toda restricción que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia Covid-19 cumpla con los requisitos del Derecho internacional, como ocurre con el principio de Legalidad, la exigencia de ser necesaria y resultar estrictamente proporcional para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

2.5. Pues bien. Analizando el decurso de la legislación de emergencia dictada en Argentina a raíz de la pandemia del coronavirus, a nuestro modo de ver podría decirse que el sistema institucional de nuestro país se encontraría debilitado y que podría verse afectado gravemente uno de sus principales elementos: el principio de División de poderes y los mecanismos de control que la Constitución atribuye al Congreso Nacional y al Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo<sup>177</sup>.

Con base a la pandemia se dictaron, según dijéramos, numerosos Decretos de Necesidad y Urgencia que, con el objetivo de proteger la salud pública, restringieron fuertemente los derechos y libertades constitucionales más básicas. La libertad de circular, de trabajar, de ejercer toda industria lícita y comerciar, la libertad contractual, la libertad económica, entre otras, fueron severamente restringidas y, en algunos casos, prácticamente suspendidas, en el marco del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio impuesto por el órgano Ejecutivo.

Sin embargo, ello ocurrió ante la mirada pasiva de un Congreso que dejó de funcionar y tardó luego casi 2 meses en realizar su primera sesión virtual, cuando escuelas y universidades privadas se adaptaron de inmediato a la modalidad remota, y supermercados y determinados comercios siguieron abiertos y funcionando. Sorprende más aún dicha abstención a poco que se memora que en 1871, durante el período más alto de la fiebre amarilla que afectara nuestro país, el Congreso continuó funcionando, donde las sesiones fueron presenciales y, aunque reducidas, continuó cumpliendo su función constitucional<sup>178</sup>. Por otra parte, y superados los iniciales momentos de

---

<sup>177</sup> Véase, igualmente, CASTRO VIDELA, Santiago, *Una república inmunodeprimida*, pub. de la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, del 23/05/2020.

<sup>178</sup> SOLÁ, Juan V., *La Constitución y la Emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz*, Pensar en derecho, Bs.As., Fac. de Derecho, p. 77.

enfrentamiento a la pandemia -por entonces en sus primeros atisbos en nuestro medio-, parecería haberse tornado sobreviniendo dudosa (y fuertemente) la habilidad constitucional del Poder Ejecutivo para continuar con el dictado de decretos de necesidad y urgencia luego de numerosos meses de emitidos los originarios decretos destinados a superar la emergencia y luego de transcurridos otros muchos meses de haber reasumido sus actividades el Congreso Nacional, órgano natural asignado por la Constitución para el dictado de normas de contenido legislativo.

Lo que tal vez podría haber resultado legítimo para la adopción de las primeras medidas, dejaría de serlo en un momento ulterior. Atravesada la fase inicial, y adoptadas las primeras medidas de excepción, las herramientas para paliar las consecuencias de la pandemia deberían haber sido adoptadas por los mecanismos institucionales ordinarios previstos en la Constitución: debían ser dispuestas, aun mediante sesiones remotas, por el Congreso Nacional. Se ha sostenido en tal sentido, que más allá de la razonabilidad y legitimidad de las primeras medidas sanitarias dictadas, la legislación de emergencia habría precipitado una secuencia de medidas que no conformarían ya la matriz de admisibilidad constitucional<sup>179</sup>.

Según se señalara, el 12 de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo dictó el DNU 260, estableciendo una “extensión” de la Emergencia sanitaria declarada en la Ley 27541, invocando una emergencia distinta de la establecida por el Congreso en la delegación y fuera del marco de la delegación. Como también dijéramos, el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia sobre la misma materia de la delegación, hace desaparecer la base de la delegación. Allende dichas consideraciones, el 19 del mismo mes, y con fundamento también en la Pandemia y la ampliación de la emergencia sanitaria por él dispuesta, el Poder Ejecutivo dictó el DNU 297 estableciendo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, con una fuerte restricción de los derechos y libertades constitucionales más básicas. La medida esencial fue, las primeras veces sin

---

<sup>179</sup> RIBERI, Pablo, *En caso de emergencia: rompa el vidrio*, pub. por la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, octubre 2020, p.11

cambios y luego con variaciones de alcances y modificaciones<sup>180</sup>, reproducida y extendida por plurales otros decretos de necesidad y urgencia posteriores (nros. 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792, 814, 875, 956, 1033 del mismo año, prorrogados y sucedidos a su vez por los decretos de necesidad y urgencia del siguiente año, nros. 67, 125, 168, 235 -que dejó sin efecto el anterior y estableció nuevas medidas generales de prevención-, así como los decretos 287 y 334 de 2021), la casi totalidad de los cuales fueron dictados habiendo ya retomado sus actividades y hacía ya muchísimo tiempo el órgano legislativo establecido por la Constitución.

En dicho marco, y encontrándose el Congreso en sesiones, ello es, no hallándose imposibilitado para el dictado de leyes de emergencia, según prescribe la exigencia constitucional, las razones de urgencia ya no se verificarían y no parecerían justificarse nuevas prórrogas unilaterales por sendos decretos de necesidad y urgencia. Habrían desaparecido los presupuestos que, según el Alto Tribunal, habilitarían tal clase de ejercitación. Tampoco parece que pudiera invocarse válidamente la urgencia e imposibilidad de seguir el trámite normal de las leyes a poco que se advierte que para el dictado de la extensa y compleja ley 27541 de Emergencia pública, el Congreso demoró en diciembre de 2019 sólo 6 días para sancionarla.

El 31 de marzo de igual año 2020, casi tres semanas después de la primera norma de necesidad de urgencia decretando la extensión de la Emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 329 de prohibición de determinados despidos y suspensiones. El 18 de mayo, ya pasados dos meses de las iniciales medidas de necesidad y urgencia para enfrentar la pandemia, y ya habiendo retomado sus actividades el Congreso hacía más de un mes, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 487, disponiendo la prórroga del primitivo decreto de interdicción. Y de igual manera, el 28 de julio, más de cuatro meses después de las primarias normas de necesidad y urgencia, y hallándose también en actividad el Congreso desde hacía tres meses, el Poder Ejecutivo volvió a emitir otro Decreto de necesidad y urgencia, el N° 624, disponiendo otra nueva

---

<sup>180</sup> Incorporándose incluso la figura del Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio, en línea con fuerte inspiración en el Aislamiento Obligatorio que dispusiera el art. 7 del DNU 260/20.

prórroga de las prohibiciones citadas. El 23 de septiembre, el Poder Ejecutivo dictó otro Decreto de Necesidad y Urgencia, el N° 761 instituyendo otra nueva prórroga, y lo mismo hubo de hacer el 13 de noviembre, con el dictado de otro nuevo Decreto del mismo tipo, el N° 891, ello es, ocho meses después de dictadas las iniciales normas de la emergencia por dicho mismo poder, y seis meses después de haber retomado sus actividades ordinarias el Poder naturalmente asignado por la Constitución para el ejercicio de la citada función. El 22 de enero de 2021, transcurridos diez meses desde las originarias medidas de emergencia, el Ejecutivo volvió a dictar otro DNU en la materia, el N° 39, estableciendo una nueva prórroga de la prohibición por el término de noventa días, y el 22 de abril dictó otro nuevo DNU, el N° 266, instituyendo otra nueva extensión hasta el 31 de mayo del citado año. Antes de su finalización, se dictó otro decreto de similar tipo, el N° 345 del 21 de mayo, estableciendo otra nueva prórroga hasta el 30 de junio.

El 13 de diciembre de 2019, encontrándose en sesiones el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo emitió un decreto de necesidad y urgencia, el N° 34/19, declarando la Emergencia pública en materia ocupacional y disponiendo una duplicación de las indemnizaciones en caso de extinción incausada del contrato laboral. En 10 de junio de 2020, casi dos meses después de haber retomado sus actividades el Congreso, el Poder Ejecutivo emitió otro decreto de necesidad y urgencia, el N° 528, disponiendo la prórroga de la Emergencia ocupacional que el mismo decretara en su momento y la consiguiente duplicación de indemnizaciones. De igual manera, el 29 de noviembre del mismo año, siete meses después de estar en funciones el órgano legislativo, y a más de ocho meses de emitidas las primeras normas de necesidad, el Ejecutivo procedió al dictado de otro nuevo decreto de necesidad y urgencia, el N° 961 disponiendo una nueva prórroga. En similar línea, el 22 de enero de 2021, nueve meses después de haber reasumido sus funciones el Parlamento, el Poder Ejecutivo dictó otra norma del mismo tipo, el DNU 39, ampliando hasta el 31 de diciembre de dicho año la referida emergencia pública ocupacional.

Ciertamente, lo expuesto constituye un muy acotado recuento habida cuenta que plurales otras normas más de necesidad y urgencia -y numerosas

otras más sobrevenidas por delegación y/o subdelegación legislativa dispuestas por ellas- hubieron de dictarse en dicho lapso. La actividad legislativa por parte del órgano Ejecutivo ha sido ciertamente significativa y persistente. De hecho, desde el dictado del Decreto 260 en marzo del pasado año hasta el momento de elaborarse este trabajo (principios de junio de 2021) esto es, en un período algo mayor a doce meses, el mismo llevaba dictados un total de 189 Decretos de Necesidad y Urgencia abarcando materias de las más plurales y diversas, mientras que, en igual período, el órgano constitucionalmente natural, el Poder Legislativo, hubo de sancionar un total de sólo 145 leyes nacionales. Ello es, bastante menos normas legales que las que dictara el órgano no natural en ejercitación extraordinaria. Lo que debería constituir instrumentos excepcionales, frente a una regla constitucional de prohibición bajo pena de nulidad absoluta, y que sólo podría ser utilizado cuando resultare imposible al Congreso reunirse o seguir el trámite de sanción de las leyes, aparecería manifiestamente desnaturalizado y haberse convertido en una actividad ordinaria y frecuente, pese a hallarse en funciones el órgano al cual la Constitución asigna y reserva como regla el dictado de las disposiciones de carácter legislativo.

2.6. Sorprende, ciertamente, en el citado estado de cosas, que el Poder Legislativo, el órgano constitucionalmente encomendado para la normación de emergencia, no hubiera adoptado la intervención que institucionalmente le incumbía en la especie (art. 75, CN), ni buscara adoptar las medidas adecuadas a la luz del contexto existente y respecto del ejercicio de los derechos y libertades que la Ley Fundamental garantiza sin alterar su contenido esencial y bajo precauciones ordenadas a la protección de la salud pública. Ése es, en definitiva, el rol constitucionalmente atribuido.

El Poder Ejecutivo, en su caso, y luego de las actuaciones iniciales de necesidad y urgencia, podría a su vez, haber ejercido la facultad de iniciativa legislativa que le reconoce la Constitución argentina (art. 77) y presentado los proyectos de ley que estimara convenientes para buscar implementar las medidas que juzgaba razonables para hacer frente a la pandemia en el contexto que se daban, lo que, empero, no hubo de ocurrir. El propio Congreso nacional podría, por su lado, y si así lo entendía necesario, haber recurrido al mecanismo

excepcional de la delegación legislativa prevista en el art. 76 de la CN, con el objeto de fijar en lo sucesivo, pautas y límites claros a las facultades de regulación del Poder Ejecutivo en la emergencia, restringiendo su discrecionalidad y proporcionando herramientas concretas para el control judicial ulterior. Pero lo cierto es que ello tampoco ocurrió.

Lo que se evidenciaría haber existido es una evidente inacción o insuficiente acción por parte del Poder legislativo, que ha permanecido inexplicablemente impasible frente al descrito estado de cosas, admitiendo pasivamente una suerte de invasión casi frecuente del campo de sus facultades propias y privativas por el Ejecutivo<sup>181</sup> y que podría terminar por consolidar restricciones de derechos y libertades elementales, sin intervención del Poder del Estado asignado al efecto, así como un peligroso ensanchamiento o concentración de poder en el Ejecutivo que censura la propia normativa fundamental (art. 29), por el potencial daño al sistema institucional que ello representa, al equilibrio de poderes y, en definitiva, a las garantías consagradas por la normativa fundamental. Porque si bien en la obra de MONTESQUIEU<sup>182</sup> no se habla de una separación tajante de los poderes<sup>183</sup>, y, de hecho, cada poder no posee atribuciones exclusivas<sup>184</sup>, resulta claro que la idea dominante de la misma<sup>185</sup> ha sido que la concentración de poderes anula la libertad, y la

---

<sup>181</sup> Contrario a lo prescripto por la Constitución según ha señalado la CSJN (Fallos 328:3193, *Arias*).

<sup>182</sup> Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu, *De l'esprit de lois*, París, 1956, Libros IV y VI; ed. Española, Madrid, 1906, p. 227.

<sup>183</sup> RAMELLA, Pablo, *División de poderes: perspectivas en Argentina*, Rev. Chilena de Derecho, Vol. 12, p. 325. De hecho, cabe ser señalado, MONTESQUIEU fijó su atención más en el equilibrio que en la separación de poderes.

<sup>184</sup> Según apunta KANT, "los tres poderes del Estado están coordinados entre sí..., cada uno de ellos es el complemento de los otros dos" (KANT, Emanuel, citado por DE LA BIGNE DE VILLENUEVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, 1934). Nuestro Alto Tribunal ha seguido dicha idea hablando así de un accionar armónico y coordinado de los poderes (CSJN. Fallos 319:2641, *Soria*; 316:2940, *Nicosia* -voto Dr. MOLINÉ O'CONNOR-; íd. 327:46, *Lona*; íd. 327:1479, *Bertolotto* -votos Dres. BELLUSCIO y BOGGIANO-; íd. 327:4376, *Cavallo* -voto Dr. MAQUEDA-).

<sup>185</sup> Cuyos orígenes se remontarían mucho atrás, apreciándose ya en las obras de ARISTÓTELES (*La Política*, Libro IV, Capítulos XI, XII y XIII), POLIBIO (*Historia universal*, Libro VI, Capítulo VI), CICERÓN, TOMÁS DE AQUINO, BODIN, LOCKE, J. (*Tratados sobre el gobierno civil*, 1690) y muchos otros (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Teoría e historia constitucional*, Bs. As., t. I, p. 94; VILLANUEVA GÓMEZ, Luis E., *La división de poderes: teoría y realidad*, Univ. Nac. Autónoma de México, 2014, p. 151 y ss.). En el Derecho constitucional algunas corrientes se han expresado no muy entusiastas con una estricta separación de poderes (FINER, Hermann, *Theory and practice of Modern Government*, 2nd. ed., New York, 1950, p. 219 y ss; VILLANUEVA

expresión enfática de dicha idea está contenida en el art. 29 de nuestra Constitución.

Las soluciones legislativas sancionadas al margen de la Constitución resultan siempre perturbadoras de la reserva de jurisdicción que ésta instituye en su artículo 75 inciso 12<sup>186</sup>, desde que la misma se basa en la separación o distribución de los poderes, principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. 1 y cc., Constitución Nacional)<sup>187</sup> y sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno quedaría sin base que la sustente. Se ha dicho así que el equilibrio de poderes sería condición indispensable para que subsista el Estado republicano<sup>188</sup>, y la esencia de nuestro sistema de gobierno se asienta en la limitación de los poderes y la supremacía de la Constitución<sup>189</sup>. Y si bien el principio de división de poderes puede ser adecuado a las necesidades de la vida contemporánea en la medida que lo toleren las normas constitucionales<sup>190</sup>, no resultaría posible convalidar la violación a la esencia de dicho principio que comporta una incursión como un co-legislador habitual u ordinario, al par del establecido por la norma fundamental, y al mismo tiempo del desenvolvimiento de éste, donde las facultades estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente gravamen de las libertades humanas<sup>191</sup>, siendo que dicho principio medular ha sido instituido como una garantía de los derechos de la comunidad y no como una prerrogativa del Estado frente a los particulares<sup>192</sup>. Bien reflexionaba MADISON acerca de la necesidad de que el poder se encuentre siempre debidamente dividido y controlado al momento de construir las instituciones<sup>193</sup>.

2.7. Ciertamente, no pretendemos en manera alguna desconocer los graves efectos que ha producido la pandemia en nuestro país, y particularmente,

---

GÓMEZ, op. cit., p. 160; POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1898, t. I, p. 215; JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Bs. As., 1981, p. 377; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 2ª. ed., 1979, p. 55).

<sup>186</sup> En cuanto asigna al Congreso la atribución de dictar los Códigos y demás leyes de fondo.

<sup>187</sup> CSJN, Fallos 251:472, *Beneduce*, voto Dr. BOFFI BOGGERO.

<sup>188</sup> BURRUEL HUERTA, Leopoldo, *Principios constitucionales*, México, 2013.

<sup>189</sup> CSJN, Fallos 316:2940, *Nicosia*; 319:3148, *Monges* -voto Dr. FAYT-, íd. 321: 1799, *Barsanti*; íd.330:3160, *Bussj*; íd. 322:1616, *Fayt*.

<sup>190</sup> CSJN, Fallos 316:2624, *Cocchia*.

<sup>191</sup> Del fallo de la CSJN in re: *Fernández Arias c. José Poggio*, Fallos 247:646.

<sup>192</sup> CSJN, Fallos 310:2709, *Caja Nacional de Ahorro y Seguro*.

<sup>193</sup> MADISON, James, *El Federalista*, nro. 51, N. York, The Federalist Papers, pub. el 8/02/1788.

en lo que nos concierne, en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, fenómeno que sin duda seguirá provocando sus consecuencias hasta la total superación de la afección y por un tiempo consecencial ulterior, lo que también sin dudas ha justificado el dictado de una legislación de emergencia para procurar su remedio. Es también cierto que en ocasiones sería casi ínsita a la dinámica de las emergencias la posibilidad de que determinados formalismos puedan ser desplazados para el fin de superar la amenaza que se cierne inminente<sup>194</sup>. Tampoco creemos -según dijéramos- que pudiera ponerse en duda siquiera por un instante la valía indudablemente esencial de los fines que -según se proclamara en cada ocasión- se habrían propugnado alcanzar a través del dictado de las normas de necesidad y urgencia por el órgano ejecutivo.

Lo que entendemos es que, habiéndose dictado en sus comienzos esas medidas excepcionales por el citado poder -como el mismo reconoció-, y habiendo retomado sus actividades el órgano constitucional natural, el Congreso, y encontrándose el mismo funcionando a través de sesiones virtuales o mixtas, habrían dejado de verificarse las condiciones de excepción que, según la Constitución, legitimarían la incursión del Ejecutivo en el ejercicio de la función legislativa de necesidad y urgencia. Adoptadas las iniciales medidas de excepción para enfrentar la situación crítica por entonces avizorable de la pandemia, procurando entre otras cosas demorar -según se expusiera en sus considerandos- el pico en la curva de contagios y mitigando su impacto en el sistema sanitario, con posterioridad, y habiendo retornado el Poder Legislativo a sus actividades, los instrumentos para reducir y superar las consecuencias deberían haber sido adoptados a través de los mecanismos institucionales previstos por la Constitución<sup>195</sup>.

Sin embargo, lo que se habría dado es una trastocación de lo extraordinario en algo ordinario y corriente, una suerte de acostumbramiento al arrogamiento repetitivo de una ejercitación que, por esencia, debería revestir condiciones de marcada excepcionalidad, una “habituación” a una anomalía

---

<sup>194</sup> COLOMBO MURÚA, Ignacio, *Emergencias y formas constitucionales o de por qué la forma es tan importante como la materia*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional, 2020.

<sup>195</sup> Véase SABSAY, Daniel, *El Poder Legislativo debe seguir funcionando*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional, mayo 2020, p. 1 y ss.

institucional. Como dice MIDÓN, en la especie se habría producido una “ordinarización” de los decretos de necesidad y urgencia, de manera tal que la calidad de lo extraordinario, que por cualidad esencial pertenece a un decreto de esa clase, pasó a convertirse en una norma habitual<sup>196</sup>. En dicho punto, preocupa la falta de ejercitación de las facultades por el Poder Legislativo, al tiempo que - como señala SABSAY<sup>197</sup>- preocuparía también la continuación en el dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Ejecutivo y la suerte de “normalización” del ejercicio de facultades legislativas por parte del titular de dicho poder, desde que todo acto que afecte el ejercicio de derechos fundamentales requiere de la sanción de una ley, vale decir, de una decisión del Congreso de la Nación.

La norma de competencia o fuente de validez parecería en definitiva haber sido transgredida, colocando consecuentemente en situación de fragilidad la validez de las normas tutelares de regulación que, con fines sin dudas loables, se continuaran dictando por el citado poder en una dinámica que ha persistido aún a la fecha, y poniendo así en última instancia en riesgo la solidez misma del esquema tutelar diseñado para alcanzar los nobles propósitos que se dijera perseguir. No por sus fines, sino por los medios empleados. Porque, si bien indudablemente las normas así dictadas pertenecerían al ordenamiento jurídico, por ser normas que han sido creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiere en determinadas circunstancias el poder de dictar normas, se habría soslayado, empero, que ello es así -y entre otros requisitos- *siempre que se ejercite en las condiciones expresadas en el ordenamiento*<sup>198</sup>. Y, en la especie, atendiendo a la forma, extensión temporal y reiteratividad con que fuera llevada a cabo la creación normativa, y hallándose en plena actividad el órgano natural al que la Constitución asigna la atribución legislativa, se evidenciaría un marcado desatendimiento de los procesos legítimos de producción y reconocimiento de las normas, más allá de cualquier consideración axiológica, ética o política que pudiera formularse a su respecto. Una

---

<sup>196</sup> MIDÓN, Mario, *Los DNU y el síndrome del fumador empedernido*, Asoc. Arg. de Derecho Constitucional, septiembre 2020, p. 1,

<sup>197</sup> SABSAY, Daniel, *El Poder Legislativo debe seguir funcionando*, en Bol. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, abril 14 de 2020.

<sup>198</sup> PEÑA FREYRE, Antonio M., *Validez y vigencia de las normas*, p. 103.

Constitución, decía el profesor mexicano BURGOA ORIHUELA, debe tener un alma, la cual se expresa en un conjunto de principios, y los órganos por ella establecidos no pueden cambiar la esencia de esa ley fundamental al punto de transformarla en una nueva mediante la alteración, supresión o sustitución de los aludidos principios<sup>199</sup>. Según resaltara hace tiempo el Máximo Tribunal argentino, la Constitución configura un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres, tanto en tiempos de paz como de guerra, y sus provisiones no podrían ser suspendidas en ninguna de las grandes emergencias en que los gobiernos pudieran encontrarse<sup>200</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos resulta reveladora que aún en graves crisis económicas y de guerras internacionales hubo de mantenerse el Estado de Derecho<sup>201</sup>.

Como se dijera, el sistema institucional argentino no habría estado respondiendo adecuadamente. Se evidenciaría, en suma, lo que un constitucionalista ha dado en llamar “una República *inmunodeprimida*”<sup>202</sup>, en una evolución que preocupa, pues puede conducir a un debilitamiento del citado Estado de Derecho. Cabría tal vez recordar al efecto, que la República constituye un sistema complejo que, en alguna manera, funciona como un ser viviente, que para existir y permanecer debe mantener un adecuado equilibrio. La afectación del mismo, su desequilibrio, no sólo daña al sistema, sino fundamentalmente a las personas, que constituyen su centro y su eje<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, 1994, ps. 42 y 45/46.

<sup>200</sup> CSJN, *Compañía Azucarera Tucumana*, Fallos 150:150

<sup>201</sup> Así, en los casos *Schtecher Poultry Corp. Vs. United States*, 295 US, 495 (1935); *Humphrey's Executor vs. United States*, 295 US, 602 (1935); *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 US, 579 (1952).

<sup>202</sup> CASTRO VIDELA, Santiago, *Una república inmunodeprimida*, op. cit.

<sup>203</sup> CASTRO VIDELA, op. cit.

## Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2004). *The emergency Constitution*, Yale Law Journal 1029.
- ACKERMAN, M. (2020). “El COVID-19 (Coronavirus), y la relación de trabajo”, *Boletín de la AADTySS*, marzo.
- AGAMBEN, G. (2005). *State of exception*, Chicago University Press, Chicago.
- ALEXY, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*, trad. esp., Barcelona.
- ALONSO GARCÍA, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid.
- ARRIAGA CÁCERES, M. (2017). “Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40.
- BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. II.
- BIDART CAMPOS, G. *Derecho Constitucional*, Bs. As., t. II.
- BIDART CAMPOS, G. (1964). *Control de la razonabilidad legislativa por la Corte Suprema*, ED, t. 9.
- BIDART CAMPOS, G. (2000). *Manual de la Constitución reformada*, t. II.
- BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., t. 2.
- BURGOS ORIHUELA, I. (1994). *Renovación de la Constitución de 1917*, México.
- BURRUEL HUERTA, L. (2013). *Principios constitucionales*, México.
- CABANELLAS, G. y ALCALÁ ZAMORA, L. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 14ª. ed, Bs. As., t. 3.
- CASSAGNE, J. (1991). *Derecho Administrativo*, Bs. As., t. II.
- CEPAL-OIT (2020). *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. La dinámica laboral en una crisis de características inéditas: desafíos de política*, ed. 23ª, noviembre.
- COLOMBO MURÚA, I. (2020). *Emergencias y formas constitucionales o de por qué la forma es tan importante como la materia*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional.
- COMADIRA, J. (1995). “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *Rev. LL*, 1995-B, 825.

- DALLA VÍA, A. “La emergencia y el estado constitucional de derecho”, *Rev. Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2003). “Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad”, *Rev. Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2005). “El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática”, *Anuario de Derecho Civil*.
- DELGADO PINTO, J. (1990). “Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas”, *Doxa*, núm. 7.
- DICEY, A. (1959). *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 10<sup>th</sup> ed.
- DÍEZ PICAZO, L. (1990). *La derogación de las leyes*, Madrid.
- DYZENHAUS, D. “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, University of Toronto, *Cardozo Law Review*, vol. 27:5.
- ESTEVA GALLICCHIO, E. (2002). “Los Estados de Excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales”, *Ius et Praxis*, 8 (1).
- FARIÑAS DULCE, M. J. (1991). *El problema de la validez jurídica*, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia juris*, t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia*, trad. esp., Madrid.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1999). *Prólogo*, en DESPOUY, L., *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM.IIJ.
- FLORES DAPKEVICIUS, R. (2008). “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones constitucionales*, n° 19, México, julio/dic.
- GARCÍA BELSUNCE, H. *La emergencia en la Constitución Nacional*, ED, t. 154.
- GASCÓN, M. (1997). *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, núm. 20.
- GELLI, M., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 5<sup>a</sup>. ed., t. I.
- GRILLO, I., *Constitución y emergencia*, Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.
- GUASTINI, R. (1999). *La Invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona.

- HART, H. (1974). *The concept of law*, Oxford, 2a. ed.
- HERNÁNDEZ, A. (2003). *Las emergencias y el orden constitucional*, México.
- HERNÁNDEZ, A. (2004). “Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos”, en AAVV, *Derecho Constitucional*, Bs. As.
- HERNÁNDEZ, J. (2020). *Emergencias, orden constitucional y Covid-19 en Argentina*, UNC.
- HUTCHINSON, T. (2002). “La actual crisis y su solución desde el derecho”, *Rev. de Derecho Público*, 2002-2, La Emergencia económica (2ª. parte), S. Fe.
- LEGARRE, S. (2004). *Poder de policía y moralidad pública*, Bs. As.
- LINARES QUINTANA, S. (1956). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., t. V.
- LINARES QUINTANA, S. (1977/1988). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., t. VI.
- LOBATO, J. (2020). “Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales”, *Boletín Digital de la Asoc. Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS)*.
- MARIENHOFF, M. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., t. I y t. II.
- MIDÓN, M. (2001). *Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As.
- MIDÓN, M. (2020). *Los DNU y el síndrome del fumador empedernido*, Asoc. Arg. de Derecho Constitucional, septiembre.
- OIT (2020). *Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos en América Latina y el Caribe*, 2ª. ed, septiembre.
- OIT (2020). *Informe Mundial sobre salarios 2020-2021. Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, diciembre.
- PÉREZ HUALDE, A. (2020). *La urgencia en el marco de las emergencias*, pub. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, marzo.
- PINÉSE, G. (2005). *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*, SAIJ: DACC050009.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1975). *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo.
- QUIROGA LAVIÉ, H. (2000). *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As.

- RIBERI, P. (2020). *En caso de emergencia: rompa el vidrio*, pub. por la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, octubre.
- SABSAY, D. (2007). "A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico", *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, Córdoba.
- SABSAY, D. (2020). "El Poder Legislativo debe seguir funcionando", *Bol. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, abril.
- SAGÜÉS, N. (1997). *Elementos de derecho constitucional*, 2ª. ed, Bs As., t. 2.
- SAGÜÉS, N. (2016). *La Constitución bajo tensión*, Querétaro.
- SARAVIA FARIAS, B. (2018). "Los decretos de necesidad y urgencia", *Rev. LL*.
- SCHMITT, C. (1988). *Political Theology, Four chapters on the concept of sovereignty*, MIT, Cambridge, Massachusetts.
- SILES, A. (2017). "Problemática constitucional del Estado de Emergencia en Perú; algunas cuestiones fundamentales", *Estudios constitucionales*, vol. 15, n° 2.
- SPOTA, A. (1992). *La división de poderes en la emergencia*, LL, Bs. As., 1992-A.
- TRUEBA URBINA, A. (1972). *Nuevo Derecho del trabajo*, México.
- VÁZQUEZ VIALARD, A. (1982). *Tratado de Derecho del trabajo*, Bs. As., t. II.
- VIGO, R. (2016). "Una teoría de la validez jurídica", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39.
- VON WRIGHT, G. (1963). *Norm and action (A logical Enquiry)*, London.
- WROBLEWSKI, J. (1982). "Tre concetti di validità", *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1.
- YLARRI, J. (2015). "La división de poderes en la Argentina", *Rev, Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio.
- ZIULIU, Adolfo G., *Estado de sitio*, Bs. As.

---

## LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES DE ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LOS NEURODERECHOS LABORALES

## THE DIGITAL RIGHTS CHARTER OF SPAIN AND ITS IMPACT ON LABOR NEURODIGHTS

José Antonio IGLESIAS CÁCERES

*Docente de Teoría de las Relaciones Laborales y Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Director de la e-revista T R I P A L I U M. Abogado Asesor en la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

[tripaliumsite@gmail.com](mailto:tripaliumsite@gmail.com)

Fecha de envío: 31/07/2021

Fecha de aceptación: 20/08/2021

---

## LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES DE ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LOS NEURODERECHOS LABORALES

José Antonio IGLESIAS CÁCERES

*Universidad de la República (Uruguay)*

---

**Resumen:** La reciente aprobación de la Carta de Derechos Digitales española nos sirve de insumo para contextualizar y contrastar las diferentes iniciativas tendientes a incorporar los denominados “neuroderechos” a diferentes ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, que ya tiene en vías de aprobación parlamentaria un proyecto de ley tendiente a reconocer este tipo de derechos en su Constitución, a consecuencia del incipiente desarrollo e influencia que las neurotecnologías tendrán en la vida de las personas. El ámbito laboral no escapa a esa realidad, de allí que procedamos a analizar el impacto que esta Carta de Derechos Digitales tendrá en lo que hemos denominado neuroderechos laborales.

**Palabras clave:** Derechos Digitales - Neuroderechos - Neuroderechos Laborales - Neurotecnologías - Privacidad

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La Carta de Derechos Digitales de España. 3. La Iniciativa “Neurorights”. 4. La Constitución de Chile. 5. Los neuroderechos laborales. 6. Breves reflexiones finales.

**Abstract:** The recent approval of the Spanish Charter of Digital Rights serves as input to contextualize and contrast the different initiatives aimed at incorporating the so-called “neuro-rights” into different legal systems, as is the case of Chile, which already has a parliamentary approval process Bill to recognize this type of rights in its Constitution, as a result of the incipient development and influence that neurotechnologies will have on people's lives. The workplace does not

escape this reality, hence we proceed to analyze the impact that this Charter of Digital Rights will have on what we have called labor neuro-rights.

**Key words:** Digital Rights - Neuro rights - Labor Neuro rights - Neurotechnologies - Privacy

**Summary:** 1. Introduction. 2. The Charter of Digital Rights of Spain. 3. The “Neurorights” Initiative. 4. The Constitution of Chile. 5. Neuro-labor rights. 6. Brief final reflections.

*“No sabremos a lo que nos enfrentamos,  
hasta tanto no suframos sus consecuencias”.*

## 1. Introducción<sup>1</sup>

La reciente aprobación de la Carta de Derechos Digitales española nos sirve de insumo para contextualizar y contrastar las diferentes iniciativas tendientes a incorporar los denominados “neuroderechos” a diferentes ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, que ya tiene en vías de aprobación parlamentaria un proyecto de ley tendiente a reconocer este tipo de derechos en su Constitución, a consecuencia del incipiente desarrollo e influencia que las neurotecnologías tendrán en la vida de las personas. El ámbito laboral no escapa a esa realidad, de allí que procedamos a analizar el impacto que esta Carta de Derechos Digitales tendrá en lo que hemos denominado neuroderechos laborales<sup>2</sup>.

Si bien la referida Carta, cuenta con seis capítulos, nosotros haremos una breve mención a los capítulos vinculados a los derechos de libertad, igualdad, derechos del entorno laboral y empresarial, derechos digitales en entornos específicos, y dentro de estos últimos, centraremos el foco de análisis, en lo que refiere a los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

Es importante destacar, que a diferencia de lo propuesto por autores como Marcello Lenca y Roberto Andorno<sup>3</sup>, y el propio neurobiólogo Rafael Yuste<sup>4</sup>, en cuanto a la necesidad de establecer una nueva categoría de derechos fundamentales, denominados *neuroderechos*, la Carta de Derechos Digitales española dentro de sus consideraciones previas establece que *“no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno*

---

<sup>1</sup> Las opiniones aquí vertidas son exclusivamente a título personal y no comprometen en absoluto a las referidas Instituciones

<sup>2</sup> Véase, Iglesias Cáceres, J. A., “Introducción a los neuroderechos laborales”, en e-revista TRIPALIUM, Vol. III, num. 2, 2021, : <https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2021/06/revista-tripalium-6-1.pdf>

<sup>3</sup> Lenca, M. y Andorno, R., “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, recuperado de:

<https://lsspjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1>

<sup>4</sup> <https://nri.ntc.columbia.edu/spanish-webpage/rafael-yuste-director>

*y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros”.*

Sin embargo, a diferencia de la Carta de Derechos Digitales española, muchos autores, entre los que nos incluimos, consideran que la trascendencia en el desarrollo de cualquier tipo de neurotecnología viene acompañada de la necesidad de un soporte normativo que tenga como objetivo la protección de la privacidad, identidad, agencia y equidad de las personas. Y es, precisamente a ese soporte legal que se le ha dado la denominación de *neuroderechos*.

La conceptualización de neuroderecho surge de la iniciativa por parte de la *Brain Initiative* de conectar lo cerebral con lo mental mediante la configuración de un mapa de los circuitos y redes neuronales específicos que generarían nuestra actividad consciente.

En este sentido, es razonable imaginar, que en el estado actual de desarrollo de las neurotecnologías y considerando la disponibilidad cotidiana de artefactos digitales incorporados a nuestra actividad diaria, no es absurdo pensar que posiblemente nos estemos acercando a escenarios en que la vulneración de la *“privacidad mental”* e incluso el control mental pueda ser una realidad.

Atento a ello, y conforme sostienen Pablo López-Silva y Raúl Madrid,<sup>5</sup> el concepto de neuroderecho refiere básicamente *“a la protección de las propiedades públicas de la experiencia mental humana”*. De esta forma, los referidos autores nos advierten que necesitamos legislar sobre neuroderechos, *“pero una legislación que informe a la ciudadanía, que sea sancionadora y que regule su acceso más allá de lo médico, que es la real amenaza a nuestra privacidad mental”*.

Esta necesidad de acompañar el desarrollo de las neurotecnologías con un desarrollo jurídico que anticipe y regule los eventuales impactos en la vida de las personas, y concretamente en la vida de las personas dentro del ámbito laboral, es lo que deberán regular los neuroderechos laborales.

## **2. La Carta de Derechos Digitales de España**

---

<sup>5</sup> <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/56317/67526>

La recientemente aprobada Carta de Derechos Digitales de España<sup>6</sup> cuenta con seis capítulos, que se detallan a continuación:

- 1) Derechos de Libertad, dentro de los cuales se incluyen: derechos y libertades en el entorno digital; derecho a la identidad en el entorno digital; derecho a la protección de datos; derecho al pseudonimato; derecho de la persona a no ser localizada y perfilada; derecho a la ciberseguridad; y finalmente, derecho a la herencia digital.
- 2) Derechos de Igualdad, dentro de los cuales se incluyen: derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital; derecho de acceso a internet; protección de las personas menores de edad en el entorno digital; accesibilidad universal en el entorno digital; y finalmente, brechas de acceso al entorno digital.
- 3) Derechos de Participación y de Conformación del Espacio Público, dentro de los cuales se encuentran: derecho a la neutralidad de internet; libertad de expresión y libertad de información; derecho a recibir libremente información veraz; derecho a la participación ciudadana por medios digitales; derecho a la educación digital; y finalmente, derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.
- 4) Derechos del Entorno Laboral y Empresarial, dentro de los cuales encontramos: derechos en el ámbito laboral y la empresa en el entorno digital.
- 5) Derechos Digitales en Entornos Específicos, dentro de los cuales distinguimos: derecho de acceso a datos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo; derecho a un desarrollo tecnológico y un entorno digital sostenible; derecho a la protección de la salud en el entorno digital; libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital; derechos ante la inteligencia artificial; y finalmente, derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

---

<sup>6</sup>[https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)

- 6) Garantías y Eficacia, dentro de las cuales se encuentran: garantía de los derechos en los entornos digitales y eficacia.

Dentro de las consideraciones previas de la Carta de Derechos Digitales, encontramos una referencia a que la *“dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social”*, agregando que, el *“intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital plantean la necesidad de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, los valores constitucionales que constituyen el único cimiento posible de la convivencia.”*

Se nos recuerda que estamos insertos en una sociedad digital de cuyos entornos, dispositivos y servicios dependemos cada día. Advirtiéndole que en este contexto, no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales *“pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos o de que las nuevas tecnologías y el ecosistema digital se erijan por definición en fuente de nuevos derechos. La persona y su dignidad son la fuente permanente y única de los mismos y la clave de bóveda tanto para proyectar el Ordenamiento vigente sobre la realidad tecnológica, como para que los poderes públicos definan normas y políticas públicas ordenadas a su garantía y promoción”*.

La Carta de Derechos Digitales destaca que *“el desarrollo y progresiva generalización de estas tecnologías y de los espacios digitales de comunicación e interrelación que ellas abren dan lugar a nuevos escenarios, contextos y conflictos que deben resolverse mediante la adaptación de los derechos y la interpretación sistemática del Ordenamiento en aras de la protección de los valores y bienes constitucionales y de la seguridad jurídica de la ciudadanía, operadores económicos y Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales. Situaciones y escenarios que se crean con y que no se limitan a internet que, por importante que sea, no agota ni condensa por sí misma todo el alcance y dimensiones del entorno y el espacio digital o ecosistema digital”*.

De esta forma, la Carta de Derechos Digitales que se presenta no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de enunciar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. Concluyendo que *“se trata de un proceso naturalmente dinámico dado que el entorno digital se encuentra en constante evolución con consecuencia y límites que no es fácil predecir”*.

La Carta recuerda que *“la propia naturaleza cambiante del entorno digital hace necesario asegurar la existencia de un proceso abierto de reflexión que permita mejorar la adecuación del marco jurídico a las nuevas realidades”*.

Finalmente, se establece que *“el objetivo de la Carta es descriptivo, prospectivo y asertivo. Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Asertivo en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros”*.

En igual sentido, se expresa que la Carta de Derechos Digitales no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es únicamente reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital propone, así como también, sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. De esta forma, se intenta proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita transitar en el entorno digital del que formamos parte, aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y neutralizando sus riesgos. Con el objetivo de contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, de esta forma, *“liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro”*.

## DERECHOS DE LIBERTAD

### I

#### Derechos y libertades en el entorno digital

Los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución Española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España son aplicables en los entornos digitales.

Se impulsarán las medidas necesarias y conducentes para que las leyes puedan concretar, en cuanto sea necesario, las especificidades de los derechos en el entorno digitales.

Se promoverá que en los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente, se tenga presente la exigencia de garantizar la dignidad humana, los derechos fundamentales, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y orientarse al logro del bien común.

## DERECHOS DE IGUALDAD

### VII

#### Derecho a la igualdad y la no discriminación en el entorno digital

El derecho y el principio a la igualdad inherente a las personas será aplicable en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión.

(c) A oponerse al uso de técnicas de análisis de los usuarios en el ofrecimiento de informaciones y opiniones cuando pudiera afectar a las libertades ideológicas, religiosa, de pensamiento o de creencias.)

## DERECHOS DEL ENTORNO LABORAL Y EMPRESARIAL

### XIX

#### Derechos en el ámbito laboral

- 1) Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales.
- 2) En los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a:
  - a) La desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar.
  - b) La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales.

Del uso de tales dispositivos o herramientas se informará a la representación legal de las personas trabajadoras. Esta información alcanzará los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

- c) La protección de los derechos de la letra anterior en la utilización de sistemas biométricos y de geolocalización.
- d) La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la

legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal.

- e) El uso lícito, leal, proporcionado y transparente de los controles empresariales digitales.
  - f) Recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales, así como a ser informadas sobre la política de uso de tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados.
  - g) La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales.
  - h) La cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo.
- 3) En los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la voluntariedad y la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en él, el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y la garantía de los derechos reconocidos en la legislación y los convenios colectivos.
- 4) En los procesos de transformación digital:
- a) Las personas trabajadoras tienen derecho a una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales.

- b) La representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse.
- 5) La negociación colectiva podrá establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales en las personas trabajadoras y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar.
- 6) En todo caso, el desarrollo y uso de algoritmos y cualesquiera otros procedimientos equivalentes en el ámbito laboral exigirá una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que incluirá en su análisis los riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la inteligencia artificial contenidos en esta Carta y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación.
- 7) Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas.

## XX

### La empresa en el entorno digital

- 1) La libertad de empresa reconocida en la Constitución Española es aplicable en los entornos digitales en el marco de la economía de mercado, en el que quede asegurada la defensa y promoción de una competencia efectiva, evitando abusos de posición de dominio,

- que garantice igualmente la compatibilidad, seguridad, transparencia y equidad de sistemas, dispositivos y aplicaciones.
- 2) El desarrollo tecnológico y la transformación digital de las empresas deberá respetar, tal y como exige la legislación en la materia, los derechos digitales de las personas.
  - 3) Los poderes públicos, en relación a los mercados de bienes y servicios digitales y en el ejercicio de sus competencias en el ámbito internacional, tomarán en consideración los efectos que sobre la competencia en esos ámbitos tengan sus regulaciones internas sobre dichos bienes y servicios.
  - 4) En particular, los poderes públicos asegurarán opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales y empresas de contenidos en relación con los servicios intermediarios en línea. Las mismas opciones asegurarán a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea.
  - 5) Los poderes públicos promoverán la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación ordenados a la transformación digital de las empresas, el emprendimiento digital y el fomento de las capacidades de la sociedad para la generación de ciencia y tecnología nacionales.
  - 6) Se desarrollarán las condiciones que permitan la creación de espacios de pruebas controladas para desarrollar nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos basados en la tecnología (*sandbox*).

## DERECHOS DIGITALES EN ENTORNOS ESPECÍFICOS

XXV

Derechos ante la inteligencia artificial

- 1) La inteligencia artificial deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia.
- 2) En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial:
  - a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial.
  - b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible.
  - c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad.
- 3) Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.

## XXVI

### Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías

- 1) Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de:
  - a) Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad.
  - b) Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones.
  - c) Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos.
  - d) Regular el uso de interfaces persona-maquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica.

- e) Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados.
- 2) Para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas.

La previsión expresa de los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, da cuenta de la importancia y, a su vez, los riesgos que las mismas implican. Así, el numeral uno de dicho apartado normativo, establece claramente que las personas serán “*centro de implantación y empleo*” de las neurotecnologías, de allí la necesidad de una regulación legal, que garantice el control de cada persona sobre su propia identidad, previendo claramente la posibilidad de que la misma sea afectada, quizás a extremos, nunca antes conocidos<sup>7</sup>.

También se establece el objetivo de garantizar “*la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones*”, anticipando sin ambages, la posibilidad del “control mental” de las personas.

Pero, la previsión más importante, por su vinculación con la “privacidad mental” es lo referente a garantizar “*la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos*”. La predicción de reconocidos expertos acerca de la

---

<sup>7</sup> En este sentido, recientes declaraciones de la Secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, Carme Artigas, durante la clausura de la IV edición del Foro de Ametic “Artificial Intelligence Summit 2021”, ha señalado que en la Carta de Derechos Digitales “...se contemplarán derechos de la inteligencia artificial, como que no te discriminen algorítmicamente, y derechos vinculados a la “neurotecnología” y se recogerán principios como el derecho a no dar los datos cerebrales o a no ser aumentado cerebralmente.”

<https://www.europapress.es/economia/noticia-gobierno-presentara-junio-carta-derechos-digitales-20210429165837.html>

posibilidad de desarrollar tecnología que pueda “leer” los pensamientos de una persona, quizás esté más cerca de lo que imaginamos<sup>8</sup>.

A su vez, se pretende regular el uso de interfaces persona-maquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica. Ya existen experiencias tanto individuales como colectivas en la utilización de este tipo de interfaces.

Finalmente, se busca asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. Esto es, la posibilidad de manipular dichas decisiones o procesos, asegurando su transparencia, integralidad y neutralidad.

El numeral dos, hace hincapié en los conceptos de dignidad, igualdad y no discriminación que deberían informar todo el marco normativo para la regulación de las neurotecnologías. Realizando en su apartado final una mención al transhumanismo y/o poshumanismo, en tanto, hace referencia expresa al aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas.

Todas estas previsiones normativas, no son casuales, al contrario, nos anticipan un mundo que se está transformando ahora, en este preciso momento, con lo cual, los laboristas deberíamos dejar de temer al escotoma<sup>9</sup> y comenzar a intentar comprender, a pesar de las dificultades de adentrarnos en las profundidades de otras disciplinas científicas, el futuro que ya transitamos, y que sin dudas impactará de forma nunca antes imaginada.

Como sostienen Pablo López-Silva y Raúl Madrid *“La aporía que se advierte al pensar en una legislación sobre neuroderechos en el futuro inmediato es que la mayoría de las nociones que se aplican están conectadas con ideas*

---

<sup>8</sup> “...en China, a los conductores del tren de alta velocidad de Beijing-Shangái, uno de los más concurridos del mundo, se les demanda llevar dispositivos EEG para monitorizar su actividad cerebral mientras conducen. De acuerdo con algunas fuentes de noticias, en las fábricas de China controladas por el gobierno, a los empleados se les pide que usen sensores EEG para ver su productividad y su estado emocional en el trabajo. A los empleados, incluso se les manda a casa si sus cerebros muestran una concentración menor en sus trabajos o si están mentalmente agotados.” Nita FARAHANY, “When technology can read minds, how will we protect our privacy?” Conferencia TED, recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=AHV\\_BxINzmM](https://www.youtube.com/watch?v=AHV_BxINzmM)

<sup>9</sup> Beltran de Heredia Ruiz, I., *¿Deberíamos empezar a hablar de “Neuroderecho del Trabajo”?*, recuperado de: <https://ignasibeltran.com/2020/04/26/deberiamos-empezar-a-hablar-de-neuroderecho-del-trabajo/>

*cuyo significado es todavía ambiguo y difícil de precisar, incluso en el plano estrictamente científico. Estamos hablando de nociones como “integridad mental”, “identidad individual”, “privacidad mental”, “continuidad psicológica”, “sustratos mentales”, etcétera, que tienen su correlato en el ámbito filosófico, en el que tampoco existe acuerdo sobre los modelos antropológicos que se deben a utilizar para fundar los conceptos jurídicos. Todas estas fórmulas están ligadas también a la psicología, la antropología y por supuesto la biología y a la neurociencia.”*

La Carta de Derechos Digitales de España está a la vanguardia mundial a la hora de incluir derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, pudiendo preverse su aplicación y su impacto en el mundo del trabajo. De allí su importancia como antecedente normativo a la hora de legislar sobre neuroderechos laborales.

### **3. La Iniciativa “Neurorights”**

La propuesta de los NeuroDerechos Humanos se populariza con la “*NeuroRights Initiative*”<sup>10</sup> del Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia, bajo el liderazgo del neurobiólogo Rafael Yuste. La iniciativa de los NeuroDerechos presenta, en primer lugar, el derecho a la intimidad personal, cuyo propósito es prohibir que tecnologías externas alteren el concepto de uno mismo o de la conciencia de la persona. En segundo lugar, el neuroderecho al libre albedrío<sup>11</sup> presenta la necesidad de establecer que las personas deben tomar y tener el control sobre sus propias decisiones, sin la manipulación de neurotecnologías externas desconocidas. En tercer lugar, el derecho a la privacidad mental busca que todos los datos obtenidos tras medir la actividad

---

<sup>10</sup> <https://nri.ntc.columbia.edu/>

<sup>11</sup> Diego BORBÓN RODRÍGUEZ es muy crítico con este concepto cuando expresa “Por supuesto, es importante regular la forma en que los humanos podríamos consentir el uso e intervención de neurotecnologías externas, más esto no se muestra necesario incorporarse como un derecho humano denominado libre albedrío”, Borbón Rodríguez, D. A., Borbón Rodríguez, L. F. y Laverde Pinzón, J., “Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora”, IUS ET SCIENTIA, 2020, Vol. 6, Nro. 2, ISSN 2444-8478 :

[https://www.researchgate.net/publication/348280669\\_Analisis\\_critico\\_de\\_los\\_NeuroDerechos\\_Humanos\\_al\\_libre\\_albedrío\\_y\\_al\\_acceso\\_equitativo\\_a\\_tecnologías\\_de\\_mejora](https://www.researchgate.net/publication/348280669_Analisis_critico_de_los_NeuroDerechos_Humanos_al_libre_albedrío_y_al_acceso_equitativo_a_tecnologías_de_mejora)

neuronal deben mantenerse privados, además de que la venta, la transferencia comercial y el uso de datos neuronales deben estar estrictamente regulados. En cuarto lugar, el derecho al acceso equitativo a todos los ciudadanos a las neurotecnologías de mejora o aumento. Finalmente, el derecho a la Protección Contra Sesgos busca proteger de posibles sesgos discriminatorios en los algoritmos, en las tecnologías de machine learning y de la inteligencia artificial.

#### 4. La Constitución de Chile

No exento de algunas críticas<sup>12</sup>, Chile recientemente ha comenzado el camino de la regulación de estos neuroderechos a través de una reforma constitucional<sup>13</sup>. El objetivo de la inédita propuesta legal chilena, es regular el contenido del derecho a la neuroprotección o neuroderechos que establecería mediante la reforma constitucional propuesta. Para ello, el presente proyecto de ley posee un marcado anclaje en la dignidad humana como meta y principio subyacente al que debe siempre mirar la neurotecnología, incorporando, además, un elemento de igualdad de acceso frente al desarrollo de la técnica, que se materializa a través del igual acceso al aumento de la capacidad mental, para evitar cualquier atisbo de diferenciaciones arbitrarias e ilícitas.

Respecto de la referida reforma constitucional chilena, Pablo López-Silva y Raúl Madrid han expresado que *“...nos parece que si bien una modificación constitucional para incluir estos supuestos derechos neurológicos parece técnicamente innecesaria, por cuanto estaría ya contenida de un modo general la protección de su privacidad en la garantía fundamental respectiva, creemos que la presentación de un proyecto de ley sobre el tema puede ser aconsejable, con objeto de hacer conscientes a los ciudadanos de la importancia del tema y de los derechos y deberes asociados, así como resaltar la importancia de los adelantos científicos y tecnológicos de cara al bien común”*, ya que si bien existe *“cierta protección normativa general de la privacidad de los datos personales que*

---

<sup>12</sup> ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis y SALAS VENEGAS, Ricardo, “¿Neuroderechos? Razones para no legislar”: <https://www.ciperchile.cl/2020/12/11/neuroderechos-razones-para-no-legislar/>

<sup>13</sup> [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=13828-19](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19)

se refieren a la integridad física y psicológica, pero no en concreto a lo que ahora podemos denominar como *neuroderechos*”.

## 5. Los neuroderechos laborales

Cuando nos referimos a los *neuroderechos laborales*, coincidimos con Juan Raso en cuanto a que, si bien en numerosos ordenamientos jurídicos la intimidad del trabajador *“forma parte de los **derechos inespecíficos laborales**, es decir aquellos derechos de carácter general y no específicamente laborales que pueden sin embargo ser ejercidos por los sujetos de las relaciones de trabajo<sup>14</sup> en el ámbito de las mismas y adquirir así una dimensión laboral<sup>15</sup>. Si bien en la mayoría de los ordenamientos este derecho laboral es calificado de “inespecífico”, opinamos que es posible afirmar que la **intimidad** está expresamente reconocida en nuestro país como derecho específico laboral creemos, en virtud del mandato indicado en el art. 54 de la Constitución que expresa: “la ley ha de reconocer a quien se hallará en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica”. Creo que a los laboristas uruguayos se nos abre una nueva oportunidad de reflexionar sobre esta norma destinada expresamente a tutelar a los*

---

<sup>14</sup> “En efecto, en la aplicación de la ley 18.331 al ámbito laboral, corresponde necesariamente tener en cuenta que, tal como expresara Plá Rodríguez, peculiaridad propia del derecho del trabajo respecto al derecho a la intimidad, consiste en que el empleador tiene una oportunidad mucho mayor de violarla, ya que por un lado el trabajador mediante el contrato de trabajo pone a disposición de éste sus energías y su capacidad laboral durante buena parte de su tiempo vital, y por otro, porque en este contrato se da una relación de supremacía del empresario respecto del trabajador”. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador”, revista Derecho Laboral, T. XXIX, Nro. 144, pág. 591 y ss. citado por GIUZIO, G., Archivo de los datos sensibles en el mundo del trabajo, en: El trabajo ante las nuevas tecnologías, Jornada Académica en homenaje al Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez”, Montevideo, 1era. Ed., F.C.U., 2010. p. 89.

<sup>15</sup> Atendiendo fundamentalmente al impacto en lo que refiere al ejercicio del poder de dirección del empleador y sus facetas de regulación-control-sanción.

Es revelador y consustancial con el tema de los *neuroderechos laborales*, la reflexión de Carrasco Fernández, cuando refiere a que las nuevas tecnologías aparejan una suerte de “autocontrol” ya que los trabajadores al saberse observados por el empleo de estas regulan su accionar, por lo cual habla de un sistema “*panóptico laboral*”. (CARRASCO FERNÁNDEZ, F. M., *La Sociedad de Control en los Trabajadores a través de sistemas informáticos avanzados*, En: La Revolución Tecnológica y sus efectos en el Mercado de Trabajo: un reto del siglo XXI, Autores Varios, Directora Mella Méndez, L., Coordinadora Villalba Sánchez, A., España, Editorial La Ley, 2018, p. 521).

*trabajadores, a partir del desarrollo de técnicas y acciones –informáticas y no-para ingresar en la esfera íntima del trabajador”.*<sup>16</sup>

Estamos en un todo de acuerdo con Pablo López-Silva y Raúl Madrid en la necesidad de regular sobre el rol de las neurotecnologías y su impacto en la vida de las personas, concretamente en el ámbito laboral, ya *“que el derecho no está compuesto solo por principios, sino también por hechos y bienes concretos, puede ser aconsejable dejar por escrito las determinaciones específicas de un cierto principio si las circunstancias, evaluadas con prudencia, así lo aconsejan (omnia patent in littera, decía Grocio). El nuevo cuerpo normativo tendría por objeto abordar un caso particular de acciones contrarias a la integridad síquica, que comprendería novedosos aspectos y posibilidades científico-tecnológicas a través de las cuales esta podría verse afectada. Dichos aspectos, si bien están contenido en el principio general de proteger la integridad síquica, la novedad y profundidad de los avances neurocientíficos, pueden hacer adecuada su consagración positiva en una ley, para mayor y mejor conocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos”.*

## **6. Breves reflexiones finales**

La reciente aprobación de la Carta de Derechos Digitales de España nos sirve de insumo para contextualizar y contrastar las diferentes iniciativas tendientes a incorporar los denominados “neuroderechos” a diferentes ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, que ya tiene en vías de aprobación parlamentaria un proyecto de ley tendiente a reconocer este tipo de derechos en su Constitución, a consecuencia del incipiente desarrollo e influencia que las neurotecnologías tendrán en la vida de las personas. El ámbito laboral no escapa a esa realidad, de allí, la importancia que la Carta de Derechos Digitales española tiene a consecuencia de su impacto en lo que hemos denominado neuroderechos laborales

---

<sup>16</sup> RASO DELGUE, J., Privacidad del Trabajador, en “El trabajo ante las nuevas tecnologías...”, ob. cit. págs. 21 y 22.

La iniciativa de los NeuroDerechos nos advierte de la necesidad de proteger cinco dimensiones de los datos cerebrales de los seres humanos a través de la creación de *neuroderechos* que regulen el uso de las neurotecnologías.

En el caso del proyecto de ley chileno que busca introducir el concepto de neuroderechos en la Constitución, a pesar del riesgo que supone bucear en terminología científica y en conceptos no del todo precisos o controversiales, coincidimos con Pablo López-Silva y Raúl Madrid, en cuanto sostienen que *“nos parece que existen ciertas cuestiones que, por su practicidad y aplicación en el corto tiempo, debieran tener una cierta forma jurídica que sirva de base para reglar el tema y para corregir la norma de acuerdo con los nuevos adelantos y descubrimientos de la neurociencia. Entre estos se hallan conceptos como la identidad e integridad del sujeto humano en el acto del pensamiento, del que se deriva la propiedad de una determinada información psicológica frente a algunas eventuales técnicas neurocientíficas que podrían poner en duda la naturaleza privada de esa información, la naturaleza psicológica de la decisión libre, etcétera”*, concluyendo que *“En el fondo, se trata de producir instrumentos normativos capaces de resguardar la información mental aunque esta se encuentre, por decirlo así, en línea”*.

Cuando nos referimos a los *neuroderechos laborales*, afirmamos con Juan Raso en cuanto a que, si bien en numerosos ordenamientos jurídicos la intimidad del trabajador *“forma parte de los **derechos inespecíficos laborales**, (...) opinamos que es posible afirmar que la **intimidad** está expresamente reconocida en nuestro país como derecho específico laboral creemos, en virtud del mandato indicado en el art. 54 de la Constitución que expresa: “la ley ha de reconocer a quien se hallaré en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica”*.

En suma, la Carta de Derechos Digitales de España está a la vanguardia mundial a la hora de incluir derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, pudiendo preverse su aplicación y su impacto en el mundo del trabajo. Más allá del debate sobre si es necesario crear una nueva categoría de derechos (*“neuroderechos”*) que contemplen estas nuevas realidades al influjo

pujante del desarrollo de las nuevas neurotecnologías, entendemos que lo realmente imprescindible es poner un foco bien potente sobre estos temas, ya que está en juego el último bastión de libertad de los seres humanos: su libertad de pensamiento (inserta en el concepto de “*privacidad mental*”). De esta forma, la Carta de Derechos Digitales española, revela toda su importancia desde una perspectiva laboralista, como antecedente normativo para todos aquellos que creemos que es necesario legislar sobre *neuroderechos laborales*.

## Bibliografía

- CARRASCO FERNÁNDEZ, F. M., (2018), “La Sociedad de Control en los Trabajadores a través de sistemas informáticos avanzados”, *La Revolución Tecnológica y sus efectos en el Mercado de Trabajo: un reto del siglo XXI*, Autores Varios, Directora Mella Méndez, L., Coordinadora Villalba Sánchez, A., Editorial La Ley, España.
- GIUZIO, G., (2010), “Archivo de los datos sensibles en el mundo del trabajo”, *El trabajo ante las nuevas tecnologías, Jornada Académica en homenaje al Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez*, F.C.U., Montevideo.
- RASO DELGUE, J., (2010). “Privacidad del Trabajador”, *El trabajo ante las nuevas tecnologías, Jornada Académica en homenaje al Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez*, F.C.U., Montevideo.

## Recursos electrónicos

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2020). *¿Deberíamos empezar a hablar de “Neuroderecho del Trabajo”?* Disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/04/26/deberiamos-empezar-a-hablar-de-neuroderecho-del-trabajo/>.
- BORBÓN RODRÍGUEZ, D. A., BORBÓN RODRÍGUEZ, L. F. y LAVERDE PINZÓN, J. (2020). “Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora”, *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 6, Nro. 2, ISSN 2444-8478. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/348280669 Analisis critico de lo s NeuroDerechos Humanos al libre albedrio y al acceso equitativo a tecnologias de mejora](https://www.researchgate.net/publication/348280669_Analisis_critico_de_lo_s_NeuroDerechos_Humanos_al_libre_albedrio_y_al_acceso_equitativo_a_tecnologias_de_mejora).
- CARTA DE DERECHOS DIGITALES. Disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf).

- FARAHANY, N. (2018). "When technology can read minds, how will we protect our privacy?", Conferencia TED. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=AHV\\_BxINzmM](https://www.youtube.com/watch?v=AHV_BxINzmM).
- IENCA, M. y ANDORNO, R. (2017). "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy*. Disponible en <https://lssjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1>.
- IGLESIAS CÁCERES, J. A. (2021). "Introducción a los neuroderechos laborales", *e-revista T R I P A L I U M*, Vol. III, num. 2. Disponible en <https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2021/06/revista-tripalium-6-1.pdf>.
- LÓPEZ-SILVA, P. y MADRID, R. (2021). "Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley", *Revista chilena de derecho y tecnología*. Disponible en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/56317/67526>.
- ZÚÑIGA FAJURI, A., VILLAVICENCIO MIRANDA, L. y SALAS VENEGAS, R. (2020). "¿Neuroderechos? Razones para no legislar". Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2020/12/11/neuroderechos-razones-para-no-legislar/>.

---

## DISCRIMINACIÓN PARA EL ACCESO AL EMPLEO POR EDAD MADURA

### AGE DISCRIMINATION IN ACCESS TO EMPLOYMENT

Beatriz DURAN PENEDO

*Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Profesora adjunta de Derecho de las Relaciones Laborales en el Sector Público y Política Social y Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo, Universidad de la República, Uruguay. Asesora en Presidencia de la República (Asesoría Letrada. ONSC).*

[beatrizduranpenedo@gmail.com](mailto:beatrizduranpenedo@gmail.com)

Fecha de envío: 19/07/2021

Fecha de aceptación: 20/08/2021

---

## DISCRIMINACIÓN PARA EL ACCESO AL EMPLEO POR EDAD MADURA

Beatriz DURAN PENEDO

*Universidad de la República (Uruguay)*

---

**Resumen:** Se constata, como pone de relieve la Organización Internacional del Trabajo, que en la realidad los trabajadores de edad avanzada encuentran dificultades en materia de empleo, pues se evidencia una tasa de actividad sensiblemente más baja que la del conjunto de la población. La vida activa de los trabajadores de edad avanzada es un elemento con mucha influencia en la economía general y en la Seguridad Social, que se convierte en un desafío político prioritario, tal como lo expresan las instituciones y los poderes públicos internacionales. Las preocupaciones son la sostenibilidad de las pensiones, el crecimiento económico y la futura oferta de mano de obra, así como las iniciativas políticas dirigidas a la ampliación de la vida laboral y el retraso de la jubilación. Como desafíos se señalan mantener y promocionar la salud y capacidad de los trabajadores conforme envejecen, desarrollar las habilidades y la empleabilidad de las personas mayores, ofrecer condiciones de trabajo adecuadas y oportunidades de empleo para la mano de obra de edad avanzada. Como principal objetivo se trata de retrasar la edad de abandono de la actividad, constatando las posibilidades reales de que estos trabajadores se mantengan activos. Nuestro país no es ajeno a esta realidad. Se han implementado sistemas de anticipo de la edad de jubilación, subvencionados, como forma de lucha contra la falta de empleo de los jóvenes. Esto provoca un desplazamiento del problema de desempleo y subempleo y segregación hacia otro sector de la población. Estas medidas han contribuido a marginar a los trabajadores maduros agravando la discriminación por razones de la edad. Partimos de la base para este estudio de que una sociedad debe incluir a todas las edades para contribuir a su progreso. El presente trabajo plantea la problemática de este grupo en crecimiento solamente en lo que respecta al

acceso al empleo, presentando algunas posibles soluciones o alternativas. En nuestro país estas personas constituyen un porcentaje muy alto de la población y el problema se agrava si son discriminadas para acceder a un empleo, lo que, proyectado, se traduce en pobreza e inadecuada protección social.

**Palabras clave:** Discriminación - Edad - Acceso - Empleo

**Sumario:** 1. Justificación del tema. 2. La edad como obstáculo para acceder al empleo. 2.1. La edad: un criterio de discriminación prohibido. 2.2. Concepto de edad madura. 2.3. La edad: una condición problemática para acceder al empleo. 3. Discriminación en el período precontractual. 4. Legislación nacional contra la discriminación por motivos de edad. 5. Propuestas.

**Abstract:** For years, two conflicting phenomena have been taking place simultaneously worldwide. One is the increase in life expectancy and the existence of a larger older population, with a related rise in the average active workforce age. The second is a trend for older workers to shorten their working lives earlier than expected to access a pension.

The International Labor Organization points out that older workers encounter difficulties in terms of finding employment, since there is evidence of a significantly lower activity rate in this age group than that of the population as a whole.

Older workers' active life span has a great influence in the general economy and in Social Security, and it has become a priority policy issue, as expressed by international institutions and public authorities. Concerns are the sustainability of pension schemes, economic growth, and future labor supply, as well as policy initiatives aimed at extending working life and delaying retirement. The challenges are to maintain and promote the health and competency of workers as they age, develop the skills and employability of the older population, and offer adequate working conditions and employment opportunities for the aging workforce.

The main objective is to delay the age at which people exit the labor market, given the real possibilities for these workers to remain active. Uruguay is no exception. Subsidized early retirement systems have been implemented as a way to combat the lack of employment of young people. This causes a displacement of the problems of unemployment, underemployment and segregation towards another sector of the population. These measures have contributed to marginalizing mature workers, exacerbating age discrimination.

The present work raises the problems of this growing group only with regard to access to employment, offering some possible solutions or alternatives. In our country, these people make up a remarkably high percentage of the population and when they are discriminated against as they try to access a job, this further translates into poverty and inadequate social protection.

**Key words:** Discrimination - Age - Access - Employment

**Summary:** 1 Substantiation. 2. Age as an obstacle to accessing employment. 2.1 Age: a forbidden discrimination criterion. 2.2. The concept of old age. 2.3 Age: a problematic condition to access employment. 3. Discrimination in the pre-contractual period. 4. National legislation against discrimination based on age. 5. Proposals.

## 1. Introducción\*<sup>1</sup>

Hay a nivel mundial dos fenómenos que se dan en forma paralela y parecen contrapuestos. Uno es la mayor esperanza de vida y el consiguiente incremento de la edad media de la población activa; por lo tanto, hay más ciudadanos de edad avanzada.<sup>2</sup> El otro es la tendencia de los trabajadores de edad avanzada a acortar su vida laboral y cesar en el trabajo antes de lo previsto para acceder a la pensión de jubilación.<sup>3</sup>

En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (ocde) se viene dando el envejecimiento de la población por la caída de la tasa de natalidad y el aumento de la longevidad. Según un nuevo informe de ocde, de 18/10/2017, las jóvenes generaciones afrontarán mayores riesgos de desigualdad en la vejez que los jubilados actuales y su experiencia en la vejez para las generaciones nacidas en la década de 1960 cambiará drásticamente. Además, al reducirse el número de miembros de la familia, aumentar la desigualdad durante la vida productiva e instaurarse reformas que han disminuido los ingresos por concepto de pensiones, algunos grupos afrontarán un mayor riesgo de pobreza.

En el estudio Preventing Ageing Unequally se afirma que, en 1980, en la ocde había una media de solo 20 personas de 65 años o más por cada 100 personas de edad productiva; en 2015 esta cifra había aumentado a 28 y se proyecta que en 2050 casi se duplique hasta alcanzar 53. Muchas economías de

---

\* Texto actualizado basado en tesis de Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2018.

<sup>1</sup> Las opiniones vertidas en el presente trabajo se realizan a título personal y no comprometen a las Instituciones referidas.

<sup>2</sup> Aumenta la esperanza de vida y con ella la proporción de más longevos en el total de la población; los mayores de 80 años representaban un 4,5 % en 2007, según Memoria CES, pp. 546-547. Sánchez-Urán Azaña, Yolanda: "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 33. Disponible en: [www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio9.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio9.pdf). (Consulta: 8/4/2017)

<sup>3</sup> Sempere Navarro, Antonio V. y R. Yolanda Quintanilla Navarro (dirs.): Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro. (Presentación). Colección Estudios N.º 223, Madrid: Consejo Económico y Social, dic. 2009. Von Maydell, B.: "Los sistemas sociales de seguro de vejez en el Mercado Único Europeo: el problema demográfico", en Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo, Madrid: MTSS, 1993, pp. 305 y ss.

la ocde y emergentes envejecen con mucha más rapidez. A la vez, la desigualdad ha ido en aumento de generación en generación. Los futuros ancianos se encontrarán en situaciones diversas: las personas vivirán más, pero más habrán estado desempleados en algún punto de su vida productiva y habrán recibido sueldos menores, en tanto que otras habrán disfrutado trayectorias con ingresos más estables.<sup>4</sup>

El futuro es preocupante, porque se agrega la actual crisis sanitaria de cuyas consecuencias no tenemos certeza, pero sin duda serán desfavorables para la sociedad. Lo cierto es que la tasa de natalidad no va a aumentar en este contexto.

Se constata, como pone de relieve la Organización Internacional del Trabajo (oit), que en la realidad los trabajadores de edad avanzada encuentran dificultades en materia de empleo, pues se evidencia una tasa de actividad sensiblemente más baja que la del conjunto de la población.<sup>5</sup>

La vida activa de los trabajadores de edad avanzada es un elemento con mucha influencia en la economía general y en la Seguridad Social,<sup>6</sup> que se convierte en un desafío político prioritario, tal como lo expresan las instituciones y los poderes públicos internacionales. Las preocupaciones son la sostenibilidad de las pensiones, el crecimiento económico y la futura oferta de mano de obra, así como las iniciativas políticas dirigidas a la ampliación de la vida laboral y el retraso de la jubilación. Como desafíos se señalan mantener y promocionar la salud y capacidad de los trabajadores conforme envejecen, desarrollar las habilidades y la empleabilidad de las personas mayores, ofrecer condiciones de trabajo adecuadas y oportunidades de empleo para la mano de obra de edad avanzada.

---

<sup>4</sup> [www.oecd.org/centrodemexico/medios/el-envejecimiento-de-la-poblacion-y-la-creciente-desigualdad-afectara-seriamente-a-las-jovenes-generaciones.htm](http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/el-envejecimiento-de-la-poblacion-y-la-creciente-desigualdad-afectara-seriamente-a-las-jovenes-generaciones.htm).

<sup>5</sup> Sempere Navarro, Antonio V. y R. Yolanda Quintanilla Navarro (dirs.): Empleo y protección social de los trabajadores..., o. cit., p. 37. Esta investigación parte de la constatación de esta realidad.

<sup>6</sup> Ibidem, pp. 43 y 44.

Como principal objetivo se trata de retrasar la edad de abandono de la actividad, constatando las posibilidades reales de que estos trabajadores se mantengan activos.<sup>7</sup>

Las tendencias demográficas actuales traen al mercado de trabajo 40 millones de personas por año, lo cual implica que de aquí a 2030 la economía mundial deberá crear más de 600 millones de nuevos puestos de trabajo. Lo más probable es que sean empleos en el sector servicios, que actualmente representa alrededor del 49 por ciento del empleo total, frente a la agricultura — 29 por ciento— y a la industria —22 por ciento—.<sup>8</sup> Esos trabajadores deberán ser el sostén de un número creciente de personas mayores, ya que la proporción de personas mayores de 65 años, que actualmente es del 8 por ciento de la población total, aumentará hasta cerca del 14 por ciento para 2040.<sup>9</sup>

La crisis del coronavirus ha estimulado el crecimiento del trabajo *online*. No se trata solo de los sectores medios profesionales, sino también de los trabajadores de la llamada “economía de plataformas”. La tendencia a trabajar *online* a distancia está experimentando un impulso decisivo mientras la covid-19 fuerza a empresas y organizaciones a imponer políticas de trabajo remoto en un mundo que cada vez proscribe más el contacto físico. El cambio repentino al trabajo digital remoto, masivamente y de la noche a la mañana, tiene el potencial de acelerar los cambios en la forma de trabajar y en nuestras ideas sobre la organización del trabajo. Esto puede afectar a las personas con menos afinidad a las tecnologías, que generalmente son las mayores en edad.

Ya era preocupante la profunda transformación que se está produciendo en lo que respecta a la distribución por edad de la población mundial, y el hecho de que habrá cada vez menos personas en edad de trabajar para mantener a una población dependiente cada vez más numerosa, compuesta fundamentalmente por las personas de edad avanzada y niños. Además, dado

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>8</sup> No sabemos si se van a mantener estos porcentajes.

<sup>9</sup> Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 104.ª reunión, 2015. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Disponible en: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_370408.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf). (Consulta: 8/4/2017)

que las mujeres suelen vivir más que los hombres, su porcentaje también aumentará en el segmento de la población de más edad.

Nuestro país no es ajeno a esta realidad. La población total de acuerdo con el Censo 2011 es de 3.286.314 personas.<sup>10</sup>

Los resultados del Censo de Población 2011 muestran que la población uruguaya crece a un ritmo anual de 0,19 por ciento. Esta reducción en el ritmo de crecimiento confirma la tendencia a la baja iniciada en el período intercensal 1996-2004. El período 1985-1996 había mostrado un alza en el ritmo de crecimiento de la población con respecto al período intercensal 1975-1985, caracterizado por una agudización de los saldos migratorios negativos debido a factores económicos y políticos.

Los datos muestran que Uruguay tiene una población envejecida:

La composición de la población por sexo y edad es el resultado de la interacción de los componentes del crecimiento poblacional: mortalidad, natalidad y migración. Los resultados del Censo 2011 ratifican la agudización del proceso de envejecimiento de la población uruguaya, propio de un país en una fase muy avanzada de la transición demográfica, similar a la que se encuentran los países desarrollados.<sup>11</sup>

[Hay] una disminución del porcentaje de niños menores de 10 años, fruto del descenso de la natalidad observado en los períodos intercensales.<sup>12</sup> En

---

<sup>10</sup> Instituto Nacional de Estadística: Resultados del Censo de Población 2011: población, crecimiento y estructura por sexo y por edad. Este censo se desarrolló entre setiembre y diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.ine.gub.uy/documents/10181/35289/analisispais.pdf/cc0282ef-2011-4ed8-a3ff-32372d31e690>.

<sup>11</sup> El descenso sostenido de la natalidad y la mortalidad provoca una disminución del peso relativo de los niños y adolescentes y un aumento de la proporción de personas en edad avanzada, o sea, el envejecimiento de la población. “La transición demográfica ha sido descrita como un proceso de larga duración, que transcurre entre dos situaciones o regímenes extremos: uno, inicial, de bajo crecimiento demográfico con altas tasas de mortalidad y fecundidad, y otro, final, de bajo crecimiento, pero con niveles también bajos en las respectivas tasas. Entre ambas situaciones de equilibrio se pueden identificar dos momentos principales. El primero, en el que la tasa de crecimiento de la población aumenta como consecuencia del descenso de la mortalidad, y el segundo, en el que dicho crecimiento disminuye, debido al descenso posterior de la fecundidad.” Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Centro Latinoamericano de Demografía y Banco Interamericano de Desarrollo: Impacto de las tendencias demográficas sobre los sectores sociales en América Latina: contribución al diseño de políticas y programas, Santiago, 1996. Disponible en: [http://www.cepal.org/celade/sitdem/de\\_sitdemtransdemdoc00e.html](http://www.cepal.org/celade/sitdem/de_sitdemtransdemdoc00e.html).

<sup>12</sup> La natalidad se reduce en Uruguay en 2014. En 2012 nacieron 1501 niños más que en 2011, es decir, un 3.21 % más de nacimientos que el año anterior. La tasa de natalidad en Uruguay (número de nacimientos por cada mil habitantes en un año) fue en 2014 del 14.26 ‰ y el índice de fecundidad (número medio de hijos por mujer), de 2,02. El hecho de que Uruguay tenga un

contrapartida al descenso de la población infantil, se observa en 2011 un aumento de la proporción de personas mayores de 50 años con respecto al año 2004 (es decir, un ensanchamiento de la parte superior de la pirámide de población). Este fenómeno está asociado al alargamiento de la vida producto del aumento de la probabilidad de sobrevivencia en las diferentes edades (incremento de la esperanza de vida al nacer).

La población de 65 o más años pasó de representar el 7,6 % del total en el censo de 1963 al 14,1 % en el Censo 2011. A la inversa, en el período 1963-2011 se verifica un importante descenso del porcentaje de población menor de 15 años, que pasó de representar el 28,2 % de la población en 1963 a constituir el 21,8 % en 2011.

Atendiendo a esta realidad, para nuestro estudio en relación con los trabajadores maduros es importante tener presente cuál es la tasa de empleo, así como la tasa de actividad registrada en el país por franjas de edad, a fin de comparar los datos registrados.

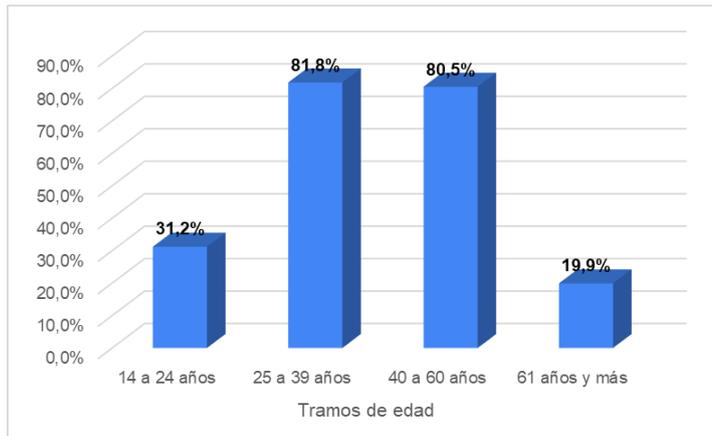
Debido al contexto de emergencia sanitaria, a partir del mes de abril 2020 la Encuesta Continua de Hogares (ech) se comenzó a aplicar mediante la modalidad panel y pasó de ser una entrevista presencial a realizarse de forma no presencial telefónica. El cuestionario se redujo y tuvo como objetivo recoger la información necesaria para estimar los principales indicadores de mercado de trabajo e ingresos de los hogares y de las personas. De modo que hasta que no se realicen estudios que permitan descartar o medir los sesgos producidos por los cambios en la operativa de la encuesta, las estimaciones que ofrece la “ech no presencial” no son estrictamente comparables con la “ech presencial” (habitual). Se ha decidido no continuar con las series de indicadores habituales. Por esta razón presento datos del 2019 anteriores a la pandemia, datos ciertos. Aún no podemos especular con lo que pasará en el mundo del trabajo en relación con las franjas de edad y si se mantendrán las tendencias.

---

índice de fecundidad inferior a 2,1 por mujer (fecundidad de reemplazo) supone que no se garantiza una pirámide de población estable. Uruguay tiene una natalidad muy baja: en 2014 fue el país número 129 en tasa de natalidad y el 116 en índice de fecundidad de los 192 países publicados por DatosMacro.com. Si miramos la evolución de la tasa de natalidad en Uruguay, vemos que ha bajado respecto a 2013, año en el que fue del 14,37 ‰, al igual que ocurre al compararla con la de 2004, en el que la natalidad fue del 15,20 ‰.

El gráfico 1 muestra la tasa de empleo por edad en Uruguay. Se observa que desde los 40 años la tasa de empleo disminuye a medida que se acerca la edad jubilatoria.

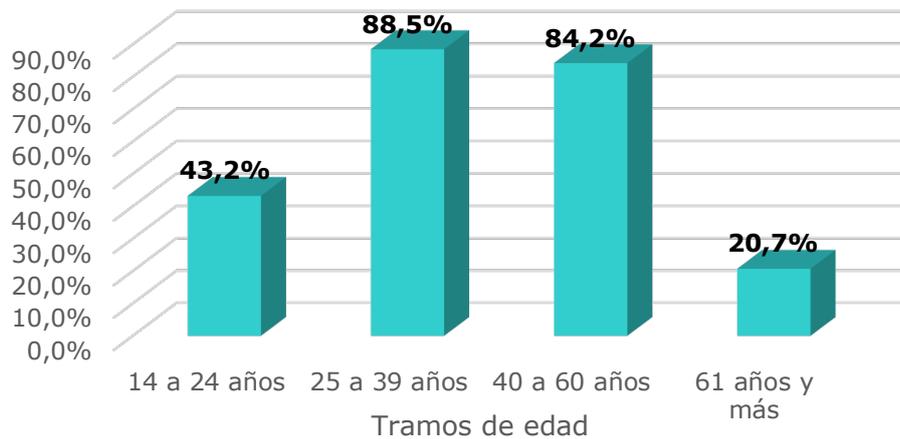
**Gráfico 1. Tasa de empleo por edad**



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Uruguay en cifras, 2019

La tasa de actividad de personas entre 40 y 60 años es un poco más baja que la de la franja etaria entre 25 y 39 años, y sensiblemente más baja que el conjunto de la población (gráfico 2).

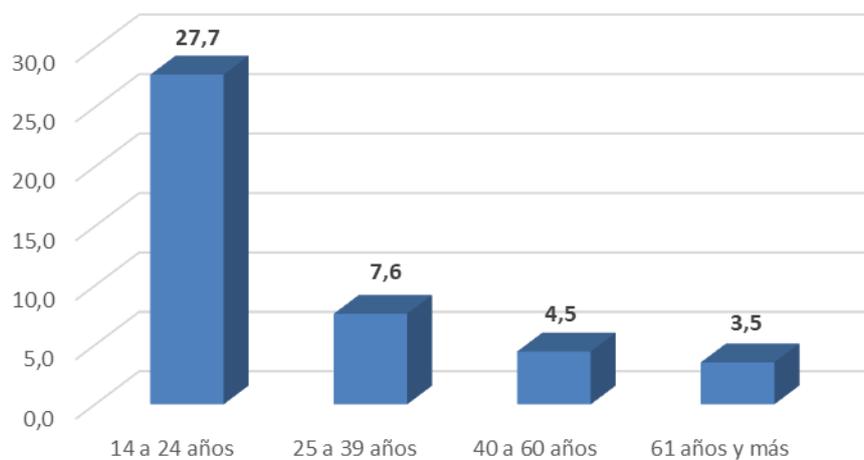
**Gráfico 2. Tasa específica de actividad por tramos de edad total país**



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Uruguay en cifras, 2019

Se debe considerar los datos en relación con la tasa de desempleo, de manera de constatar si la franja de edad en estudio es la más afectada. Lo cual no se confirma. Si consideramos las edades desde los 40 a 60 años, tenemos prácticamente la misma tasa de desempleo que los jóvenes entre 25 y 39 años (gráfico 3).

Tasa de desempleo según tramo de edad. 2019.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Uruguay en cifras, 2019

Sin perjuicio de lo expresado, el dato relevante para nuestro estudio es el tiempo que tarda una persona de edad madura desempleada en conseguir nuevamente empleo. Debido a la alta demanda, los desocupados demoran en

promedio solo siete semanas en conseguir empleo, siempre que no tengan más de 40 años de edad y cuenten con un nivel educativo alto.<sup>13</sup> Estos datos se desprenden de la Encuesta Continua de Hogares de 2011 del ine. La consulta sobre la duración promedio del desempleo se les formuló solo a aquellas personas que habían buscado trabajo en las últimas cuatro semanas y que habían hecho algo al respecto, como, por ejemplo, contestar o poner avisos clasificados, consultar con agencias o con amigos.

Las distintas franjas etarias muestran una diferencia más marcada. Mientras que los jóvenes de 14 a 24 años tardan solo seis semanas en emplearse, el promedio asciende a siete en aquellos de 25 a 39 años y se estanca en nueve semanas para aquellos de entre 40 y 54 años y para los de 55 años o más.<sup>14</sup>

“Un aspecto que influye en ese diferencial de plazos son las aspiraciones de los desocupados.”<sup>15</sup> De hecho, según los datos del ine, quienes no ponen condiciones para emplearse demoran en promedio siete semanas en conseguir trabajo, mientras que quienes buscan uno “acorde a su conocimiento o experiencia” tardan ocho.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Fuente: <https://humanismouruguayo.wordpress.com/2012/10/09/buscar-empleo-difcil-para-maduros/>.

<sup>14</sup> Además, el tiempo que se tarda en conseguir trabajo es menor cuanto menor es la educación formal. Según los datos del INE, los desempleados sin instrucción o con primaria incompleta tardan seis semanas en conseguir empleo y quienes culminaron primaria o cursaron ciclo básico de forma incompleta demoran siete. Los plazos más altos de búsqueda de trabajo son para quienes culminaron el ciclo básico o tienen el segundo ciclo incompleto, así como aquellos que culminaron segundo ciclo o tienen estudios terciarios incompletos. En ambos casos la duración media del desempleo es de ocho semanas, según los datos de 2011. Sobre los desempleados con formación terciaria completa el INE no proporciona datos “por insuficiencia de casos” en la encuesta.

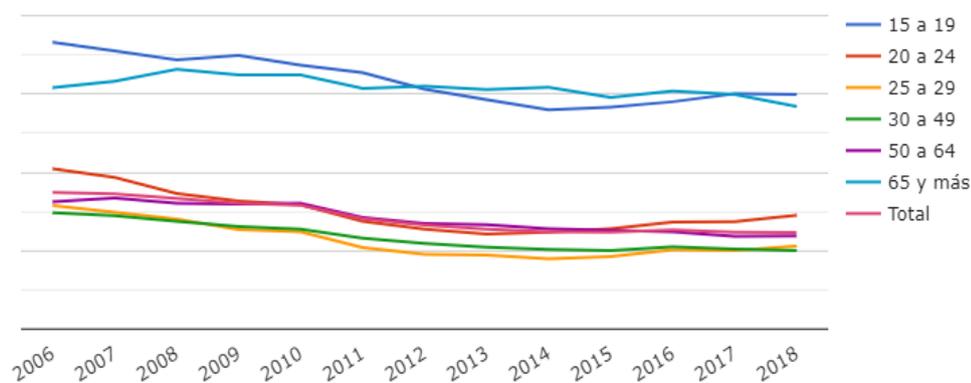
<sup>15</sup> Fuente: <https://humanismouruguayo.wordpress.com/2012/10/09/buscar-empleo-difcil-paramaduros/>. (Consulta: jul. 2016).

<sup>16</sup> No obstante, esto no ocurre con quienes ponen otros requisitos, como “jornada de baja carga horaria”, “horario especial”, “condiciones salariales”, “condiciones de lugar de trabajo o personales” u “horario flexible para atender necesidades familiares”. Quienes anteponen estas demandas promedian en conjunto siete semanas para conseguir empleo. La Consultora Advice señala que en los plazos de desempleo también incide el tiempo que se toman los empleadores en reclutar. “Con alguien de mayor calificación la decisión demora más porque las responsabilidades y las tareas de esa persona en la empresa son más complejas. Y por lo tanto las organizaciones evalúan diferente la decisión.” Para estos casos como para los mayores de 40 años, el gerente de la consultora Advice señaló que influye la cantidad de vacantes que existen en el mercado. “Los mayores de 40 años en general estarán en posiciones más avanzadas de su carrera profesional. Existen por lo tanto menos oportunidades en el mercado. Y aquellos que no han logrado desarrollarse enfrentan una competencia mayor de los más jóvenes, que podría retrasar su reingreso y alargar el plazo.”

Lo que se desprende de estas gráficas es que los más jóvenes están demorando más que los maduros en conseguir empleo. En los últimos años, como empeoraron las condiciones económicas y del mercado de trabajo para todos, la diferencia entre edades se reduce. Pero cuando el desempleo baja, los más maduros demoran más que los jóvenes en acceder a un trabajo. Cuando el desempleo aumenta se acercan en las dificultades.

El dato relevante para nuestro estudio es la proporción de ocupados no registrados en la seguridad social, según tramos de edad. Es notorio el porcentaje de personas mayores de 50 años que se encuentran en esa situación (gráfico 4).<sup>17</sup>

**Gráfico 4. Porcentaje de ocupados no registrados en la seguridad social (total país) según tramos de edad, 2006-2018**



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Uruguay en cifras, 2019

Existen diferencias significativas, en general, entre la edad de jubilación ordinaria y la del cese real de la actividad laboral, dependiendo del país y del ordenamiento jurídico, lo que indica que se debería aproximar la edad de jubilación teórica y la real. Este dato, unido al de la ampliación de la esperanza media de vida, lleva a que en los últimos años se haya aumentado la permanencia en la jubilación, lo que provoca un impacto negativo en el sustento del sistema del pago de las jubilaciones.

<sup>17</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística: Encuesta Continua de Hogares. Período 2006-2018.

Otro dato significativo es que la movilidad del mercado ocupacional de los trabajadores de edad avanzada parece muy baja.<sup>18</sup> Este colectivo no puede acceder a otro puesto de trabajo cuando su edad se acerca a la jubilación. En muchos países se han implementado sistemas de anticipo de la edad de jubilación, subvencionados, como forma de lucha contra la falta de empleo de los jóvenes.

En nuestro país, el Estado ha promovido retiros incentivados direccionados a personas a punto de llegar a su edad jubilatoria, con el fin de “achicar” el número de funcionarios públicos. Estos sistemas no han tenido la contrapartida esperada ni en lo que respecta al empleo y menos aún en el número de funcionarios públicos.

En algunos países se ha implantado un régimen de prejubilación mediante ayudas públicas por desempleo y compensaciones, con cargo a las empresas, que han permitido en varios sectores en proceso de reestructura expulsar del mercado de trabajo a todos los trabajadores de edad avanzada, imponiéndose un cese del trabajo.

Partimos de la base para este estudio de que una sociedad debe incluir a todas las edades para contribuir a su progreso, por lo cual entendemos que se debe favorecer a los colectivos perjudicados, como el de estudio (trabajador maduro o de edad avanzada), considerando propuestas como trabajo a tiempo parcial o los horarios flexibles y reflexionar sobre las implicancias de la mayor esperanza de vida, que también es vida sana y sin incapacidades para el trabajo.

Las políticas sociolaborales han debido considerar la necesidad simultánea de introducir ajustes para tener en cuenta las consecuencias del envejecimiento de la fuerza de trabajo y mejorar la productividad y competitividad del trabajo, garantizando además la sustentabilidad de los sistemas de protección social.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Sempere Navarro, Antonio V. y R. Yolanda Quintanilla Navarro (dirs.): Empleo y protección social de los trabajadores..., o. cit., capítulo I: Un diagnóstico jurídico general, pp. 33 y ss.

<sup>19</sup> Ibidem, cap. II: Cuestiones de política sociolaboral.

El desempleo los afecta especialmente no solo en nuestro país, sino a nivel internacional.<sup>20</sup> Las razones serían los mayores costos sociales y la presunción de que resultan menos productivos debido a causas físicas y a la obsolescencia de su formación.<sup>21</sup>

En todas las sociedades y a lo largo de la historia hubo trabajadores maduros o de edad avanzada, por más que la edad de la vejez cambie, pero esta es la primera vez en la historia del mundo en que lo viejo es la sociedad.<sup>22</sup>

La única población que crece en las sociedades de hoy es la vieja, mientras que decrece proporcionalmente la de niños y jóvenes. Las sociedades están envejeciendo en un proceso sostenido y el problema futuro son las jubilaciones,<sup>23</sup> es decir, cómo mantener a una población pasiva tan numerosa y cómo distribuir el producto bruto entre cada uno de los grupos poblacionales, dado que la población que no produce supera ampliamente a la que produce.

Se plantea en algunos países prorrogar las edades jubilatorias. La edad de jubilación estaba pensada para épocas con una esperanza de vida mucho menor. Sin embargo, cada vez se discrimina en forma más temprana por razón de edad. Lo que genera un grave problema, al dejar sin trabajo a muchas personas con muchos años de vida por delante.

Es difícil pensar en incorporar gente de más edad en el sistema de trabajo o retrasar su retiro, cuando los jóvenes también tienen inconvenientes para obtener empleo. El verdadero tema es que hay personas que van a pasar muchos años sin estar en el sistema de trabajo.

---

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo. La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Bruselas 18 de marzo de 2002, COM (2002) 143 final, pp. 3 y 4.

<sup>21</sup> Ghosheh, N. S., Lee, S. y McCann, D. "Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: understanding the issues", Conditions of Work and Employment Series, núm.15, ILO, 2006.

<sup>22</sup> Véase: <https://envejecimientoy sociedad.wordpress.com/2011/12/13/entrevista-a-julieta-oddone/>.

"Es la primera vez que las sociedades son viejas." Entrevista a la Dra. María Julieta Oddone, coordinadora del Programa Envejecimiento. Disponible en: <http://flacso.org.ar/noticias/es-la-primeravez-que-las-sociedades-son-viejas/>. "Sociedades que envejecen: diálogo con Julieta Oddone, doctora en Antropología", Página 12, Buenos Aires, 9/2/2011. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ciencia/19-162008-2011-02-09.html>.

<sup>23</sup> Consejo Económico y Social. Informe 2/2000: Vida laboral y prejubilaciones. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/18510/inf0200>.

El presente trabajo plantea la problemática de este grupo en crecimiento solamente en lo que respecta al acceso al empleo, esto es, las dificultades en el acceso al empleo de las personas de edad madura y reflexionar sobre algunas posibles soluciones o alternativas. En nuestro país estas personas constituyen un porcentaje muy alto de la población y el problema se agrava si son discriminadas para acceder a un empleo, lo que, proyectado, se traduce en pobreza e inadecuada protección social.

## **2. La edad como obstáculo para acceder al empleo**

La edad del trabajador es un factor muy importante; tanto es así que se afirma que el Derecho del Trabajo nace en atención a este tema. La regulación jurídica ha tratado desde hace mucho tiempo y en casi todos los países de mejorar la situación de los niños y adolescentes que trabajan. La reglamentación laboral sobre menores y mujeres se adelantó a las de los demás trabajadores.<sup>24</sup> “La protección de los menores fue el acto inicial del derecho del trabajo, pues fue la Moral and Health Act, expedida por Roberto Peel en 1802, la primera disposición concreta que responde a la idea contemporánea del derecho del trabajo.”<sup>25</sup> Surge entonces con la Revolución Industrial para evitar los excesos que cometía la parte patronal respecto de los trabajadores niños.<sup>26</sup>

Por otras razones vuelve a preocupar la edad del trabajador. Hay factores como la transformación de las técnicas productivas, la escasez de empleos en el mercado de trabajo que trajo aparejada la iniciación de una política para liberar a los trabajadores de una determinada edad, a fin de que los jóvenes puedan acceder a la población económicamente activa. En algunos países se implementaron medidas para fomentar la jubilación anticipada. Lo que provoca el desplazamiento del “problema de desempleo y subempleo y segregación hacia otro sector de la población, quienes encuentran una solución económica momentánea, pero rápidamente se ven empobrecidos, no solo económicamente,

---

<sup>24</sup> Barbagelata, H. H.: Derecho del trabajo t. II, ed. actualizada, Montevideo: 2004, p. 90.

<sup>25</sup> De la Cueva, Mario: Derecho mexicano del trabajo, México: Porrúa, 1961.

<sup>26</sup> Novoa García, Leopoldina: “Los trabajadores de la tercera edad ante el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”. X Congreso Iberoamericano, Montevideo, 1989, pp. 191 y ss.

sino social y psíquicamente. Estas medidas han contribuido a marginar a los trabajadores maduros agravando la discriminación por razones de la edad”.<sup>27</sup>

### 2.1. La edad: un criterio de discriminación prohibido

El término *trabajadores de edad madura* es “ambiguo e implica que la edad que se toma como nota calificadora es un dato impreciso y cuando se precisa es arbitrario”.<sup>28</sup>

Estos trabajadores hoy se encuentran en una posición “peyorativa frente al empleo”, precisamente por pertenecer a un grupo definido por la edad que tienen.

El problema que se registra actualmente y desde hace unos cuantos años es que hay determinados grupos dentro de la sociedad, con edad madura (que no han llegado a la vejez y por el contrario están lejos de ella), que tienen condiciones de continuar con su vida laboral en forma normal, a los que ni el Derecho laboral, ni otras disciplinas han dado soluciones al tema de su segregación.

La edad madura, cuando el individuo ha adquirido experiencia para trabajar, es una etapa clave en su vida para obtener lo que no pudo o no terminó de concretar en la juventud.<sup>29</sup> Está físicamente apto y no se lo contrata o se incentiva su retiro. Se margina al individuo a los cuarenta o cincuenta años, al no permitirle reinsertarse en la actividad laboral. Las empresas y el Estado,<sup>30</sup> imponen para contratar el requisito de ser menor de 40 años. Esta situación es violatoria de la normativa internacional que ampara el derecho al trabajo y la dignidad del trabajador.

---

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Aparicio Tovar, Joaquín: “Sobre las discriminaciones por edad madura en el acceso al empleo”, en Guillermo Gianibelli y Oscar Zas (coords.): Estudios de teoría crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik), Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana, 2006.

<sup>29</sup> Duran, Beatriz: “Discriminación por edad madura en el acceso al empleo”, Derecho Laboral, t. LI, N.º 231, jul.-set. 2008, Montevideo, pp. 499 y ss.

<sup>30</sup> Se debe aclarar que la Oficina Nacional del Servicio Civil de la Presidencia de la República sostiene en relación con los límites de edad para los llamados a concurso que es improcedente establecerlos, “salvo cuando estos se fundamenten estricta y claramente en el principio de razonabilidad y cuando se refieran a políticas afirmativas tendientes a mejorar las condiciones de acceso de otros grupos vulnerables de acuerdo a la normativa vigente” (Inf. N.º 638/2013).

Barbagelata señala que “se registran en varios países decisiones de los tribunales especializados que invocan como argumento principal el agravio a dicha dignidad...”<sup>31</sup>; reconociendo, entre otros, la eliminación de casos de discriminación por edad avanzada.<sup>32</sup>

## 2.2. Concepto de edad madura

Ermida<sup>33</sup> señala que el concepto de tercera edad es flexible. Expresiones como vejez, ancianidad, tercera edad, edad avanzada y edad madura se usan indistintamente en disposiciones legales y estudios sobre el tema. La explicación que se da es que mientras algunos de los términos son sustituibles, otros responden a una flexibilización de la noción misma, a la incorporación de nuevos grupos a la problemática que antes era propia del de mayor edad.

Si bien uno de los rasgos característicos de la sociedad actual —según vimos— es el envejecimiento de su población, no existe coincidencia acerca de quiénes pueden considerarse personas de edad avanzada; ni siquiera se acoge de modo unánime una misma identificación terminológica.<sup>34</sup> Se habla de

---

<sup>31</sup> Barbagelata, H. H.: Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista, Montevideo: FCU, 2009, pp. 172 y 173.

<sup>32</sup> Tal como lo dice la Sala Constitucional, Costa Rica, Res. 138-93, 12.01.1993. TST, Brasil, D. O., 12.01.1993.

<sup>33</sup> Ermida Uriarte, Oscar: “La tercera edad en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 1989.

<sup>34</sup> Sempere Navarro, Antonio V. y R. Yolanda Quintanilla Navarro (dirs.): Empleo y protección social de los trabajadores..., o. cit., p. 65.

“trabajadores mayores”,<sup>35</sup> “trabajadores de edad avanzada”,<sup>36</sup> “trabajadores de más edad”,<sup>37</sup> incluso “trabajadores de edad”.<sup>38</sup>

La expresión *tercera edad* sustituye a las de *vejez* o *ancianidad*. Estadísticamente, se fija a partir de los 60 o los 65 años. La expresión *edad avanzada* puede ser coincidente con las anteriores, pero admite un límite más flexible. Con las expresiones *maduros* o de *edad madura* se flexibiliza más el límite inferior de la categoría. En este caso, no se trata “de un problema de determinación de *fronteras cronológicas o biológicas, sino de la aproximación de los trabajadores de edad madura a parte de la problemática de los de edad superior*”.<sup>39</sup>

Son criterios delimitadores el cronológico, el biológico y subyace uno, el laboral, cada vez más presente.

El límite cronológico, fijado con fines estadísticos y normativos, basado en la medicina y en el criterio demográfico, se ubica entre los 60 y los 65 años.

El criterio biológico hace referencia al momento en el cual realmente se produce el descenso en el funcionamiento del organismo. Este límite es individual, propio de la capacidad física y psicológica de cada persona.

Existe una determinada edad en la cual la problemática laboral del trabajador asume caracteres comunes. Este límite tiende a descender en la medida en que empeora la situación del empleo.

---

<sup>35</sup> Suso Araico, A.: “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, Cuadernos de Relaciones Laborales núm. 2, 2006. Suso Araico, A. “El empleo, los trabajadores mayores y los jóvenes”, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 11, 1997. Kotowska, I. E.: “Trabajadores mayores en el mercado laboral y programas de jubilación”, European Population Papers series, núm. 9, 2004. Se utiliza la denominación de “personas mayores” en la Comunicación de la Comisión Europea Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, Bruselas, 16 de marzo de 2005, COM (2005) 94 final, p. 9, identificándolos con quienes tienen entre 65 y 79 años.

<sup>36</sup> Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Trabajadores de “edad avanzada”: empleo...”, o. cit.; López Cumbre, L.: La prejubilación, Madrid: Civitas, 1998, p. 103.

<sup>37</sup> Decisión del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001, Comunicación de la Comisión Europea “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad”, Bruselas, 12 de octubre de 2006, COM (2006) 571 final.

<sup>38</sup> Este término impreciso fue utilizado en la Recomendación 162 de la OIT (1980), para que cada país definiera con mayor precisión a qué trabajadores se aplicaba. También se encuentra en la Comunicación de la Comisión Europea Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, o. cit., 94 final, p. 8.

<sup>39</sup> Ermida Uriarte, Oscar: “La tercera edad en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social”, o. cit.

La madurez sugiere el goce en mayor plenitud de las facultades del individuo que en su desarrollo como ser humano han ido perfeccionándose.<sup>40</sup> Ese desarrollo vital no consiente la separación entre lo laboral o profesional y los demás aspectos de la vida, dado que el trabajo es inseparable de la persona que trabaja. La madurez debería de llevar al trabajador al disfrute de situaciones más favorables. Esta valoración positiva de la madurez no es extraña al Derecho del Trabajo. Junto con las dificultades frente al empleo hay también en determinados aspectos un reconocimiento favorable a la madurez, o al paso del tiempo en la relación laboral, por ejemplo, los distintos modos de premiar la antigüedad.

La temática es preocupante. Los trabajadores en edad madura ven que han descendido más en la escala de edades cronológicas, registrándose en el Derecho comparado diversos tipos de medidas de promoción del empleo de trabajadores de 40-45 años. Las condiciones económicas, concretamente las del empleo, agravaron la inestabilidad ocupacional de los trabajadores maduros y, conforme dice Ermida, “aproximando su problemática a la de los de edad avanzada, y, a veces, hasta empeorándola”.<sup>41</sup>

Si bien existe ese traslado de los problemas de la vejez hacia los sectores de edad madura, no significa que se resolviera la situación de los mayores. Como señala Ermida, “no ha habido un desplazamiento hacia abajo” (hacia edades menores), sino un ensanchamiento del ámbito de las dificultades.<sup>42</sup> Basta observar lo que sucede en nuestro país con las pensiones y jubilaciones, que son generalmente insuficientes; la población de entre 60 y 65 años busca empleo o está subempleada y cuando los trabajadores de más de 40 años pierden su empleo se ven en igual situación. Sufren las dificultades laborales a medida que avanza su edad y aun trabajadores con profesiones u oficios, con calificación para trabajos que desarrollaron durante muchos años, es decir, con experiencia, no acceden fácilmente a trabajos similares y generalmente pasan largos períodos realizando trabajos clandestinos o informales.

De lo expresado y para el desarrollo de este trabajo, entendemos correcto considerar que en la edad madura hay dos períodos o segmentos de edades:

---

<sup>40</sup> Aparicio Tovar, Joaquín: “Sobre las discriminaciones por edad madura...”, o. cit., p. 10.

<sup>41</sup> Ermida Uriarte, Oscar: “La tercera edad en el Derecho Laboral...”, o. cit.

<sup>42</sup> Ibidem.

entre los 40 y 60 años, y de los 60 a los 65 años de edad, o edad jubilatoria. Tienen una problemática común: la discriminación, pero con particularidades diferentes.

Esta división es tan artificial como cualquier otra, porque lo que de verdad define su alcance es el ámbito de aplicación de cada norma en concreto. La edad ordinaria de jubilación, límite máximo para la categoría de trabajadores de edad avanzada, ha dejado de serlo desde que la política de empleo destinada a este colectivo persigue, entre otras cosas, su permanencia en actividad.<sup>43</sup>

Sin olvidar que se sufre discriminación incluso antes de lo que llamamos edad madura, a los 35 años. En este trabajo nos ocupa la discriminación para acceder al empleo en la franja etaria 40-65. Desde los 65 años en adelante, en la relación de trabajo se complejiza su estabilidad, debido a que el empleador prefiere desvincularse de este trabajador y no capacitarlo e involucrarlo en su organización.

### **2.3. La edad: una condición problemática para acceder al empleo**

Joaquín Aparicio<sup>44</sup> sostiene que la edad es la característica “adscriptiva” a dicho grupo que no es adquirida, como puede ser la educación o las cualificaciones profesionales. Esta característica “adscriptiva” está fuera de la voluntariedad de los sujetos. La edad se “convierte en un elemento potencialmente generador de perjuicios o desventajas para los trabajadores”.

Los trabajadores maduros están amenazados de perder su autonomía profesional que otorga la calificación para el trabajo en el modo de producción. Corren mayor riesgo de ver extinguidos sus contratos de trabajo y serias dificultades para volver a tener un empleo.

El origen del problema, dice Aparicio Tovar —tal como lo hemos señalado—, está en un hecho muy positivo, que es el alargamiento de la duración de la vida humana. Además, la tasa de natalidad ha descendido, lo que ha llevado a un cambio en la estructura de la población. El número de personas

---

<sup>43</sup> Sempere Navarro, Antonio V. y R. Yolanda Quintanilla Navarro (dirs.): Empleo y protección social de los trabajadores..., o. cit., p. 65.

<sup>44</sup> Aparicio Tovar, Joaquín: “Sobre las discriminaciones por edad madura...”, o. cit., pp. 9 y ss.

mayores, antes reducido, empieza a equilibrarse con el de los jóvenes, pero la consecuencia es que los trabajadores maduros, que quedarían colocados hacia el centro de lo que antes se conocía como pirámide de población, pasan a ser uno de los grupos más numerosos,<sup>45</sup> al mismo tiempo que se convierte en problemático.

Como señalamos, en la edad avanzada o madura hay un primer período a partir de los 40 años y hasta los 60 años, y un segundo período comprendido entre los 60 y 70 años. Es más preocupante la primera franja etaria, por estar más alejada de la edad de jubilación y por tener una expectativa de vida de muchos años. Después de los 60 años, quienes tienen causal jubilatoria y se jubilan optan habitualmente por tener un trabajo informal, a fin de aumentar su ingreso —insuficiente por lo general— y de esa forma mantener el régimen de vida que tuvieron en actividad, de acuerdo con el salario que percibían. Los que no se jubilan y optan por seguir trabajando se enfrentan a la inestabilidad debido a su edad. Su situación laboral se complica, dado que generalmente su empleador prefiere desvincularse de estos trabajadores y no invertir en capacitarlos, para mantenerlos actualizados ante las nuevas tecnologías e involucrarlos en su organización, y los sustituye por gente más joven a la que corrientemente se le paga un salario inferior. La historia indica que la situación se agrava en períodos de recesión económica.

El término “edad madura” es un eufemismo con el que se suele encubrir la llegada a los 50 años y el inicio de las preocupaciones de los trabajadores del sector privado, y ahora ya también de una parte del sector público, por la posible pérdida del empleo derivada de procesos de reestructuración o ajustes productivos de la empresa. Para reducir el número de trabajadores de plantilla importantes empresas eligen en especial a quienes ya tienen esa edad “madura”. Se debate en Europa sobre el uso de recursos públicos para financiar decisiones de empresas privadas que implican un coste económico considerable.<sup>46</sup> Esto trae como consecuencia que una persona prejubilada perciba prestaciones

---

<sup>45</sup> Suso Araico, A.: “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, o. cit., p. 130.

<sup>46</sup> Fuente: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2007/10/>.

públicas a partir de los 58, 56 o, incluso, 50 años y con una expectativa de vida de unos 30 años más.

La Unión Europea entiende que hay una necesidad de permanencia de los trabajadores de edad en el mercado laboral, no solo por el posible coste económico de la medida, sino también por lo que esta supone de desperdicio y despilfarro, en bastantes ocasiones, de un capital humano que cada vez es más necesario para ayudar a las jóvenes generaciones a una incorporación ordenada y tutelada al mercado laboral.<sup>47</sup>

Eduardo Rojo<sup>48</sup> sostiene que se constata la necesidad de una formación a lo largo de toda la vida y se pide a la juventud que estudie y se forme suficientemente antes de acceder al mercado laboral, con lo que la edad de acceso al trabajo se retrasa, en muchos casos, voluntaria o involuntariamente, hasta los 24 o 25 años y cuando la estabilidad laboral se alcanza a una edad cercana a los 30, no es lógico esperar que los 50 años sean un momento crítico para poder permanecer en el mercado de trabajo.

Continúa diciendo, posición que compartimos, que quizá esta política empresarial logre rejuvenecer la plantilla:

... aligeren costes de personal básicamente por razón de la menor antigüedad del nuevo personal, pacten condiciones de trabajo más flexibles y salarios inferiores a los existentes con anterioridad, y a medio plazo ello pueda repercutir, aunque tengo bastantes dudas, en su mejora y nueva creación de empleo. Pero los costes económicos para los fondos públicos, la pérdida de capital humano y el poco rendimiento obtenido en bastantes ocasiones de la formación de las personas afectadas, ¿no son motivos suficientes para hacernos pensar en la necesidad de reordenar los mecanismos jurídicos existentes para evitar esa sangría?

---

<sup>47</sup> Muchas empresas no cuentan con herramientas para valorar esa experiencia y creen que los mayores de 50 años no saben ni quieren adaptarse a las nuevas situaciones. Algo que no ocurre en otras partes del mundo, donde han sabido reaccionar a tiempo a la descapitalización que representan estas situaciones. Por ejemplo, en Japón, el 80 % de las organizaciones cuenta con políticas de retención de sus trabajadores más veteranos.

<sup>48</sup> Rojo, Eduardo: "El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada". Ponencia en Curso de Verano "Envejecimiento de la población trabajadora", 6/9/2016. Eduardo Rojo es catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/el-derecho-la-igualdad-de-trato-y-no.html>.

Rojo entiende que sería “más correcto plantearse una nueva organización del trabajo en donde una mayor flexibilidad organizativa y una reducción del tiempo trabajado por cada persona posibilite un mayor volumen de empleo y un menor coste económico para las arcas públicas”.

Desde el punto de vista jurídico laboral la problemática de los trabajadores de edad está presidida por un principio rector: la igualdad de trato o de no discriminación en el trabajo.<sup>49</sup>

### **3. Discriminación en el período precontractual**

La discriminación cierra puertas a algunas ocupaciones e incluso al empleo en general, por razones de edad, sexo o color de piel. Este fenómeno genera sin duda graves desventajas sociales y económicas.

No existe una única definición de discriminación, ni un indicador para medir su repercusión. Es un comportamiento arraigado en la naturaleza humana y en el funcionamiento de las instituciones. Formó parte siempre de todas las comunidades, en todas las épocas. Es un fenómeno sistemático, intrínseco a las pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes.

La discriminación “no es un fenómeno estático, pues sus formas reconocidas desde antiguo, como las basadas en motivos raciales, religiosos o de género, no son fáciles de erradicar y adquieren cicatrices más sutiles”, cuando no se legitiman con argumentos fuertes.<sup>50</sup>

La discriminación puede manifestarse en el momento de acceso al empleo, en la selección del personal, durante la relación de trabajo o en su finalización.

Los actos discriminatorios pueden darse entonces antes, durante y después de la relación laboral. En la etapa de reclutamiento y selección de personal es cuando opera la discriminación precontractual (por medio de anuncios claramente discriminatorios, entrevistas frustradas o test psicotécnicos)

---

<sup>49</sup> Ermida Uriarte, Oscar: “La tercera edad en el Derecho Laboral...”, o. cit., p. 41.

<sup>50</sup> Oficina Internacional del Trabajo: Informe global 96.ª reunión, 2007, o. cit., pp. 2 y 3.

que deriva en la no contratación de la persona por distintas razones, por ejemplo, su edad madura. No cabe duda de que son actos discriminatorios. “Existe bastante normativa que prohíbe discriminar, pero es fácil apreciar en la vida diaria que existen muchas discriminaciones injustas.”<sup>51</sup>

El “período precontractual” es aquel que precede al momento en que se perfecciona un contrato. Es una etapa que se caracteriza en que los actos que se producen carecen de valor vinculante entre las partes intervinientes, además de la irresolución o incertidumbre respecto al resultado final.<sup>52</sup>

Plá Rodríguez<sup>53</sup> señala que en el contrato de trabajo esta etapa es de particular importancia, en especial porque es “casi siempre ineludible [...] consecuencia natural de la característica [...] personalísima que posee la prestación a la que se obliga el trabajador, que provoca el comprensible interés del empleador por conocer con la mayor exactitud posible los rasgos personales y aptitudes de aquel con quien eventualmente habrá de contratar”.<sup>54</sup>

Es en esta etapa donde se producen distinciones y discriminaciones entre las personas que integran el conjunto de individuos a seleccionar para ocupar los puestos de trabajo vacantes en la empresa.

Otro motivo apuntado es la situación de fragilidad del trabajador producto de la necesidad de acceder al empleo. Tal como señala Garmendia: “... los grandes espacios de discrecionalidad en los que se mueve durante esta etapa preliminar, pueden hacerlo proclive a adoptar conductas teñidas por la arbitrariedad, sin que resulte sencillo detectar el real designio que las ha inspirado”.<sup>55</sup>

En relación con las situaciones jurídicas que pautan el desarrollo del período precontractual, Garmendia<sup>56</sup> señala dos: la convocatoria a aspirantes y el proceso de selección. Dice que el proceso formativo del contrato de trabajo generalmente comienza con una convocatoria a aspirantes, donde se establecen

---

<sup>51</sup> Gamonal Contreras, Sergio: El ABC del contrato de trabajo, Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013, p. 94.

<sup>52</sup> Gamarra, Jorge: Tratado de Derecho Civil uruguayo, t. XI, Montevideo: FCU, 1979, p. 12.

<sup>53</sup> Plá Rodríguez, A.: Curso de Derecho Laboral, t. I, vol. 1, Montevideo: Acali, 1979, p. 91.

<sup>54</sup> Garmendia, Mario: “El período pre-contractual laboral”, Derecho Laboral t. L, N.º 228, Montevideo: FCU, oct.-dic. 2007, pp. 811 y ss.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 813.

<sup>56</sup> Ibidem, pp. 816-832.

por parte del futuro empleador los requisitos, características, nivel de calificación y perfiles según lo que la empresa requiere para ocupar la vacante. Asimismo, opina que la actuación del empleador está sujeta a ciertos límites normativos y reglas jurídicas, como la buena fe, la razonabilidad y la no discriminación. En el proceso de selección se demuestra la “aptitud y suficiencia”<sup>57</sup> de los aspirantes.

Aunque el empleador no está obligado a concretar la contratación:<sup>58</sup>

... en esta fase se produce un reforzamiento del compromiso de ajustar el comportamiento a los principios de buena fe, razonabilidad e igualdad [...] de manera que el proceso de selección debe ser real y verdadero [...] y la selección debe realizarse a partir de criterios razonables, fundados y ajustados a Derecho. [...] el empleador está perfectamente habilitado para seleccionar a quien desee, utilizando para ello sus propios criterios, los que inclusive podrán estar teñidos de subjetividad. [...] al empleador le estará vedado realizar la selección a partir de criterios ilícitos [...] discriminatorios [...] el aspirante [...] rechazado [...] tiene derecho a exigir que se le expliciten los fundamentos que han determinado la selección, en forma seria y respetuosa de su dignidad profesional y personal.

Las posibles arbitrariedades están prohibidas por la normativa nacional (Constitución de la República) e internacional referente a la igualdad de las personas, la no discriminación en el empleo (CIT 111) y la ocupación, la igualdad de trato entre trabajadores (CIT 156). Asimismo, la Ley 16.045 de 1989<sup>59</sup> y su Decreto Reglamentario 37/1997 prohíben toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral. También en el artículo 1 de la Ley 17.940 de 2006 se alude al acceso al empleo.

Las normas que protegen derechos humanos laborales y actos de no discriminación no aluden específicamente a la etapa en estudio, pero evidentemente son aplicables en forma independiente del período en que se produzca la vulneración de los derechos de la persona. Es interesante trasladar la siguiente visión, que compartimos:

---

<sup>57</sup> Barbagelata, H. H.: Derecho del trabajo. T. II, 2.ª ed., o. cit., p. 45.

<sup>58</sup> Garmendia, Mario: “El período pre-contractual laboral”, o. cit., p. 830.

<sup>59</sup> En el artículo 2 menciona: “llamados para provisión de cargos”, “criterios de selección” y “reclutamiento y selección”.

Los poderes empresariales no pueden suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual [...], tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicomprendivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder — expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley— necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador.<sup>60</sup> (Ord. N.º 2.856/162, 30.08.2002)

Dice Garmendia:<sup>61</sup>

En relación a las responsabilidades jurídicas en la etapa pre-contractual a pesar de la ausencia de reglamentaciones legales específicas el apartamiento de las conductas debidas conlleva derivaciones jurídicas de diversa índole, entre las cuales no se descarta la responsabilidad de quien haya provocado un daño ilícito.

Barretto señala:<sup>62</sup>

En cuanto a la posibilidad de ser el empleador responsabilizado laboralmente en caso que incurra en un comportamiento ilícito en esta etapa, entendemos que ello es posible en la medida que estamos sin duda ante asuntos originados en conflictos individuales de trabajo.

Finalmente, Garmendia dice que la responsabilidad nace cuando se desconoce alguno de los deberes o principios jurídicos que rigen durante esta etapa y por ello se provoca un daño. “Mientras el proceso de selección se encuentra en desarrollo, los aspirantes no pueden considerarse titulares de un

---

<sup>60</sup> Melis Valencia, Christian: Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Santiago de Chile: Legal Publishing, Abeledo Perrot, 2010, pp. 137 y 138.

<sup>61</sup> Garmendia, Mario: “El período pre-contractual laboral”, o. cit., pp. 831.

<sup>62</sup> Barretto, Hugo: La obligación de formar a cargo del empleador, Montevideo: FCU, 2001, p. 75.

derecho subjetivo al puesto de trabajo, sino que tan solo ostentarán lo que se ha denominado interés legítimo...”.<sup>63</sup>

#### 4. Legislación nacional

En nuestro país no hay una ley referida a la discriminación en general, y tampoco existe normativa específica relativa a la prohibición de discriminar por edad. Sin embargo, rigen distintas normas por las cuales la discriminación por motivo ilícito se encuentra prohibida. Entre las que puede incluirse la discriminación por edad.<sup>64</sup>

Por Ley 16.063 de 6 octubre de 1989 Uruguay ratificó los *Convenios Internacionales de Trabajo n.ºs 100*, sobre igualdad de remuneración, 1951; *111* sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y *156* sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

Barbagelata<sup>65</sup> señala que a nivel internacional debemos tener presente:

a) una Recomendación de la oit, de 1980, que “se aplica a todos los trabajadores que por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación” (66.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo). Esta Recomendación trata de la promulgación de leyes y de la promoción de programas para combatir la discriminación y asegurar la igualdad de oportunidades y de trato, de las medidas que ayudan al mantenimiento de un empleo en condiciones satisfactorias, así como las destinadas a preparar a las personas de edad para su retiro.

b) El Protocolo de San Salvador de 1988, ratificado por Uruguay por Ley N.º 16.519 de 1994, que en el artículo 17 avanza en el mismo sentido, estableciendo el compromiso de los Estados partes de adoptar de forma progresiva las medidas necesarias a fin de llevar a la práctica el derecho de toda persona a una protección especial durante su ancianidad. Se reclaman medidas

---

<sup>63</sup> Garmendia, Mario: “El período pre-contractual laboral”, o. cit., p. 832.

<sup>64</sup> Mangarelli, Cristina: “The prohibition of age discrimination in labour relations in Uruguay”, in *The prohibition of age. Discrimination in labour relations. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law. Washington D. C., July 25, August 1, 2010.*

<sup>65</sup> Barbagelata, Héctor Hugo: *Derecho del trabajo*, tomo II, o. cit., pp. 90 y ss.

que suponen la ejecución de “programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva, adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos”.

c) La Conclusión 11 de la Recomendación sobre seguridad social aprobada por la 89.<sup>a</sup> Conferencia Internacional del Trabajo (2001) reclamó que las soluciones al problema del envejecimiento de las poblaciones deberían ser buscadas “sobre todo a través de las medidas destinadas a aumentar las tasas de empleo”.

d) La 2.<sup>a</sup> Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento promovida por la oit propuso, entre otras medidas que deberían adoptarse, promover una transición gradual y flexible de la vida activa a la jubilación; el desarrollo de aquellas que sean necesarias para impedir la discriminación a los trabajadores mayores; políticas de formación y reeducación profesional especialmente para trabajadoras mayores; aprovechamiento de las nuevas tecnologías, especialmente para las personas mayores y con discapacidad; la adopción de medidas para que puedan permanecer más tiempo y más atractivamente en el trabajo, etc.

Concluye que en la legislación de varios países de la ue se advierte una creciente preocupación por mantener en actividad a los trabajadores mayores. Mientras que en nuestro país son escasas las menciones a la situación de estos trabajadores.<sup>66</sup> También existen referencias sobre la edad en: I) el Convenio N.º 102, de 1952, sobre norma mínima de seguridad social; II) el Convenio N.º 128, de 1967, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; III) el Convenio N.º 157, de 1982, sobre conservación de derechos en materia de seguridad social; IV) las Recomendaciones N.ºs 131 y 167, que acceden a los

---

<sup>66</sup> En nuestro derecho, el artículo 16 de la ley N.º 10.443 de Consejo de Salarios de 1944 autoriza a estos órganos tripartitos a fijar salarios mínimos por categorías en cada rama de actividad económica, a “tener presente, en la graduación de los salarios, las situaciones especiales derivadas de la edad o de las aptitudes físicas o mentales restringidas...”

Esta norma permitiría la fijación de salarios inferiores para los trabajadores de mayor edad. Barbagelata considera que “no es fácil de catalogar en función de los criterios modernos de protección de la categoría”. Dicha discriminación en el caso de imponerse debe ser fundada. Aclara el autor que los Consejos de Salarios durante los dos períodos en que funcionaron no hicieron uso de esa facultad y varios laudos crearon primas por antigüedad, lo que implica mejorar el salario de los trabajadores de más edad dentro de sus categorías.

Convenios N.ºs 128 y 157 y V) la Recomendación N.º 166, de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

Obviamente agrega a la lista la Recomendación 162 (1980)<sup>67</sup> sobre Trabajadores de Edad, que refiere en forma sistemática, extensa y exclusivamente, a los trabajadores de edad avanzada. Como dijimos anteriormente, constituye el cuerpo central de la normativa internacional en la materia. Pone el énfasis en la prevención de la discriminación por razón de edad, en la protección y en la preparación para la jubilación.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 consagra en el artículo 8 la igualdad de todas las personas ante la ley, sin otra distinción que los talentos y las virtudes.

Entendemos que el tema de la edad es abordado en nuestra Constitución como una característica valorada en razón a la responsabilidad que puede implicar el cargo que ocupa el individuo y como límite mínimo, es decir, estableciendo como requisito que determinado cargo se puede alcanzar *a partir de tal edad* que, obviamente, no es lo mismo que *hasta determinada edad*.

El artículo 54 en su inciso final establece: “El trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años será especialmente reglamentado y limitado”.

Algunos otros artículos tratan el tema de la edad como requisito para ocupar cargos. Artículo 90: para ser representante se requiere 25 años de edad cumplidos; artículo 98: para ocupar el cargo de senador se requiere 30 años cumplidos; artículo 151: para ser presidente y vicepresidente de la República, tener 35 años de edad; artículo 234: para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia se debe haber cumplido 40 años; artículo 242: para ser integrante del Tribunal de Apelaciones se debe haber cumplido 35 años; artículo 244: para ocupar el cargo de juez letrado, 28 años; artículo 247: para ser juez de paz se

---

<sup>67</sup> La única norma de alcance internacional específica sobre el tema es la Recomendación de la OIT sobre trabajadores de edad, aprobada en la 60.ª reunión de la Conferencia General en 1980. La Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en Viena (1982) aprobó un Plan de Acción Internacional que recomendaba medidas en materia de empleo, seguridad económica, salud, vivienda, educación y bienestar social. En 2002 la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento en Madrid aprobó un Plan de Acción Internacional en relación con “la conveniencia de fomentar la permanencia de las personas mayores en el mercado de trabajo, fórmulas de jubilación flexible, gradual y postergada, entornos laborales adaptables y el compromiso de eliminar la discriminación por razón de edad”.

debe haber cumplido 25 años. Son *límites mínimos* para acceder a los cargos mencionados.

El artículo 72 dispone que no se excluyen otros derechos no enumerados en la Constitución, pero que son inherentes a la personalidad humana o derivan de la forma republicana democrática de gobierno.

El artículo 332 dice: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.<sup>68</sup>

Si bien no tenemos normativa nacional específica sobre la discriminación por edad al acceso al empleo, el derecho a la no discriminación ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales, lo cual permite afirmar su calidad de derecho fundamental. Ermida Uriarte sostenía que los derechos fundamentales son aquellos que la comunidad internacional ha reconocido como tales en los pactos, tratados, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>69</sup>

Por el momento la expectativa en el cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria está puesta en la efectividad de la negociación colectiva y la influencia y rechazo de los sindicatos ante estos casos de discriminación en el acceso al empleo.

Tampoco se ha tomado conciencia del impacto que la exclusión social provoca en este colectivo cada vez más grande. Los problemas de la edad como factor de exclusión social son muchos y muy graves. El empleo no solo es fuente

---

<sup>68</sup> Las normas internacionales de derechos humanos incluyen el Convenio 111 de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, la Declaración Sociolaboral del Mercosur y las normas imperativas de derecho internacional general.

<sup>69</sup> Ermida Uriarte, Oscar: “Derechos humanos laborales en el derecho uruguayo”, Cuadernos da Amatra IV, Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho, año II, N.º 4, jul.-set., 2007, p. 55.

de ingresos e independencia económica, sino que también permite el desarrollo personal y la integración social.

## 5. Propuestas

La problemática de las personas adultas mayores exige al Estado que implemente políticas y programas (de salud, previsión social y promoción de empleo), para que este colectivo tan sensible pueda tener calidad de vida y sentirse útil en la sociedad. Ello lleva a la necesidad de contar con la formulación de una política nacional en pro de la igualdad, promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, y erradicar la discriminación. Esta política abarca tanto el sector público como el privado, así como la orientación profesional y la formación profesional.

“El derecho fundamental de toda mujer y hombre a no ser discriminado en su empleo y ocupación forma parte integral de las políticas de trabajo decente destinadas a alcanzar un crecimiento económico equilibrado y sostenible, y sociedades más justas”, dijo Juan Somavia, elegido en 1999 como director general de la Organización Internacional del Trabajo.

Compartimos que: “La respuesta correcta es la combinación de políticas de crecimiento económico con políticas de promoción del empleo, la protección social y los derechos laborales, de manera que los gobiernos, los mandantes sociales y la sociedad civil puedan trabajar conjuntamente...”<sup>70</sup>

La exigencia internacional de efectivizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación debe reflejarse en los órdenes internos en un doble aspecto: el de su legislación y el de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales. Esto quiere decir que garantizar la no discriminación configura para el Estado un imperativo mínimo fundamental y de cumplimiento inmediato, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto contrario al Derecho Internacional.

---

<sup>70</sup> Fuente: [http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_LIM\\_2451\\_SP/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_2451_SP/lang-es/index.htm).

Hay trabajadores de edad madura que se encuentran muy lejos de su causal jubilatoria y de ser longevos; con una vida llena de responsabilidades, proyecciones y que debe necesariamente ser productiva, porque además así lo requiere el sistema económico, de seguridad social y la sociedad en la que están inmersos, y es esta última la que los discrimina.

Hablar de acceso al empleo en la edad madura implica considerar que en la mayoría de los casos el trabajador fue previamente despedido. Desde esa lógica, proponemos:

- Dedicar una mayor atención al aspecto de la edad en la gestión de los recursos humanos, ya que hay una mayor participación de las personas maduras en el mercado de trabajo y por lo tanto es imprescindible para fortalecer el tejido social y el sistema de protección social considerarlas.
- Un marco jurídico sólido y propicio es solo parte de la solución para superar la discriminación por motivos de edad y promover la posibilidad de disfrutar de una vida laboral más larga y sana. Es necesaria una labor de sensibilización que debe incluir campañas de educación e información, y los interlocutores sociales, junto con los gobiernos, tienen un papel fundamental que desempeñar al respecto. Es necesario que el Estado tome medidas de acción positiva para erradicar este tipo de discriminación.
- Se recomienda una política de empleo focalizada (que podríamos llamar: Pro Adulto) para los trabajadores de mayor edad que no acceden a un empleo o cuando son despedidos de su trabajo, de manera de mitigar el extenso período de desempleo que padecen y que produce efectos negativos que impactan en el propio trabajador, en el ámbito laboral y en el sostenimiento del sistema de la Seguridad Social. Esta política debería además estar coordinada con las que ya existen en el país y que comprenden a este colectivo (Uruguay Trabaja o el ProVas,<sup>71</sup> que

---

<sup>71</sup> Iniciativa que surge del Mides que promueve emprendimientos productivos (Emprendimiento Productos con Valor Social).

dependen del Mides), a modo de complementar las necesidades que requieran estos trabajadores y que las políticas actuales no cubren.

- Vimos que se han seguido tres vías para la solución del problema del cese prematuro de los trabajadores: a) contrarrestar los efectos del cese anticipado en la actividad de los trabajadores de edad avanzada en el sistema de pensiones, b) compensar la pérdida de empleo y c) crear alternativas para los trabajadores de edad avanzada. Creemos más acertada esta última, considerando las características sociales, económicas y políticas de nuestro país.
- Resulta incuestionable la necesidad de crear políticas que propicien la inserción laboral de los trabajadores de edad avanzada en el mercado de trabajo. Se proponen programas de reinserción profesional inmediata para este colectivo. La propuesta más convincente para nosotros es crear proyectos de reinserción profesional dirigidos específicamente a los trabajadores de edad madura, en el entendido de que son políticas activas que en general contribuyen favorablemente a promover el empleo.
- En este sentido opinamos que es conveniente aumentar la edad para configurar la causal jubilatoria a 65 años, con la opción, siempre que así lo determine el trabajador, de continuar su vida laboral hasta los 70 años, y que se determine su aptitud física y psíquica por parte de los organismos de salud correspondientes del Estado. Obviamente dependerá no solo de la voluntad del trabajador, sino también de la actividad que desarrolle y siempre que esta no tenga pactada una edad para su finalización. Sin perjuicio de lo cual creemos que después de los 60 años se debería reducir la jornada de trabajo, y que un porcentaje de esta se destine a recibir o brindar formación (dependiendo de la actividad, inteligencia, habilidades y experiencia de cada uno) hasta cubrir el horario habitual.
- Frente a este cambio se debería otorgar a estos trabajadores más días de licencia anual. Se propone tres días más por año.
- Concebimos muy positiva la aprobación de la Ley N.º 19.160 que instituye un régimen de jubilación parcial y compatible con el desempeño de

servicios de la misma afiliación. Este camino es el que debemos profundizar para dirigirnos a que el trabajador maduro continúe activo.

- El Instituto de Empleo y Formación Profesional (Inefop) debería jugar un rol muy importante en materia de formación para estos trabajadores, no solo cuando buscan empleo, sino para los trabajadores maduros que requieran capacitación para adecuarse a las nuevas tecnologías y formas de trabajo. Tenemos la firme convicción de que la formación debe ser permanente, más allá de las edades, del rubro de actividad y de la voluntad del empleador. Es muy importante que el trabajador tenga estímulos para la formación y capacitación para promover sus oportunidades de empleo, a fin de alcanzar la igualdad con el resto de los trabajadores. Formación en el entendido del medio más importante para el desarrollo de las capacidades profesionales y la adaptación a los cambios de cualquier índole en cualquier puesto de trabajo. A su vez entendemos que ensamblar experiencia y nuevas técnicas es la situación óptima para el trabajador y para el empresario, lo que debería negociarse a nivel bipartito o tripartito.
- Se advierte que los programas empresariales de fomento de la diversidad, que consideran a los trabajadores de edad como un recurso valioso y capitalizan sus competencias dentro de una fuerza de trabajo, constituyen un enfoque especialmente positivo y con visión de futuro para erradicar la discriminación por motivos de edad.
- A nivel internacional dieron resultado las contrataciones por tiempo determinado para los trabajadores de edad madura, indicándose que es una solución muy positiva para la mejora de la situación de los trabajadores de edad más cercana a la jubilación.
- Otra propuesta interesante es la del pago de subvenciones a las empresas por la contratación de personas de edades comprendidas entre 40 y 65 años, para las cuales es difícil encontrar trabajo por la falta de experiencia o simplemente por su edad.

La subvención se podría otorgar durante el período de prueba (que podría extenderse a más de tres meses), a modo de que se evalúe su permanencia o no en la empresa.<sup>72</sup>

- Se propone un cambio en la legislación en relación con el despido del trabajador con más de 40 años, estableciendo que —salvo notoria mala conducta— deba ser motivado y con una indemnización superior.

Señalamos la necesidad de incorporar la figura del despido discriminatorio en nuestra legislación con la promulgación de una *ley antidiscriminatoria que prohíba despedir arbitrariamente por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, edad, posición económica, condición social o caracteres físicos. Declarando nulo el acto y determinando la sanción para este tipo de conductas*. En relación con la protección del trabajador maduro y su despido creemos que debería establecerse un período de un año de protección, previo a la configuración de la causal jubilatoria, en el que se prohíba despedir al trabajador. Dada la proximidad para el retiro, este período requiere de especial protección, con la excepción de la notoria mala conducta y la fuerza mayor. Si bien se corre el riesgo de que los trabajadores sean despedidos antes de llegar a este período, de todas formas podrían reclamar la nulidad del despido en el caso de que la causa de este fuera la edad.<sup>73</sup>

Finalmente, sostenemos que se debería implementar un conjunto de actuaciones públicas encaminadas a la ocupación de la población activa;

---

<sup>72</sup> En varios países, como Alemania, Estados Unidos, Japón y Reino Unido, los trabajadores de edad perciben directamente un complemento salarial por permanecer en el empleo o encontrar un nuevo trabajo. En el Reino Unido, en el marco del programa New Deal 50 Plus, las personas de 50 años o más que han recibido prestaciones durante seis meses o más tienen derecho a percibir una prestación relacionada con el ejercicio de una actividad durante un período que puede ir hasta 52 semanas si trabajan más de 16 horas por semana. El sobresueldo es superior para aquellos trabajadores con ingresos más bajos. Existe cierta inquietud de que ofrecer subvenciones a los trabajadores de edad como grupo podría acentuar la actitud negativa de los empleadores hacia su contratación o retención. Una subvención salarial destinada más específicamente a los trabajadores de edad desempleados de bajos ingresos o de larga duración podría representar, pues, una solución más adecuada. Aunque todos estos riesgos son reales y es importante tener conciencia de ellos, sirven de argumento para concebir programas más estrictos y supervisarlos, y asignar más recursos a la evaluación de programas. No cabe la menor duda de que es absolutamente necesario contar con políticas y medidas a fin de superar los obstáculos a la retención y la contratación de los trabajadores de edad.

<sup>73</sup> Duran, Beatriz: “Despido discriminatorio por la edad madura del trabajador”, en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo: FCU, 19 y 20 de noviembre de 2011, pp. 177 y ss.

promover, incentivar o estimular la prolongación de la vida laboral de este grupo de trabajadores, bien incitando a que no abandonen el trabajo, bien promoviendo su reinserción laboral tras un período más o menos largo de cese en su empleo. En definitiva, es necesario diseñar una verdadera política integral.

## Bibliografía

- APARICIO TOVAR, J. (2006). "Sobre las discriminaciones por edad madura en el acceso al empleo", en Guillermo Gianibelli y Oscar Zas (coords.): *Estudios de teoría crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)*, Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana.
- BARBAGELATA, H. H. (2004). *Derecho del trabajo*. T. II, 2.<sup>a</sup> ed., Montevideo: FCU.
- BARBAGELATA, H. H. (2009). *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*, Montevideo: FCU.
- BARRETTO, Hugo (2001). *La obligación de formar a cargo del empleador*, Montevideo: FCU.
- DE LA CUEVA, M. (1961). *Derecho mexicano del trabajo*, México: Porrúa.
- DURAN, B. (2008). "Discriminación por edad madura en el acceso al empleo", *Derecho Laboral*, t. LI, N.º 231, jul.-set., Montevideo.
- DURAN, B. (2011). "Despido discriminatorio por la edad madura del trabajador", en *XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo: FCU, 19 y 20 de noviembre.
- ERMIDA URIARTE, O. (1989). "La tercera edad en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social", X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2007). "Derechos humanos laborales en el derecho uruguayo", *Cuadernos da Amatra IV, Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho*, año II, n.º 4, jul.-set.
- GAMARRA, J. (1979). *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XI, Montevideo: FCU.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2013). *El ABC del contrato de trabajo*, Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters.
- GARMENDIA ARIGÓN, M. (2007). "El período pre-contractual laboral", *Derecho Laboral* t. L, N.º 228, Montevideo: FCU, oct.-dic.
- KOTOWSKA, I. E. (2004). "Trabajadores mayores en el mercado laboral y programas de jubilación", *European Population Papers series*, núm. 9.

- MANGARELLI, C. (2010). "The prohibition of age discrimination in labour relations in Uruguay", *The prohibition of age. Discrimination in labour relations. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*. Washington D. C., July 25, August 1.
- MELIS VALENCIA, C. (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Santiago de Chile: Legal Publishing, Abeledo Perrot.
- NOVOA GARCÍA, L. (1989). "Los trabajadores de la tercera edad ante el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", X Congreso Iberoamericano, Montevideo.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1979). *Curso de Derecho Laboral*, t. I, vol. 1, Montevideo: Acali.
- ROJO, E. (2016). "El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada". Ponencia en Curso de Verano "Envejecimiento de la población trabajadora", 6/9/2016.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "Trabajadores de edad avanzada, empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33; Aznar López, M.: "Jubilación, renta, actividad y ocio (un diálogo imaginario)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 45.
- SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y. (dirs.) (2009). *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*. (Presentación). Colección *Estudios* N.º 223, Madrid: Consejo Económico y Social, dic.
- SUSO ARAICO, A. (1997). "El empleo, los trabajadores mayores y los jóvenes", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 11.
- SUSO ARAICO, A. (2006). "La relación con el empleo de los trabajadores mayores", *Cuadernos de Relaciones Laborales* núm. 2.

---

## LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO CONSECUENCIA DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

## PSYCHOSOCIAL RISKS AS A CONSEQUENCE OF WORK ORGANIZATION

Alberto CHARTZMAN BIRENBAUM

*Doctor en Derecho del trabajo, previsión social y derechos humanos, USAC, Guatemala. Doctor en Derecho del trabajo, Magíster en Derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales y docente y coordinador académico de la Maestría en Derecho del trabajo y relaciones internacionales laborales y diplomaturas virtuales, UNTREF, Argentina. Posgrado en Derecho a la salud, UCA.*

[albertobirenbaum@gmail.com](mailto:albertobirenbaum@gmail.com)

Fecha de envío: 28/03/2021

Fecha de aceptación: 20/07/2021

---

## LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO CONSECUENCIA DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Alberto CHARTZMAN BIRENBAUM

*UNTREF (Argentina)*

---

**Resumen:** El propósito de este trabajo es concientizar a los empleadores y representantes de los trabajadores sobre los riesgos psicosociales, como consecuencia de la organización en el proceso productivo.

El estrés en el trabajo es motivo de preocupación creciente en los países en desarrollo debido a cambios importantes en el mundo moderno; dos de los más significativos son el proceso de globalización y la naturaleza cambiante del trabajo. Crear conciencia en una etapa temprana parece ser de suma importancia debido a que el estrés laboral es también un problema que está lejos de ser resuelto en los países desarrollados e industrializados.

Aunque el enfoque de este trabajo intenta ser holístico, el problema del estrés laboral es significativo en los países en transición, sujetos a cambios económicos y sociales rápidos y drásticos, donde hay una demanda creciente de adaptación a los trabajadores, la transformación de los valores tradicionales, la reorientación del sistema de salud ocupacional y, generalmente, condiciones pobres de trabajo. Tradicionalmente, el enfoque de las iniciativas de Salud y Seguridad Ocupacional es en las exposiciones químicas, biológicas y físicas, mientras que los riesgos psicosociales en el trabajo y sus causas son muy descuidados y sus consecuencias poco comprendidas en la medida en que pertenecen al contexto de los países en desarrollo.

La división actual entre las condiciones laborales y el ambiente de trabajo (físico) hace más difícil la inclusión e identificación de los riesgos psicosociales en el trabajo, de identificar para la mayoría de los profesionales de la Salud y Seguridad Ocupacional.

**Palabras clave:** Riesgos psicosociales - Organización del trabajo - Consecuencias

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La salud en el trabajo. 3. Acerca de la regulación. 4. La organización en el trabajo. Consecuencias. 5. Deterioro de las relaciones interpersonales. 6. Las consecuencias sociolaborales de la materialización de los riesgos psicosociales en el trabajo. 7. Conclusiones.

**Abstract:** The purpose of this work is to make employers and workers' representatives aware of psychosocial risks, as a consequence of the organization in the production process.

Stress at work is a growing concern in developing countries due to major changes in the modern world; two of the most significant are the globalization process and the changing nature of work. Raising awareness at an early stage seems to be of utmost importance as work stress is also a problem that is far from being solved in developed and industrialized countries.

Although the approach of this work tries to be holistic, the problem of work stress is significant in countries in transition, subject to rapid and drastic economic and social changes, where there is a growing demand for adaptation to workers, the transformation of traditional values, the reorientation of the occupational health system and, generally, poor working conditions. Traditionally, the focus of Occupational Health and Safety initiatives is on chemical, biological and physical exposures, while psychosocial risks at work and their causes are very neglected and their consequences little understood insofar as they belong to the context of developing countries.

The current division between working conditions and the (physical) work environment makes the inclusion and identification of psychosocial risks at work more difficult to identify for the majority of Occupational Health and Safety professionals.

**Key words:** Psychosocial risks - Work organization - Consequences

**Summary:** 1. Introduction. 2. Health at work. 3. About regulation. 4. Organization at work. Consequences. 5. Deterioration of interpersonal relationships. 6. The socio-labor consequences of the materialization of psychosocial risks at work. 7. Conclusions.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

Los factores psicosociales y organizacionales del trabajo, constituyen condiciones de la organización del trabajo que pueden afectar la salud laboral, tanto negativa como positivamente.

La cultura, el liderazgo o el clima organizacional pueden generar excelentes o pésimas condiciones de trabajo con consecuencias positivas o negativas para la salud de los trabajadores, como así también para la salud de la organización empresarial.

Cuando estos factores organizacionales o psicosociales son disfuncionales, pasan a ser factores psicosociales de riesgo, afectando negativamente la salud laboral.

Los riesgos psicosociales, podrían ser definidos como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño en su salud derivado de factores psicosociales negativos existentes en el trabajo. Tales factores se encuentran principalmente en las características estructurales de la organización (estilo de mando, participación de los trabajadores en la organización, acceso a la información, gestión del conflicto, estrategia de comunicación interna y externa, etc.), en las particularidades de las tareas asignadas (carga de trabajo, autonomía y capacidad de decisión, responsabilidades) y en el tiempo de trabajo (ritmo de trabajo, duración prolongada de la jornada, organización de los descansos, etc.).

La Organización Internacional del Trabajo<sup>2</sup> los define como “...*las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales, por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores por otro. Estas interacciones podrían ejercer una influencia nociva sobre la salud de los trabajadores a través de sus percepciones y experiencias*”.

Estos constituyen una nueva categoría de riesgos laborales, dentro de los que podemos incluir al Estrés, el Acoso Moral o “Mobbing”, el Síndrome del Quemado o “Burnout”, la carga mental, entre otros, cuya aparición se ha

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el Seminario Riesgos Psicosociales, Colombia, abril de 2021.

<sup>2</sup> OIT, Estrés en el trabajo un reto colectivo. [www.ilo.org/safedy](http://www.ilo.org/safedy) 28 de abril de 2016.

intensificado en los últimos años en todo el mundo, estableciéndose como una fuente de siniestralidad laboral preocupante para el mundo de las relaciones laborales.

Si bien es sabido que algunos tipos y modalidades de trabajo (trabajadores de la salud, transportistas de caudales, jornadas nocturnas de trabajo, horario rotativo, etc.) conllevan de forma inherente riesgos para la salud de los trabajadores, hoy se observa la generación de nuevos riesgos derivados del tipo de organización empresarial que afectan la salud de los trabajadores, dentro de las cuales y en virtud de la crisis sanitaria que nos tiene en vilo al mundo entero, muchos trabajadores trabajan en forma remota, provocando serios inconvenientes que ha llevado al estudio de las Neurociencias, el tecnoestrés, etc.

Organizaciones más flexibles, mayor presión a los trabajadores para el cumplimiento de los objetivos en los tiempos predeterminados, control constante de la evolución y de los resultados de los trabajadores, las relaciones jerárquicas, la prolongación de la jornada laboral, la atribución de mayores responsabilidades, entre otros, constituyen factores que conllevan a la aparición de nuevas dolencias laborales.

Según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup>, podemos definir la salud como “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>4</sup>

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud<sup>5</sup>, dio su punto de vista, concluyendo que la salud consiste en un estado diferencial de los individuos en relación con el medio ambiente que los rodea.

De ambas definiciones, podemos concluir que la salud consistiría en un estado de completo bienestar o equilibrio, entre los factores físicos, psicológicos (mentales), sociales y medioambientales, y uno de los elementos fundamentales que hacen a la calidad de vida. De esta forma, en la salud intervienen, tanto de

---

<sup>3</sup> Constitución de la la OMS, dada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19/06-22/7/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 07/04/1948).

<sup>4</sup> OMS – 1958.

<sup>5</sup> OPS- La Salud Pública en las Américas.- Septiembre de 2002.

forma negativa como positiva, los recursos económicos, la clase de ambiente con sus características físicas, las conductas personales y la relación con los demás seres vivos.

La OMS estableció que la salud en el trabajo tiene como finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores, prevenir todo daño a estos por las condiciones de su trabajo, protegerlos contra los riesgos a su salud, en resumen, adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su tarea.

En base a estas definiciones, podemos entender que la salud constituye un derecho fundamental de los individuos, y que en particular, la salud laboral representa una cuestión esencial en el normal desenvolvimiento de la comunidad en su conjunto.

## **2. La salud en el trabajo**

Posicionándonos en la realidad del siglo XXI, al abordar la salud en el trabajo debemos resaltar los efectos negativos que sobre la integridad física y psíquica de los trabajadores producen las nuevas formas de organización y gestión empresarial. Si bien en muchos países a través de la Medicina Laboral y la fuerte participación del Sindicalismo se obtuvieron enormes avances y mejoras en la protección de la salud de los trabajadores, hoy se observa un auge de nuevos escenarios dañinos para la salud de estos, vinculados esencialmente con las cargas psicológicas derivadas del trabajo.

Frente a las situaciones de violencia psicológica en el entorno laboral podemos observar una doble vulnerabilidad, por una parte, si bien los riesgos de descompensación derivados de estas patologías no son mayores que los resultantes de enfermedades somáticas crónicas, estas provocan en el resto de los trabajadores reacciones irracionales debidas a la angustia y al temor que muy a menudo suscitan las enfermedades mentales. Por otro lado, al ser más frágiles que los demás trabajadores, quienes son víctimas de actos de violencia psicológica poseen menor tolerancia a los conflictos, los cuales sino son resueltos pueden generar reacciones aun más violentas.

De esta forma, podemos observar que nos encontramos en un círculo vicioso, en el cual el trabajador que sufre una afección mental puede hacerse violento. Según Ahmed Khalef<sup>6</sup> Las enfermedades mentales ocasionadas por el trabajo pueden clasificarse en tres categorías:

1.- Enfermedades Mentales Profesionales: estas se originan por una encefalopatía toxica o física originada por una exposición prolongada a productos químicos o físicos tóxicos. Suelen manifestarse bajo la forma de una psicosis aguda como un síndrome de confusión, un arrebató delirante e inclusive un estallido alucinatorio. Entre los tóxicos químicos que pueden originar estas patologías se estacan el sulfuro de carbono, solventes clorados, plomo, entre otros, y por otra parte, entre los tóxicos físicos se destacamos los traumáticos craneanos, exposición a rayos ionizantes, insolación, etc.

2.- Síndromes Psiquiátricos: resultan ser específicos de las consecuencias de un accidente o enfermedad laboral.

3.- Sufrimiento Mental: no constituyen enfermedades mentales a la luz de las descritas por la medicina psiquiátrica, más bien constituyen padecimientos psíquicos controlados por la persona que los sufre. Si bien el sufrimiento puede no desembocar en una enfermedad, no deja de ser un factor negativo en la vida laboral del trabajador, y de esta forma también afecta su salud laboral. Lamentablemente este sufrimiento puede generar a su vez violencia, ya sea contra el trabajador que padece estas situaciones o bien de este hacia sus compañeros o jefes como reacción al maltrato recibido. Finalmente, podemos destacar que la insatisfacción y la angustia constituyen los elementos principales que favorecen el sufrimiento mental, los cuales surgen generalmente de la excesiva división del trabajo, la confusión del rol, la asunción de grandes responsabilidades, sistemas de supervisión asfixiantes, etc.

Finalmente podemos concluir que los riesgos psicosociales atentan contra la integridad física, mental, social y cultural de los trabajadores, elementos que hacen a la salud de estos. Los riesgos regularmente se definen como tales por su capacidad de ocasionar daños en la salud, y los riesgos psicosociales se caracterizan principalmente por las repercusiones que ocasionan en la salud

---

<sup>6</sup> Ahmed Khalef, 2003/2004 – Pag. 17.

mental de los trabajadores. Por su propia naturaleza, los riesgos psicosociales afectan de una manera importante y global los mecanismos de adaptación de la persona y su sistema estabilidad y equilibrio mental, constituyendo violaciones importantes a las expectativas básicas del trabajador y consecuentemente generando trastornos mentales sobre el mismo.

### **3. Acerca de la regulación**

Históricamente la normativa regulatoria de la gestión preventiva de los riesgos del trabajo no se ocupó de la prevención y protección de los riesgos psicosociales, atento a que los problemas sobre el contenido del trabajo, o sobre el nivel de esfuerzo necesario para desarrollarlo, o bien respecto de la carga de las jornadas laborales, no son un tema novedoso, sino por el contrario, existen desde la época de la revolución industrial. En base a esto, podemos afirmar que la problemática resultante de estos riesgos existe desde hace muchos años en el mundo, pero hasta hace poco tiempo parecía estar oculta, pues comparativamente, su relevancia era menor a otro tipo de riesgos de origen laboral (físicos, químicos, biológicos, etc.).

Con el paso del tiempo el estrés como concepción fue adaptada para analizar las relaciones entre el medio ambiente psicológico laboral y la salud de los trabajadores. Así, se pasó a definir como estrés laboral al conjunto de fenómenos o manifestaciones de índole psicosomática que se suceden en el organismo del trabajador con la participación de los agentes estresantes lesivos derivados directamente del trabajo o que, con motivo de este, pueden afectar la salud del trabajador.

Así se comenzó a observar que el medio ambiente laboral unido al estilo de vida, provocaba sobre los trabajadores la acción de factores psicosociales que podían afectar negativamente la salud de estos de diversas formas.

Sobre el particular, uno de los primeros documentos oficiales en abordar el tema de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo fue el documento denominado *“Los Factores Psicosociales en el Trabajo: Reconocimiento y*

*Control*”, publicado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1984<sup>7</sup>. Esta publicación, confirma que la problemática relativa al impacto de estos riesgos es claramente anterior, y que al menos se remontaría al año 1974, año en el cual consta una convocatoria de la Asamblea Mundial de la Salud para documentar las causas y consecuencias de estos factores sobre la salud de los trabajadores.

Según el documento, los factores psicosociales en el trabajo son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajo y abarcan muchos aspectos, por lo cual su definición necesariamente deberá ser amplia y compleja. Consecuentemente se propuso la siguiente definición:

*“Los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo”.*<sup>8</sup>

Surge del análisis de esta definición la importancia que la OIT ha otorgado históricamente al trabajador y a sus necesidades, pero se insiste a su vez en que las consecuencias negativas resultantes de éstos afectan tanto la salud de los trabajadores como la salud de las organizaciones. Poco más tarde, se dispusieron las primeras listas sobre cuales serían estos factores, entre los que se incluyeron la mala utilización de las habilidades, la sobrecarga de trabajo, la falta de control, el conflicto de autoridad, la discriminación salarial, la inseguridad en el trabajo, problemas en las relaciones humanas, trabajo nocturno, entre otras.

Otro documento de relevancia histórica sobre el tema que nos ocupa fue el trabajo titulado *“Los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud”*, editado en el año 1988 por la Organización Mundial de la Salud<sup>9</sup>. En esta publicación, se explica que estos factores provienen de la percepción y la

<sup>7</sup> OIT.- *“Los Factores Psicosociales en el Trabajo: Reconocimiento y Control”*, 1984.

<sup>8</sup> OIT, 1986, Pág. 3.

<sup>9</sup> OIT *“los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud”* 1988 OMS.

experiencia de los trabajadores y que está influenciando por los innumerables factores que afectan a los trabajadores. La importancia histórica de esta publicación radica en su exposición respecto al doble efecto que estos factores psicosociales generarían en los trabajadores, denominados como “Positivos” o “Negativos”.

Es así que a partir de la década del 80 la organización en el trabajo y los factores organizacionales se convierten en expresiones intercambiables para referirse a los factores psicosociales y sus efectos sobre la salud.

Durante las últimas décadas, los riesgos laborales de carácter psicosocial han recibido más atención en la legislación y en las políticas de prevención de riesgos y seguridad social.

En el año 2004, los agentes sociales europeos firmaron un acuerdo sobre el estrés laboral que tuvo por objetivo proporcionar a los empresarios y trabajadores un marco que les permita identificar, prevenir y gestionar los problemas relacionados con el estrés derivado en el trabajo.

De esta forma, diversos países de la Comunidad Europea, como ser Italia, Francia y Suiza, incorporaron a su legislación diversas normas que abordan específicamente esta problemática, y en cambio países como Inglaterra e Irlanda no consideraron conveniente dictar normas específicas sobre la temática, sino que se optaron por aplicar normas reguladoras como ser las correspondientes a la mediación o facilitación ante situaciones concretas.

Si bien en América Latina, el reconocimiento normativo histórico de estos nuevos riesgos resulta ser bastante precario, podemos observar que en los últimos años algunos países han dispuesto normativas específicas sobre los mismos, como es el caso de Chile, país en el cual el reconocimiento de una enfermedad como profesional está reglamentado en el Decreto Supremo 109 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, normativa en la cual se reconoció las Neurosis Profesionales incapacitantes como enfermedad profesional en todos los trabajos que se expongan al riesgo de tensión psíquica y se compruebe relación de causa a efecto.

Por su parte, en Colombia, la lista de enfermedades profesionales está compuesta por más de cuarenta patologías, entre las cuales se encuentran las

patologías causadas por estrés en el trabajo, estas últimas incorporadas por la Resolución N° 1832 del año 1994. Colombia fue el primer país de América Latina en sancionar una norma sobre los riesgos psicosociales, a través de la sanción de la Ley N° 1010 del año 2004, la cual regulo específicamente el acoso laboral y otras formas de hostigamiento, tanto para el ámbito de las relaciones laborales públicas como privadas.

En Argentina, si bien encontramos algunas normas provinciales relativas a estos riesgos laborales (únicamente aplicables a los empleados públicos provinciales) lamentablemente hasta la fecha no existe una normativa específica que regule los riesgos psicosociales en el trabajo para el ámbito privado de las relaciones laborales y, a su vez, las normas hoy existentes en materia de Salud y Seguridad Ocupacional no se ocupan de los mismos, generando una desprotección total hacia la salud de los trabajadores y también hacia las organizaciones empresariales.

Es dable destacar, que en las últimas décadas la Jurisprudencia Argentina se ha expedido reiteradamente sobre las consecuencias negativas generadas por estos riesgos sobre la salud de los trabajadores, identificando y haciendo manifiesta la necesidad que nuestro país posee de aggiornar su normativa a fin de regular específicamente estas patologías laborales, y así proteger el trabajo en su complejidad de actores sociales.

En Argentina, si bien se han desarrollado varios proyectos legislativos que proponían la sanción de un marco normativo adecuado para prevenir, controlar y sancionar cualquier tipo de violencia laboral derivada de estos riesgos psicosociales, hasta el momento no han sido sancionadas, generando una laguna normativa que impide un cabal abordaje medico-legal de esta compleja temática.

Sin embargo, si se han sancionado diversas leyes de carácter provincial y municipal, aunque su ámbito de aplicación se ha circunscripto al sector publico. Entre ellas podemos destacar: la Ley N° 1.225 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley N° 13.168 de la Provincia de Buenos Aires, la Ley N° 7.232 de la Provincia de Tucumán, la Ley N° 5.349 de la Provincia de Jujuy, la Ley N° 4.148 de la Provincia de Misiones y la Ley N° 12.434 de la Provincia de Santa

Fe. La Ley N° 9671 de la Provincia de Entre Ríos resulta la de mas reciente sanción y como característica destacamos que dicho cuerpo normativo si contempla a los trabajadores del ámbito privado.

Como hemos visto, en el Derecho Laboral Argentino no existe regulación normativa específica para estos riesgos en el ámbito privado de las relaciones laborales, lo cual impide el diseño de parte de las organizaciones de sistemas de prevención idóneos que garanticen la protección de la salud de los trabajadores y a su vez evite las consecuencias económicas que los empleadores padecen ante la ocurrencia de patologías laborales derivadas de los mismos.

La Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557 primitiva, en su texto originario, y anterior a la reforma introducida por el Decreto 1278/00, dispuso un sistema cerrado o autosuficiente de reparación de enfermedades profesionales. De esta forma solo resultaban amparadas, y consecuentemente indemnizables, las incluidas en listado cerrado. La LRT, en forma expresa, dispuso que las enfermedades no incluidas en el mismo, así como sus consecuencias, en ningún caso serán consideradas resarcibles (art. 6, ap. 2, art. 40 ap. 3). Lamentablemente las diversas dolencias originadas en los riesgos psicosociales no están expresamente contempladas en tal listado. Así las cosas, el Baremo Nacional establecido por el Decreto N° 659/96 solo prevé que “las lesiones psiquiátricas que serán evaluadas, son las que deriven de las enfermedades profesionales que figuren en el listado diagnosticadas como permanentes o secuelas de accidentes de trabajo”, aclarando a su vez que “las enfermedades psicopatológicas no serán motivo de resarcimiento económico, ya que casi la totalidad de estas enfermedades tienen una base estructural”. Por último, la norma de referencia señala que “los trastornos psiquiátricos secundarios a accidentes por traumatismos craneo-cefálicos y/o epilepsia postraumática (demencias postraumáticas, delirios crónicos orgánicos, etc.) serán evaluadas únicamente según el rubro desorden mental orgánico postraumático”.

De esta forma se observa un reconocimiento legal como infortunio laboral solamente a las reacciones o desordenes por estrés postraumático, las reacciones vivenciales anormales neuróticas, los estados paranoides y la depresión psicótica, que tenga nexo de causalidad suficiente, relacionado

específicamente con un accidente laboral, debiéndose descartar primeramente todas las causas ajenas a esta procedencia, como puede ser la personalidad predisponente, los factores socio-económicos, familiares, etc.

El Baremo en cuestión, determina expresamente que las “incapacidades psiquiátricas parciales, si existiera más de un diagnóstico, no serán sumatorias, sino que se reconocerá únicamente la de mayor incapacidad”, lo cual implica que la propia norma regulatoria no admite la sumatoria ni la aplicación de criterios combinados de valoración en casos de patologías mentales, siendo dicho criterio absolutamente contrario a la realidad médica de este tipo de patologías las cuales guardan en su origen relación con una multiplicidad de causas.

En el año 2000 la disposición contenida en el art. 6 ap.2 de la Ley 24.557 fue modificada por el Decreto 1278, en el sentido de que “las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán consideradas resarcibles, con la única excepción de lo dispuesto en los incisos siguientes. De esta forma la norma incorpora los aps. 2, b, i y ii, 2, c, y 2,d; según los cuales “serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”.

Con esta reforma, se salvo la inconstitucionalidad de la norma de fondo en su texto original, en cuanto impedía al trabajador que pudiese acreditar la relación causal adecuada entre las tareas realizadas y la enfermedad padecida, y de esta forma reclamar la indemnización por los daños sufridos. Al respecto, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Silva”<sup>10</sup> señaló que “La ley de riesgos del trabajo de 1996 es incompatible con el orden constitucional y normas de carácter suprallegal, negando todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el solo hecho de que aquella no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma” (del voto de los doctores Fayt y Petracchi).

---

<sup>10</sup> CSJN Silva, Facundo Jesus c/ Unilever de Argentina S.A.

La mayoría de la doctrina considera que a partir de la sanción del decreto de referencia corresponde incluir como enfermedad profesional no listadas a las dolencias ocasionadas por los riesgos psicosociales derivados del trabajo, quedando a disposición del trabajador la opción de obtener la reparación sistémica de la Ley de Riesgos del Trabajo y/o la reparación integral derivadas del derecho civil, conforme la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Aquino”<sup>11</sup>, al declarar la inconstitucionalidad del Art. 39 Inc. 1 de la LRT

#### **4. La organización en el trabajo. Consecuencias**

Respecto de la clasificación de estos factores de riesgos, debemos tener presente que los factores psicosociales que se encuentran en el medio ambiente laboral son numerosos y de diferente naturaleza, formando parte de factores físicos, de tipo organizacional, y de las relaciones humanas dentro de la empresa. Estos factores constituyen interacciones entre, por una parte, el trabajo y el medio ambiente, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud, el rendimiento y la satisfacción en el trabajo.

Los estresores que potencialmente pueden afectar la salud psicofísica de los trabajadores se clasifican según estén relacionados con: 1) Las características del Empleo; 2) Las características de las Tareas; 3) La estructura de la Organización y, 4) La comunicación.

En cuanto a las Características del Empleo que pueden afectar la salud de los trabajadores podemos destacar la precariedad de la relación laboral (Trabajo no registrado o deficientemente registrado); condiciones físicas del puesto de trabajo no aptas para un normal desenvolvimiento (exceso de frío o calor, vibraciones y ruidos, iluminación, contaminación, etc.); deficiente organización de la jornada laboral (excesiva extensión, turnos rotativos, jornada nocturna, etc.), entre otras.

---

<sup>11</sup> CSJN “Aquino, Isacio c/ Cargos Servicios Industriales S.A. s/ Accidente ley 9688.

Respecto de las características de las tareas que podrían afectar la salud del trabajador se suelen indicar como causantes directos a la sobrecarga o infracarga de trabajo, trabajo monótono y repetitivo, excesiva responsabilidad, restricción a la libertad de acción, etc.

En cuanto a la estructura de la organización, el hecho de observarse ambigüedad en el rol de los trabajadores o bien conflictos de roles, como así también la falta de mecanismos que incentiven y permitan la participación de los trabajadores y la falta de promoción del trabajo, influyen negativamente sobre la salud de sus empleados.

Sin lugar a dudas, un sistema de comunicación basado en un estilo de mando conflictivo, en una deficiente relación interpersonal de los trabajadores por cuestiones de aislamiento y falta de contacto, y una comunicación organización interna deficiente, afectan negativamente la salud de los trabajadores.

Resulta particularmente dificultoso elaborar una lista completa de los riesgos psicosociales, no solo por la magnitud de los mismos sino también por caracterizarse por el continuo cambio que genera la mutabilidad continua del sistema de relaciones laborales. Más allá de esta particularidad, existe un consenso entre la mayoría de las investigaciones en destacar al estrés, la violencia y el acoso como algunos de los más importantes. A continuación trataremos brevemente de referenciar los más destacados y a los cuales se les reconocen importantes consecuencias en la salud y calidad de vida de los trabajadores.

En esta clasificación, el **ESTRES** resulta ser probablemente el riesgo psicosocial más general de todos los de su especie, ya que actúa como respuesta del individuo ante los factores psicosociales de riesgo. Este constituye un patrón de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y de comportamiento a cierto aspectos adversos o nocivos del contenido del trabajo, organización y medio ambiente laboral. Suelen diferenciarse dos tipos de estrés laboral; por un lado cuando las demandas laborales superan los recursos del trabajador y por otro lado cuando el trabajador se ve expuesto a eventos críticos.

El estrés es la categoría general de respuesta del organismo a las amenazas que recibe y a las percepciones de riesgo que sufre, sobre el cual existen diversas formas de adopción que impactan de forma diferente sobre el ámbito laboral. Las formas principalmente son dos, por un lado el estrés crónico y por el otro el estrés temporal. Ambos poseen marcadas consecuencias sobre la salud de los trabajadores, las cuales surgen con motivo del agotamiento que sufre el organismo al intentar dar respuesta para solucionar los problemas o amenazas.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el estrés constituye un riesgo psicosocial de tipo general, producto y resultado de los factores psicosociales de estrés presentes en la organización, que de forma acumulativa actúan sobre el trabajador provocando alteraciones en su salud, tanto a nivel individual como a nivel organizacional.

Actualmente uno de los riesgos psicosociales de mayor relevancia social lo constituye el **Acoso Laboral o Mobbing**, el cual constituye un comportamiento negativo entre compañeros y entre superiores jerárquicos y subordinados, por el que la víctima es humillada y atacada reiteradamente con el propósito de generarle un daño a su salud. Algunos autores consideran que este tipo factor de riesgo supone una serie de actos negativos en el ámbito laboral, intimidación, humillación, descalificación y otras acciones ofensivas en su repertorio.

El español Iñaki Piñuel<sup>12</sup> explica que el Mobbing opera como un lento deterioro de la confianza de la víctima en sí misma y en sus capacidades profesionales, iniciándose un continuo proceso de desvalorización personal consistente en la destrucción de su autoestima. Estas situaciones conllevan necesariamente problemas para la organización donde se producen estas situaciones de violencia, las cuales tienden a justificar el acoso psicológico haciéndolo pasar por estrés, problemas de relaciones particulares entre personas, ausencia de liderazgo, sobrecarga de trabajo, etc. La consecuencia

---

<sup>12</sup> Piñuel Iñaky. La dimisión interior: Del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo (Empresa Y Gestión) Ediciones Pirámide; edición (Febrero 11, 2008).

final de este tipo de situaciones suele ser la salida de la víctima de la organización de manera “voluntaria” o forzosa.

El Mobbing analizado en su origen, su desarrollo o resultado, posee implicancias médicas, psicológicas y sociales para la víctima y también consecuencias negativas para la organización tanto éticas como económicas y de organización de personal.

Entre los cuadros clínicos que se pueden observar como consecuencia de este factor de riesgo prevalecen las enfermedades mentales y las psicosomáticas

El **Burnout o Desgaste Profesional** consiste en el resultado de un proceso de estrés crónico laboral y organizacional que termina en un estado de agotamiento emocional y de fatiga desmotivante para las tareas laborales. Este se diferencia del estrés como riesgo psicosocial en sus mayores efectos sobre el agotamiento emocional, más que en el físico, y en su consiguiente pérdida de motivación laboral.

La autora Christina Maslach<sup>13</sup> comenta que el agotamiento representa el componente de estrés individual básico del Burnout y refiere a sentimientos de estar sobre exigido y vacío de herramientas emocionales y físicas, haciendo sentir a los trabajadores como débiles y agotados, sin capacidad de reponerse. Las fuentes principales de este agotamiento lo constituyen la sobre carga laboral y el conflicto interpersonal en el trabajo.

Estos riesgos también producen consecuencias negativas sobre las organizaciones empresarias, disminuyendo la capacidad de producción de las mismas, afectado la imagen social de estas, y empeorando la calidad de los productos y servicios que las mismas generan, todo con motivo de la precariedad del ambiente laboral en el cual se desarrollan sus actividades.

Sin lugar a dudas la calidad del servicio prestado por la organización se verá afectada como consecuencia del accionar del trabajador afectado, cuyo rendimiento se ve disminuido como consecuencia de la patología psicosocial que sufre. También es posible que la calidad del trabajo prestado por los compañeros de la persona afectada también empeore, atento al malestar o incomodidad que dicha situación genera en estos, tanto por miedo a ser ulteriormente víctima de

---

<sup>13</sup> Maslach C. 2009. Comprendiendo el Burnout. Cienc Trab. Abr-Jun; 11 (32): 37-43.

una situación semejante o bien por el hecho de considerarse cómplice de la situación ante su incapacidad para ayudar a su compañero.

Existen supuestos, como resulta ser el caso del hostigamiento, en los cuales los efectos directos pueden alcanzar a todos los trabajadores de un sector y/o empresa, atento a que la sensación de miedo puede generalizarse, generando una absoluta desmotivación y desánimo en los trabajadores, lo cual produce un total descenso en el rendimiento laboral de las víctimas y del victimario.

Otra consecuencia que pueden acarrear estos riesgos es el aumento de la siniestralidad laboral, atenta la situación de abandono por la cual atraviesan los trabajadores que sufren las consecuencias de estos factores. Es evidente que la fatiga y la carga mental, así como el estrés o el síndrome del quemado que sufre un empleado pueden provocar condiciones físicas y psicosomáticas peligrosas y falta de concentración, entre otros factores, que incrementan los riesgos existentes aumentando las posibilidades de que se produzcan siniestros laborales.

Este aumento de la siniestralidad laboral, no solo genera mayor costos de producción (aumento de las licencias, aumento de costos de pólizas de seguro de riesgos del trabajo, gastos de reclutamiento de personal eventual que ocupe las posiciones licenciadas, salarios de los nuevos ingresantes, etc.), sino que también conlleva una disminución en la calidad del producto o servicio elaborado por la organización empresarial.

También podríamos hablar de consecuencias sociales generadas por estos riesgos emergentes, las cuales tienen su sustento en la falta de regulación específica de estos riesgos dentro del sistema de riesgos de trabajo Argentino, por lo que finalmente el tratamiento de las consecuencias de estos recae sistemas privados de obras sociales o bien en la salud pública. Esta falta de regulación normativa específica, genera que patologías de origen laboral sean derivadas a sistemas de cobertura de salud no idóneos para su tratamiento, ante lo cual las intervenciones realizadas constituyen meras paliativos pero que no atienden el foco generador de las mismas que es ni más ni menos que el trabajo.

Las nuevas formas de organización empresarial tendientes a la optimización de los resultados, supone someter a los trabajadores a complejas relaciones laborales. Estas relaciones se desenvuelven en un mercado de trabajo cada vez más polarizado y segmentado, donde los valores de colaboración y solidaridad están en crisis, primando por otro lado posiciones de ultra-competitividad profesional, las cuales si bien constituyen posiciones lícitas pueden generar en determinadas circunstancias comportamientos patológicos. Los sistemas autoritarios de gestión de personal, que presionan sistemáticamente a los subordinados en procura de obtener una mayor rentabilidad, favorecen la aparición de este tipo de fenómenos.

Las organizaciones empresariales caracterizadas por la ausencia de ética y respecto en las relaciones personales, por la inexistencia de reglas claras de funcionamiento (lo cual conlleva confusión de roles y falta de información sobre la distribución de tareas), constituyen un ambiente propicio para la aparición y desarrollo de situaciones de malestar psicológico.

Sin lugar a dudas la estructura y el estilo de dirección afectan de manera decisiva el bienestar mental y social de los empleados, de este modo si la organización es deficiente y la supervisión inadecuada, estas conformaran en sí mismas factores claros de riesgo.

De este modo, una organización empresarial demasiado jerarquizada y rígida con un modo de gestión autoritario (obediencia absoluta), donde existe falta de consenso y dialogo en la adopción de decisiones y cuyos valores principales son el poder y el control, lejos están de conducir su destino a la racionalidad y la productividad, sino que por el contrario, llevan directamente a que la “despersonalización” afecte la salud del trabajador, pues el objetivo final es controlar al trabajador y no incrementar la producción. De esta forma, la organización de estructuras inflexibles y complejas, con numerosos niveles jerárquicos fuertemente burocratizados y con un sistema de dirección autoritario, generan condiciones de ambiente laboral propicias para la aparición de patologías psicosociales entre los trabajadores.

El ejercicio abusivo de las facultades de dirección constituye frecuentemente una serie de prácticas organizacionales dictatoriales en las cuales

el incremento de la productividad constituye un fin en si mismo con independencia de los medios para alcanzarla. Estas prácticas consistentes en el sometimiento de los empleados a una presión continua (sobrecarga de trabajo, intimidación, fomento de una brutal competitividad, supervisión mediante vigilancia continua, etc.), como medio para incrementar el rendimiento y dedicación de los trabajadores, constituyen practicas desconocedoras del valor de capital humano, transformando el ambiente de trabajo en un espacio hostil y deshumanizado capaz de generar enfermedades sociolaborales asociadas al estrés.

En la vereda contraria, encontramos aquellas organizaciones empresariales cuyo organigrama resulta ser muy pobre, faltando claridad y precisión en las normas o instrucciones (lo que impiden cumplir con los objetivos), careciendo de un liderazgo claro, con continuos conflictos de rol (donde se asume como normal la imprevisibilidad en las tareas), con ausencia de una coordinación entre las diferentes áreas de la organización e insensibilidad ante los supuestos de acumulación de trabajo. En este modelo de dirección pasiva suele existe una pobre comunicación entre los diversos niveles de la organización, generando que los que los trabajadores individualmente deban encarar la resolución de los problemas con escaso apoyo de sus superiores, todo lo cual genera un ambiente propicio para que se produzcan conflictos entre pares que nadie resuelve.

Las organizaciones que siguen este tipo de estrategias de aparente flexibilidad generan un fuerte aumento de la discrecionalidad cuya consecuencia inmediata es el incremento de la inseguridad y la disminución del control sobre las condiciones laborales, condiciones que repercuten sobre la vida personal y la estabilidad emocional de los trabajadores.

## **5. Deterioro de las relaciones interpersonales**

Al igual que una dinámica de relaciones personales satisfactoria facilita el trabajo, cuando aquéllas son malas o no existen surge un factor muy importante

de riesgo psicosocial <sup>14</sup>. Dejando al margen las actividades aisladas por su misma naturaleza, precisamente por carencia del elemento analizado que las dota de un interés específico o colaboración en las tareas complementarias) y ausencia de apoyo social para consolidar su integración, proporcionando relaciones de calidad si la cohesión entre los componentes del mismo es completa

En numerosos casos, y con carácter general, derivará de elementos de organización anejos a su estricta jerarquización (y baja participación), alejamiento o falta de formación de los mandos altos o intermedios<sup>15</sup>, que no facilitan la comunicación, no fomentan la cohesión de los elementos del grupo o no diseñan procedimientos de mediación o arbitraje capaces de solventar los conflictos internos, muchas veces dados por la indefinición de roles de los empleados (cometidos de cada persona y su papel en la organización, regulando las interacciones con otros individuos y la coordinación de actividades, buscando la coherencia en las directrices dadas y canales de información adecuados), y en muchos otros por falta de concreción sobre la necesidad del proceso de socialización y entrenamiento en los contactos entre compañeros, precisamente de la búsqueda de la competitividad (en lugar del trabajo en equipo cuando personas dispuestas a ayudar a nivel emocional, instrumental, informático o de evolución) <sup>16</sup>. La rivalidad entre compañeros por conseguir condiciones o prerrogativas más ventajosas, la falta de apoyo emocional en situaciones difíciles e incluso la falta de relaciones entre iguales, en especial en los niveles más altos de la organización (“soledad del directivo”), son fuentes de estrés entre los miembros de la misma<sup>17</sup> Los conflictos interpersonales entre compañeros de

---

<sup>14</sup> NTP 438: Prevención del estrés: intervención sobre la organización, 1997 (Martín Daza, F. y Nogarda Cuixart, C.); NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing, 1998 (Martín Daza, F.; Pérez Bilbao, J. y López García-Silla, J.A.); NTP 534: Carga mental: factores, 2001 (De Arquer, M.I.); NTP 604: Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social, 2003 (Vega Martín, S.); NTP 703: El método COPSOQ (ISTA 21, PSQCAT 21, de evaluación de riesgos psicosociales, 2006 (Moncada i Lluís, S. Y Serrano Lorens, C.); NTP 704: Síndrome de estar quemado por el trabajo o ‘burnout’ (I): definición y proceso de generación, 2006 (Fidalgo Vega, M.) y NTP 732: Síndrome de estar quemado o ‘burnout’ (III): Instrumentos de medición, 2007 (Bresó Esteve, S.; Salanova, M.; Schaufeli, W. y Nogareda).

<sup>15</sup> NTP 349: Prevención del estrés: intervención sobre el individuo, 1994 (Martín Daza, F.).

<sup>16</sup> NTP 439: El apoyo social, 1997 (Pérez Bilbao, J. y Martín Daza, F.)

<sup>17</sup> Lazarus, R.S.: Psychological stress and the coping process, Nueva York (McGraw-Hill), 1966, págs. 23 y ss.

trabajo pertenecientes al mismo equipo pueden dar lugar a episodios o procesos de violencia psicológica causantes de maltrato, acoso sexual y acoso moral, no en vano el individuo se ve sometido a una agresión externa para la que no encuentra respuesta adecuada. Estos roces obedecen, no obstante, a múltiples causas: a) Puede que la creación de equipos de trabajo genere un clima de competencia, hostilidad y desconfianza entre los miembros de los diferentes equipos, y tal dato originar conflictos interpersonales de carácter grupal entre ellos (“polarización hostil”)<sup>18</sup> b) También puede surgir una cultura y estilo de organización dentro del equipo de carácter endogámico, de modo que la llegada de una persona externa al mismo genere actitudes de rechazo y procesos de acoso psicológico frente al recién incorporado. c) En determinados ambientes puede existir una patente desigualdad de raíz entre mujeres y hombres, con mayor cupos de trabajadores de distintas etnias, razas o religiones entre las cuales no existe un fácil entendimiento o se da un contraste de costumbres o modos de vida. El tratamiento desconsiderado o abrasivo y los favoritismos de los superiores se relacionan significativamente con el sentimiento de tensión y presión en el trabajo. Por su parte, asumir la responsabilidad de la actividad desarrollada por otras personas, en especial si se pretende combinar un estilo de dirección centrado en los resultados con otro dotado de niveles adecuados de consideración hacia la personalidad de los empleados, es uno de los factores más estresantes para los directivos: el desajuste entre el poder formal y el poder real, los temores de erosión de su autoridad, la pugna entre la exigencia de una mayor productividad y una dirección respetuosa con la dignidad de quienes están a su cargo e incluso el propio rechazo de los individuos a participar en este modelo, indican de forma la consecuencia mencionada<sup>19</sup>

## **6. Las consecuencias sociolaborales de la materialización de los riesgos psicosociales en el trabajo**

---

<sup>18</sup> Martín Valverde, A.: “La protección jurídica contra el acoso en el trabajo: panorama general”, TL, núm. 92, 2007, pág. 17.

<sup>19</sup> Donaldson, Y. y Gowler, D.: “Prerogatives, participation and managerial stress”, en Gowler, D. y Legge, K.: Managerial Stress 1975 pág 33 y ss

El trabajador, como ya ha sido destacado en este estudio, ante la materialización de los riesgos psicosociales va a padecer una serie de efectos negativos que afectarán a un gran número de aspectos de su vida cotidiana, en tanto incidirán no sólo en su salud física y psíquica, sino también en sus relaciones sociales y familiares, con el evidente deterioro que igualmente se producirá en lo profesional. La carga mental y la fatiga, el estrés laboral, el síndrome emocional o del quemado, el conflicto y la ambigüedad de rol, el acoso moral o sexual y la violencia en el trabajo poseen una serie de efectos, tal y como ya se ha destacado y analizado en este estudio, que inciden sobre la salud de los trabajadores y que provocan esencialmente los mismos o parecidos síntomas, manifestados en trastornos ansiosos y/o depresivos que, en los supuestos más graves pueden desembocar en el suicidio de la persona. Las consecuencias laborales (en forma de traslado, cambio de funciones, despido, abandono, incapacidades ...) o en la salud no constituyen, sin embargo, las únicas que la materialización de los riesgos psicosociales van a manifestar, habida cuenta que las relaciones sociales, familiares y de pareja, además de la empresa. Pudiendo, por tanto, afirmarse, “en una primera acotación, que existe un punto de unión entre los distintos riesgos que justificaría un mismo tratamiento jurídico; en todos los casos, el bien jurídico dañado es la salud y más en concreto la salud psico-física de los trabajadores”.

Al margen de las posibles sanciones administrativas con las que la empresa puede ser castigada, no cabe obviar el más que posible pago de indemnizaciones que pudieran llegar a generarse, pues los perjuicios podrán ser reparados de distintas maneras dependiendo de la naturaleza del daño de cuya satisfacción se trata y atendiendo a la concurrencia de otros intereses o valores a los cuales el ordenamiento jurídico también dispensa su protección. En este sentido, la tutela que ofrece la responsabilidad civil como tutela reparadora fundamentada en el daño previamente infringido “es de naturaleza esencialmente reactiva, no preventiva”. b) Igualmente, no resulta posible dejar al margen el hecho de que las acciones u omisiones del empleador capaces de causar un accidente y/o un daño pueden traer aparejada en algunos casos la correspondiente responsabilidad penal. c) Los procesos judiciales supondrán

igualmente un serio perjuicio, y no sólo a nivel económico, sino también, en buena medida, social. La jurisdicción social ha venido, por otra parte, considerando que podría darse lugar a una acción extintiva de la relación

Por esta alternativa opta algún pronunciamiento concreto cuando sostiene, con total claridad, que “la falta de una regulación específica en nuestra legislación [léase, del riesgo psicosocial] no quiere significar una ausencia de protección legal en la cual el trabajador no pueda verse amparado...

## 7. Conclusiones

“Cuando una persona trabaja, es todo el ser humano el que trabaja y no solamente el cuerpo”, partimos del concepto de condiciones y medioambiente de trabajo para abarcar no solo los riesgos –físicos, químicos, biológicos, tecnológicos–, sino también la forma en que están organizadas las tareas, el uso –o no– de la ergonomía, la posibilidad de participar en la prevención de los riesgos, y las prestaciones que se le ofrecen al trabajador –el sistema de remuneraciones, los servicios sociales y de salud–. Cuando hay problemas en alguna de estas variables, se generan tensiones, malestar, y eso no solo repercute en el cuerpo, sino también en las dimensiones psíquicas y mentales.

El punto de partida necesario es la concepción del trabajador como ser humano.

Es decir, que no es solamente un cuerpo, sino que tiene dimensiones físicas, psíquicas y también mentales. Y cuando una persona trabaja, es todo el ser humano el que trabaja y no solamente el cuerpo.

Esa sigla –CyMAT– viene del apoyo que nos dio la OIT en los años ochenta. El concepto, entonces, está inspirado en la OIT, y comprende, por una parte, los riesgos del medioambiente del trabajo. Es decir, hay riesgos físicos, como el ruido, diferencias de temperatura, radiaciones, etcétera; riesgos químicos provocados por productos que son manipulados, y que muchas veces son contaminantes y perturban la salud; riesgos biológicos en los sectores agropecuarios y en el sector salud. Y hay también factores tecnológicos, todos los que tienen que ver con el funcionamiento de las máquinas, la electricidad, los

riesgos de incendio y los dispositivos de seguridad. Todos ellos impactan primeramente sobre los riesgos psicosociales en el trabajo: enfoques y problemáticas cuerpo y dan lugar a dolores, lesiones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y también la muerte.

Las condiciones de trabajo tienen que ver con cómo está organizado el proceso de trabajo, cuál es la duración, si es trabajo nocturno, si es por turnos.

También incluyen el uso o no de la ergonomía –tratar de adaptar el trabajo al trabajador y no forzar al trabajador para que se adapte al trabajo, es decir proteger la salud y proporcionar confort en el trabajo–.

Y por otra parte están las posibilidades de participar en la prevención de los riesgos ocupacionales. Cuando alguna de estas variables no es tomada en cuenta, se generan tensiones, malestar, y eso ya no solo repercute en el cuerpo, como en el caso de los riesgos del medioambiente, sino también en las dimensiones psíquicas y mentales. Y con respecto al problema del riesgo, que es un tema central para la Superintendencia. El trabajo es importante porque es una necesidad del ser humano<sup>20</sup>. El trabajo siempre va a existir, pero no hay que pensar que siempre el trabajo va a provocar riesgos, porque esa sería una concepción primitiva, brutal, digamos, y básicamente no sería científica. De modo que cuando hablamos de CYMAT estamos hablando de riesgos del medioambiente y de condiciones de trabajo, donde lo central es el contenido y la organización del proceso de trabajo.

Hay muchas teorías. El primero que avanzó sobre eso fue un científico que se llamaba Hans Selye<sup>21</sup>, que fue el que inventó el concepto de estrés, allá a comienzos de los años treinta. Él decía que eran las tensiones, agresiones o amenazas que impactan sobre la capacidad de resistencia y de adaptación de las personas. Si la persona puede resistir esas amenazas de alguna manera puede vencer. Pero si está en inferioridad de condiciones, huye. Entonces el estrés es esta situación, que durante mucho tiempo se pensó que era la causa de varias enfermedades. Bueno, ahora, a partir de nuestra teoría, sabemos que

---

<sup>20</sup> Neffa, Julio Cesar. *Los riesgos psicosociales en el trabajo. Contribución a su estudio*, Universidad Nacional de Moreno, 2016.

<sup>21</sup> Selye, H. *The stress of life*. New York: McGraw-Hill. (1956).

no es la causa sino una de las consecuencias de cómo está organizado el proceso de trabajo. Otros autores importantes, en la segunda mitad del siglo pasado, entre ellos Robert Karasek<sup>22</sup>, decían que el estrés era el resultado de un desequilibrio entre lo que exige –a nivel psicológico– la empresa u organización a los trabajadores, y el grado de autonomía y de control que el trabajador tiene para responder a esas exigencias y hacer el trabajo. Para Karasek hay dos factores que podían moderar ese desequilibrio: si el trabajador cuenta con el apoyo técnico de la jerarquía de la empresa y si cuenta con el apoyo social de los compañeros. Es decir, en un trabajo que puede ser muy estresante, el desequilibrio no desaparece, pero puede ser compensado con el apoyo de los superiores o con el apoyo de los compañeros. Otro de los autores importantes es Johannes Siegrist<sup>23</sup>, un alemán que vive todavía. Él dice que el estrés es el resultado del desequilibrio entre la intensidad del trabajo y la recompensa que el trabajador recibe a cambio de este. Estamos hablando de la recompensa monetaria, pero posteriormente agregó que el trabajador no solamente pide una recompensa monetaria por su trabajo sino también un reconocimiento, moral y simbólico, que puede ser dado por la jerarquía, por los compañeros de trabajo y también por los clientes y usuarios que están contentos con el servicio que presta ese trabajador. Un tercer enfoque es lo que llaman CoPsoQ-istas, un desarrollo de colegas de Copenhague, que utilizando los conocimientos sobre todo de Karasek idearon un marco teórico para sistematizar, pero ahora poniendo el acento en la organización del proceso de trabajo. Este concepto de riesgos psicosociales en el trabajo tiene una dimensión holística, de conjunto, pues reconoce que hay riesgos para la salud física, psíquica, mental y social que están generados y que hay factores relacionales que intervienen en el funcionamiento psíquico y mental de los trabajadores. De modo que para hablar de los riesgos psicosociales en el trabajo el punto central es el proceso de trabajo, es decir, cómo la fuerza de trabajo, utilizando herramientas, máquinas, la computadora y la máquina para filmar, capta la realidad, la modifica y la transforma, procesa información y genera conocimiento

---

<sup>22</sup> Karasek Robert Healthy Work Stress. Columbia Univ 1990

<sup>23</sup> Siegrist Johannes , Universidad de Dusseldorf, Departamento de Sociología Médica, Alemania 2208

para producir un bien o prestar un servicio que tenga una utilidad social. En base a un trabajo colectivo de reflexión, podemos construir un esquema de análisis estructurado en seis dimensiones o ejes. Los seis ejes son los siguientes: Primero, cuáles son las demandas psicológicas, cuáles son las exigencias, cuál es la intensidad del trabajo y cuáles son los riesgos del medioambiente de trabajo ya mencionados, que están presentes en el puesto de trabajo. Otro eje se refiere al grado de autonomía y de control del trabajador para ejecutar la tarea, dado que tiene calificaciones y competencias para hacerlo, pero a veces se encuentra limitado por la división del trabajo que se ha instaurado y tiene que hacer una tarea que otro concibió y que debe ejecutar sin poder dar lugar a su creatividad y a su estilo. Un tercer eje es el que analiza el control de las emociones que tiene que desplegar el trabajador para poder alcanzar los objetivos para los cuales se lo contrata. Normalmente cuando trabajamos tenemos emociones, pero no todos las reconocemos y expresamos. Se ha constatado que nos autocensuramos, que somos reacios a manifestar nuestras propias emociones, y que también controlamos las emociones de nuestros colegas y dependientes. Se piensa que no es bueno decir que se tiene miedo cuando se va a trabajar, que se tiene vergüenza, o que para preservar el puesto de trabajo y progresar se tiene que fingir. Otro eje importante es el relacionado con la autonomía y el margen de control. Eso tiene que ver directamente con el proceso de trabajo. Cuando hay una división social entre concepción y ejecución del trabajo –unos conciben y otros ejecutan–, o cuando hay una división técnica, es decir que se divide un trabajo en múltiples tareas, eso quita autonomía al trabajador, le quita libertad y reduce su margen de control. Y la falta de autonomía impide crecer profesionalmente, vulnera la autoestima, provoca aburrimiento, fatiga o falta de interés por el trabajo. Otro eje muy importante, y muy vasto, tiene que ver con las relaciones sociales y de trabajo. Nunca el trabajo es individual, somos seres sociales, siempre trabajamos con otros o para otros. Y hay relaciones con la autoridad, una relación vertical, y son muchos los estilos de gestión que adopta la jerarquía en sus relaciones con los subordinados. Puede ser democrático, autoritario, despótico, participativo o simplemente de dejar hacer. Y son mucho más frecuentes las relaciones con los compañeros, que pueden ser amigables o

conflictivas y competitivas. Dentro del colectivo del trabajo es donde se experimentan algunos problemas que, según sea la organización del trabajo, pueden ser más o menos graves. Si la organización del trabajo es deficiente y el trabajo es muy intenso porque se establece una remuneración según el rendimiento o porque se genera una competencia interna entre trabajadores o entre secciones de la empresa, eso predispone a que haya adictos al trabajo y finalmente provoca fracturas o rupturas en la vida familiar. Otro eje importante es el que tiene que ver con los conflictos éticos y de valores. Cada uno de nosotros tiene una escala de valores. Pueden ser valores basados en principios trascendentes, religiosos, o pueden basarse en una ética ciudadana, laica, pero cada uno de nosotros hace un juicio de lo que es bueno y lo que es malo para cada uno. Ahora bien, hay personas que tienen que hacer cosas en su trabajo con las cuales no están de acuerdo o con las cuales están claramente en desacuerdo, y eso provoca un gran sufrimiento, porque disminuye la autoestima y genera problemas de conciencia. El último de estos ejes es el que tiene que ver con la seguridad y la estabilidad en el empleo. Para nosotros, a partir de nuestra concepción del trabajo humano, este es una necesidad y hay gente que está desprovista de trabajo de manera involuntaria, y eso genera un sufrimiento muy grande. Así como hay trabajos que enferman, también hay trabajos que pueden dar satisfacción, y aquellos a quienes les falta el trabajo también sufren. Esto tiene mucho que ver con la relación laboral; es decir, si es un trabajo por tiempo indeterminado y está protegido por la legislación social, o si es un contrato del tipo monotributista o autónomo sin estabilidad, lo cual genera una sensación de incertidumbre. Estas variables son las que explican los riesgos psicosociales en el trabajo. Por una parte, hay riesgos del medioambiente de trabajo que provocan dolores, heridas, accidentes, enfermedades y la muerte, pero los riesgos psicosociales provocan algo diferente que es el sufrimiento, y el sufrimiento es de otra naturaleza. Es decir, algo que no se toca, que no se ve, que no se puede medir pero que es real y está presente. Y la forma en que cambió el modo de desarrollo, sobre todo a partir de la crisis, transformó el trabajo, pues desde entonces la mayor parte de las actividades tienen ahora más exigencias de tipo psíquico y mental y no tanto de tipo físico. Cuando hay algún

desajuste entre estas se provoca un sufrimiento. Y ese sufrimiento puede predisponer para contraer una enfermedad que se manifiesta en el cuerpo. Es un tema interesante, pues nos permite ver esa interrelación entre las dimensiones físicas, psíquicas y mentales del ser humano y cómo si una de estas dimensiones sufre eso repercute sobre las otras dos. De modo que si se consideran todas esas dimensiones tenemos una concepción del ser humano mucho más completa e integral.

Todo esto es importante, pero la variable central a la que hay que poner atención, si se quieren identificar los riesgos y hacer prevención, es poner el acento en cómo está organizado el trabajo. Es decir, cuál es el contenido del trabajo y cómo está organizado, eso es lo central. Esto es lo central porque es la variable que condiciona o determina tanto el estado de salud del trabajador como el funcionamiento eficaz de las empresas u organizaciones. El desafío entonces, en nuestra opinión, no es tratar de cambiar el comportamiento de los trabajadores sino cambiar el trabajo para hacerlo saludable.

## Bibliografía

- DONALDSON, Y. y GOWLER, D. (1975). "Prerogatives, participation and managerial stress", en GOWLER, D. y LEGGE, K., *Managerial Stress*.
- KARASEK, R. (1990). *Healthy Work Stress*, Columbia Univ.
- LAZARUS, R. S. (1966). *Psychological stress and the coping process*, Nueva York (McGraw-Hill).
- MARTÍN VALVERDE, A. (2007). "La protección jurídica contra el acoso en el trabajo: panorama general", TL, núm. 92.
- MASLACH, C. (2009). "Comprendiendo el Burnout", *Cienc Trab*, Abr-Jun, 11 (32).
- NEFFA, J. (2016). *Los riesgos psicosociales en el trabajo. Contribución a su estudio*, Universidad Nacional de Moreno.
- OIT (1984). *Los Factores Psicosociales en el Trabajo: Reconocimiento y Control*.
- OPS (2002). *La Salud Pública en las Américas*, septiembre.
- PIÑUEL, I. (2008). *La dimisión interior: Del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo (Empresa Y Gestión)*, Ediciones Pirámide.
- SELYE, H. (1956). *The stress of life*, New York: McGraw-Hill.

## Recursos electrónicos

- OIT (2016). Estrés en el trabajo un reto colectivo. Disponible en [www.ilo.org/safedy](http://www.ilo.org/safedy).

---

**LA TERCERIZACIÓN *OFFSHORE* EN LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN: APUNTES PARA EL DISEÑO DE LÍMITES A LA ELUSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO MEDIANTE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA TRANSNACIONAL**

**OFFSHORE OUTSOURCING IN GLOBAL PRODUCTION CHAINS: NOTES FOR THE DESIGN OF LIMITS TO THE AVOIDANCE OF LABOR LAW THROUGH TRANSNATIONAL PRODUCTIVE DECENTRALIZATION**

Héctor Omar GARCÍA

*Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1598-5194>

[hgarciaomar@gmail.com](mailto:hgarciaomar@gmail.com)

Fecha de envío: 28/03/2021

Fecha de aceptación: 20/07/2021

---

**LA TERCERIZACIÓN OFFSHORE EN LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN: APUNTES PARA EL DISEÑO DE LÍMITES A LA ELUSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO MEDIANTE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA TRANSNACIONAL**

Héctor Omar GARCÍA

*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

---

**Resumen:** La producción a escala global tiene un actor dominante: la cadena mundial de producción. Esta estructura, organizada y contralada por una nueva forma de empresa multinacional, desverticalizada y descentralizada extraterritorialmente, cuyo proceso productivo se organiza mediante vínculos contractuales de cooperación subordinada con otras empresas, proveedoras o subcontratistas, que se encuentran situadas en territorios de diversos países, de los que la empresa principal obtiene ventajas competitivas principalmente derivadas de la regulación laboral y social deficitaria o inexistente en ellos. La deslocalización permite a las empresas multinacionales no solo eludir costos, riesgos y responsabilidades de índole laboral, previsional y fiscal sino también ambiental, que son desplazados hacia los eslabones de la cadena en que se realizan las tareas que requieren uso intensivo de mano de obra y de menor calificación. La elusión normativa alcanza asimismo a los convenios de la OIT y su sistema de control, que demuestran su ineficacia para evitar o reducir los efectos nocivos que la organización internacional de la producción derrama sobre las condiciones y la retribución del trabajo. En el presente trabajo, luego de examinar el fenómeno, a la luz de los aportes de la doctrina científica latinoamericana y europea, se plantean algunas propuestas destinadas a regular el trabajo en las cadenas mundiales de producción de modo tal que posibilite alcanzar niveles mínimos aceptables de protección a las personas que trabajan en ellas.

**Palabras clave:** Tercerización offshore - Subcontratación transnacional - Descentralización productiva internacional - Empresas multinacionales - Cadenas globales de producción

**Sumario:** 1. Descentralización productiva y derecho del trabajo. 2. De la empresa multinacional a la cadena mundial de producción. 3. Las cadenas mundiales de producción. 4. La degradación de las condiciones de trabajo en la subcontratación *offshore*. 5. Cómo evitar los efectos nocivos de la tercerización internacional sobre las condiciones de trabajo. 5.1. Propuestas que requieren la intervención normativa de los estados o de organizaciones supranacionales. 5.1.1. Búsqueda de respuestas en los distintos niveles de tutela de los derechos de los trabajadores. 5.1.2. Responsabilidad solidaria entre las empresas que participan en el proceso productivo. 5.1.3. Organización de la *trazabilidad social* del producto. 5.1.4. Organización de la *trazabilidad social* del producto. 5.1.5. Conversión en cadenas mundiales de control o de mejora de las condiciones laborales. 5.2. Propuestas de carácter autónomo. 5.2.1. Negociación colectiva y acción de conflicto transnacionales. 5.3. Una hipótesis de reformulación de los procedimientos de control de la OIT. 6. Reflexiones finales.

**Abstract:** Production on a global scale has a dominant actor: the global supply chain. This structure, organized and controlled by a new form of multinational enterprise, deverticalized and decentralized extraterritorially, whose production process is organized through contractual links of subordinate cooperation with other companies, suppliers or subcontractors, which are located in territories of different countries, from the main company obtains competitive advantages mainly derived from the deficit or non-existent labor and social regulation in them. Offshoring allows multinational enterprises not only to avoid costs, risks and responsibilities of a labor, social security and tax nature, but also environmental ones, which are shifted to the links in the chain where lower skilled and labor intensive tasks are performed. Regulatory circumvention also extends to the ILO conventions and its control system, which demonstrate their ineffectiveness in avoiding or reducing the harmful effects that the international organization of

production spills on the conditions and remuneration of work. In this paper, after examining the phenomenon, in light of the contributions of Latin American and European scientific doctrine, some proposals are put forward aimed at regulating work in global supply chains in such a way as to make it possible to achieve minimum acceptable levels of protection to the people who work in them.

**Key words:** Offshore outsourcing - Transnational outsourcing - International productive decentralization - Multinational companies - Global supply chains

**Summary:** 1. Productive decentralization and labor law. 2. From the multinational company to the global supply chain. 3. Global supply chains. 4. The degradation of working conditions in offshore outsourcing. 5. How to avoid the harmful effects of international outsourcing on working conditions. 5.1. Proposals that require the normative intervention of the states or supranational organizations. 5.1.1. Search for answers at the different levels of protection of workers' rights. 5.1.2. Joint responsibility between the companies that participate in the production process. 5.1.3. Organization of the social traceability of the product. 5.1.4. Organization of the social traceability of the product. 5.1.5. Conversion into global chains of control or improvement of working conditions. 5.2. Autonomous proposals. 5.2.1. Collective bargaining and transnational conflict action. 5.3. A hypothesis of reformulation of the ILO's control procedures. 6. Final thoughts.

## 1. Descentralización productiva y derecho del trabajo<sup>1</sup>

El fenómeno que se menciona genéricamente como *tercerización* comprende diversas manifestaciones que hoy presentan la morfología de la empresa y la organización de los procesos productivos, en las que se ve afectada no solo la estructura empresarial sino también la de la relación de trabajo. Esto ocurre por la participación de más sujetos que aquellos que pueden vincularse como partes del contrato de trabajo, aunque alguno o varios de ellos nunca se relacionen de manera directa con la empresa *central o principal*, que es la piedra angular del sistema y la mayor beneficiaria de los resultados económicos.

La doctrina jurídica aplica distintas denominaciones para caracterizar la misma facticidad. José Tribuzio, por ejemplo, presenta la *tercerización* como “contratación externa de la actividad empresarial” e incluye en su significado a todos los supuestos de aprovisionamiento de bienes o servicios a través de acuerdos interempresariales tendientes a delegar en otras empresas porciones del ciclo productivo (central o periférico), con indiferencia de la mayor o menor intensidad en el control de la empresa organizadora sobre los terceros en los que recae dicha delegación y del momento en que se decida la opción descentralizadora, esto es, *ab initio* o con posterioridad a que haya sido puesta en marcha esta forma de explotación<sup>2</sup>.

Ermida Uriarte y Orsatti conciben a la tercerización —asimilando el concepto a otros neologismos, como “*outsourcing*”, “externalización” o “deslocalización”— como un segundo paso de la *descentralización*, que implica el traslado de determinadas funciones o actividades de un proceso productivo integrado a otras unidades económicas (personas físicas o jurídicas) real o ficticiamente ajenas a la empresa<sup>3</sup>, esto es, lo que también recibe la

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha elaborado sobre la ponencia que acompañó la participación del autor como expositor en el Foro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, organizado conjuntamente por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, mayo 27 y 28 de 2021.

<sup>2</sup> TRIBUZIO, José E., “Contratación externa de la actividad empresaria”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Bomarzo, Nros. 4 y 5, Buenos Aires, 2008, p. 334.

<sup>3</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar y ORSATTI, Álvaro, “Outsourcing/tercerización: un recorrido entre definiciones y aplicaciones”, en BUENO RODRÍGUEZ, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores), *Outsourcing (tercerización). Respuestas desde los trabajadores*, Cuadernos de investigación,

denominación de *subcontratación*. La descentralización productiva —en palabras de Raffaele de Luca y Adalberto Perulli— interrumpe la cohesión vertical característica de la empresa fordiana, por cuanto —subrayan estos autores italianos— la empresa es reducida a un núcleo de competencias básicas (el *core business*) y los productores de componentes, de máquinas y de servicios, que antaño formaban parte de una misma empresa integrada, ahora acuden a diversos clientes, adjudicatarios, proveedores, subproveedores, trabajadores autónomos, etc., así como las diversas unidades de la empresa (taller, oficina de proyectos, distribución) recurren a trabajadores y competencias externas adquiridas en *outsourcing*<sup>4</sup>. La disminución de la empresa en sus dimensiones trae como consecuencia la reducción de su plantilla, cuyas tareas pasan a ser ejecutadas, ya sea por el personal que le provean empresas de trabajo temporal, ya por empleados de las contratistas y subcontratistas y, también, en lo que constituye un uso muy generalizado, por antiguos asalariados convertidos en trabajadores “autónomos”, eludiendo así los riesgos y responsabilidades que implica la contratación de trabajo<sup>5</sup>.

Si bien, como subraya García Vior, la descentralización productiva no debe ser vista necesariamente como representación del fraude laboral, resulta innegable que en términos genéricos produce importantísimas transformaciones jurídicas que se evidencian con claridad en los diferentes regímenes de trabajo aplicables a quienes prestan servicios en forma directa o indirecta para la misma unidad empresarial, así como en la identificación de distintos sujetos empleadores con varios niveles de solvencia y autodeterminación y en la

---

Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical, México, D.F. (sin indicación de año de edición), p. 15.

<sup>4</sup> DE LUCA-TAMAJO, Raffaele y PERULLI, Adalberto, “Informe general presentado al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006”, versión en castellano adaptada para el libro *Descentralización Productiva. Deslocalización – Contratación y sublocación – Cesión de personal – Grupo de empresas – Teletrabajo*, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Director), Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 45.

<sup>5</sup> MORENO MARAÑÓN, María Luisa, “El impacto laboral de la descentralización productiva”, en LAHERA-FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RE, Fernando (Directores), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización, Colección Estudios Laborales*, N° 8, Ediciones CINCA, Madrid, 2010, p. 52.

verificación de situaciones de subordinación económica entre empresas<sup>6</sup> o — con palabras de Monereo Pérez— de empresas unidas por reglas de “cooperación subordinada”<sup>7</sup>. Desde la óptica de Supiot, en la descentralización productiva, la intersubjetividad se entabla a través de “vínculos contractuales de dependencia” entre “entes societarios sin relación de capital”<sup>8</sup>, también denominados “socios sin acciones” por el economista uruguayo Roberto Villamil Álvarez<sup>9</sup>.

En esa compleja estructura, exitosamente descripta como reticular<sup>10</sup>, compuesta por tal frondosidad de figuras empresariales y sociedades comerciales, se difumina o se hace invisible el polo patronal, a veces imposible de reconocer. Al respecto, dice Supiot, con ecos borgeanos, que la libertad de organización jurídica de la empresa se ha convertido en un medio para que el emprendedor ya no se identifique en la escena económica y en el sistema de relaciones laborales sino, al contrario, “desaparezca” tras la “multiplicación especular de personas ideales o jurídicas”<sup>11</sup>. El empleador —agrega el mismo

---

<sup>6</sup> GARCÍA VIOR, Andrea, “La nueva fisonomía del empleador y de la empresa: otro reto en materia de representación sindical”, en revista *Derecho del Trabajo*, año LXX, N° 12, dic. 2010, Buenos Aires, p. 319.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, “Grupos...”, cit., p. 240.

<sup>8</sup> “La empresa es, en primer lugar, una acción que se funda en la libertad emprendedora y no se fija nunca enteramente en una institución. La situación es simple cuando el emprendedor, persona física, se presenta él mismo en el escenario jurídico en calidad de comerciante (o) cuando funda una sociedad comercial que se confunde con su empresa y le confiere una forma jurídica. Las cosas se complican cuando esta sociedad crea filiales o pasa bajo el control financiero de otra, y se inscribe así en un grupo de sociedades de contornos borrosos y movedizos. Se vuelven opacas cuando la empresa se ramifica en vínculos contractuales de dependencia que unen sociedades sin relación de capital, por ejemplo, en el caso de subcontratación o concesión de explotación de patentes.” Vid. SUPIOT, *El espíritu...*, pp. 146/147.

<sup>9</sup> VILLAMIL ÁLVAREZ, Roberto, “La subcontratación de procesos industriales y su incidencia en el desarrollo productivo”, Cámara de Industrias del Uruguay, [www.ciu.com.uy/informe/subcontratacion.doc](http://www.ciu.com.uy/informe/subcontratacion.doc), citado por ESPONDA, María Alejandra, bajo coordinación y supervisión de Victoria Basualdo, *Tercerización: aportes para un estudio de sus orígenes, formas de conceptualización e impactos en América Latina*, Área de Economía y Tecnología de FLACSO, Primer informe – Proyecto de investigación sobre tercerización, Programa de estudios del trabajo, movimiento sindical y organización industrial, FLACSO Argentina, Buenos Aires, 2013, p. 9.

<sup>10</sup> La idea de “empresa-red” corresponde a una caracterización de Manuel CASTELLS en *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 1999, vol. 1, *La sociedad red*, p. 185. Véase asimismo RECIO, Albert, “Empresa red y relaciones laborales”, en DUBOIS, Alfonso; MILLÁN, Juan Luis y ROCA, Jordi (coord.), *Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental*, Icaria, Barcelona, 2001.

<sup>11</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., p. 147.

autor— suele ser alguien distinto de los verdaderos decisores, que pueden abandonar sus responsabilidades y ocultarse detrás de la pantalla de las diferentes sociedades colocadas en el radio de su dependencia económica<sup>12</sup>.

De Luca-Tamajo y Perulli dan por cierto que, en la descentralización productiva, acontece el enfrentamiento entre “la lógica económica de la empresa” y “la racionalidad jurídica del derecho del trabajo”, centrada en valores de eficiencia, productividad y reducción de costos, la primera, e interesada en la protección de valores no económicos, relacionados con los derechos sociales fundamentales, el segundo<sup>13</sup>. La descentralización productiva plantea en sí misma problemas irresueltos a esta rama del derecho, cuyos institutos han sido contruidos tomando como referencia o modelo la gran empresa integrada verticalmente (cuyo arquetipo es la organización “fordista”), por lo que no puede permanecer indiferente ante el acontecimiento y sus consecuencias “desorganizadoras” sobre la disciplina jurídica, tomando la expresión de Spiro Simitis que ha sido receptada por notables juristas de habla hispana como Fernando Valdés Dal-Ré y Antonio Vázquez Vialard<sup>14</sup>.

La preocupación ha calado también en la doctrina francesa. Javillier entiende que las mutaciones económicas y tecnológicas ocurridas desde las últimas décadas del siglo XX han afectado nociones pilares del derecho del trabajo “clásico” —como son las de *empleador*, *empresa* y *subordinación*—, nacido en el siglo XIX bajo el protagonismo de la gran fábrica y la lucha de clases como telón de fondo<sup>15</sup>. Supiot presenta una fase más aguda del problema, al que describe como “*deconstrucción* del derecho en el sentido posmoderno del término”, asimilándolo a la vertiente filosófica de la descalificación de la justicia social efectuada por el pensamiento que denomina “neoclásico” o ultraliberal,

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>14</sup> SIMITIS, Spiros, “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1997, n° 79, p. 617, citado por VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en *DT*, t. 2002-A, p. 688. *Vid.* asimismo VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El proceso de desorganización del derecho del trabajo*, comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2003, p. 6.

<sup>15</sup> JAVILLIER, Jean-Claude, « Le future de la subordination dans l'évolution du droit du travail », en *Le trasformazioni del lavoro*, Milano, 1999, p. 42, citado por RASO DELGUE, Juan, *La Contratación Atípica del Trabajo*, segunda edición ampliada y actualizada con comentarios de las leyes n° 18.099 y 18.251, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2009, p. 16.

que no ve en ella otra cosa que una “aspiración sentimental”, por tanto incapaz de fundar un *derecho* en sentido estricto de la palabra, que remite la idea de justicia a la subjetividad de cada persona<sup>16</sup>.

Los problemas que la descentralización productiva acarrea al derecho del trabajo y la seguridad social no se agotan en los señalamientos precedentes. En tanto fenómeno polifacético, la descentralización productiva presenta diversas manifestaciones, entre las cuales la que genera mayores dificultades a esta rama del derecho es aquella cuyo proceso de producción y comercialización se encuentra deslocalizado fuera del territorio del Estado. En los supuestos de descentralización productiva transnacional, el proceso es organizado de modo tal que varias de sus etapas son integradas por terceras empresas o, en ocasiones, personas físicas, que poseen sus centros de trabajo y, obviamente, su personal en territorios de países ajenos a aquel en el que tiene su sede la firma organizadora del ciclo completo. En tales supuestos —cada vez más difundidos y perfeccionados en el capitalismo de la globalización—, la conexión entre la empresa organizadora, a la que denominamos *central* o *principal*, y las “empresas dependientes”<sup>17</sup> se instrumenta por vía de lo que identificamos mediante los términos “subcontratación transnacional”, “*offshore outsourcing*”<sup>18</sup> o “tercerización *offshore*”, que aquí se utilizarán de modo indistinto, y se plasma en la conformación de *cadena productivas mundiales*<sup>19</sup>.

## 2. De la empresa multinacional a la cadena mundial de producción

---

<sup>16</sup> El autor citado recuerda que Jacques Derrida —el “padre” del concepto de deconstrucción— sostuvo que la idea de justicia no era en el fondo nada más que la expresión de un deseo individual: “El deseo de un don sin intercambio, sin cálculo, sin regla y sin razón”, y proseguía, “la deconstrucción está loca por esa justicia. Loca por ese deseo de justicia. Esa justicia, que no es el derecho, es el movimiento mismo de la deconstrucción presente en el derecho, en la historia del derecho y en la historia misma”. Vid. SUPIOT, Alain, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, primera edición, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona, 2011, p. 49, con cita de DERRIDA, Jacques, *Force de loi. Le “Fondement de l’Autorité”*, Galilée, 1994-2005, p. 56.

<sup>17</sup> Concepto extraído de SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Informe para la Comisión Europea bajo la coordinación de la Universidad Carlos III de Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 56/57.

<sup>18</sup> Véase GONZÁLEZ RAMÍREZ, María Reyes; LLOPIS TAVERNER, Juan; y GARCÓ GASCÓ, José Luis, “El *offshore outsourcing* de sistemas de información” en *Universal Business Review Actualidad económica*, Cuarto trimestre, Grupo Recoletos Comunicación, Madrid, 2006 (disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=43301207>).

<sup>19</sup> ERMIDA URIARTE y ORSATTI, op. cit., p. 17.

Si bien son inocultables los vínculos genealógicos de las empresas multinacionales de hoy con aquellas que estudió Ermida Uriarte a principios de la década de 1980, cuya estructura asumía la forma de grupos empresariales que operaban en varios territorios nacionales, con una casa matriz y filiales o sucursales subordinadas a la primera o, eventualmente, firmas subsidiarias que establecían con aquella vínculos de coordinación<sup>20</sup> —en un contexto económico de mercados cerrados dentro de las fronteras nacionales—, y que motivó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a elaborar una declaración de principios específica hacia fines de la década de 1970<sup>21</sup>, la empresa multinacional actual se ha transfigurado en un actor privilegiado del proceso de globalización, que conforma una nueva realidad económica y productiva.

El concepto “genérico” —que Ermida Uriarte distingue del concepto “laboral”— de aquellas empresas, se encuentra representado por la noción que surge del art. 6 de la Declaración sobre las Empresas Multinacionales de la OIT. Esta norma promocional incluye, con amplitud, en la tipología de las empresas que operan en territorios de varios países, aquellas que, “*ya sean de dominio público, mixto o privado, [...] son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede.*” El elemento de “control” resulta igualmente identificador de la definición de las “corporaciones multinacionales” difundida por las Naciones Unidas, al

---

<sup>20</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, pp. 58 y 72/73.

<sup>21</sup> La “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración sobre las Empresas Multinacionales)” aprobada por el Consejo de Administración de la organización en su 204ª sesión, el 16 de noviembre de 1977, y enmendada en sus reuniones 279ª y 295ª (de noviembre de 2000 y marzo de 2006, respectivamente). En la 319ª reunión, de marzo de 2017, el Consejo de Administración decidió introducir nuevas enmiendas a la Declaración, habida cuenta de las novedades acaecidas en la OIT desde la actualización de 2006, en particular, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en 2008, las nuevas normas internacionales del trabajo, las conclusiones de la CIT relativas a la promoción de empresas sostenibles (2007) y las conclusiones de la CIT relativas al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (2016).

señalar que se trata de “empresas que poseen o controlan producciones o servicios fuera del Estado en el cual tienen su sede.”<sup>22</sup>

En la actualidad, las notas de *propiedad y control* de la casa matriz sobre la organización productiva transnacional no han desaparecido; han sido desplazadas, en términos de relevancia, por la idea de *coordinación* entre empresas o unidades productivas diferentes aunque correspondientes a un mismo proceso. Dicho con palabras de Monereo Pérez, la descentralización productiva incide en las tareas más intensivas en mano de obra, encomendadas a pequeñas empresas jurídicamente independientes pero “coordinadas mediante un mismo ciclo de producción y unidas por un sistema de reglas de cooperación subordinada”<sup>23</sup>.

La “gran transformación” de la empresa multinacional no fue repentina sino atravesó un destacado estadio intermedio en el que mutó su estructura centralizada de divisiones hacia la conformación de *redes externas* como las que —conforme ilustra Manuel Castells— generaron el “espectacular desarrollo” del Pacífico asiático a partir de la década de 1980. El surgimiento de las redes internacionales de empresas y subunidades de empresas fue “la forma de organización básica de la economía informacional/global”<sup>24</sup>. El modelo organizativo de *redes interfirmas* transnacionales que a su vez organizaban la mayor parte de la actividad económica en las principales industrias (alcanzando sus mayores avances en la electrónica y la del automóvil), podían asumir cinco tipos organizativos diferentes:

- a) *Redes de proveedores*, que comprendían acuerdos de subcontratación, manufactura de equipo original y diseño entre la *compañía central* y sus proveedores de insumos intermedios.

---

<sup>22</sup> Reporte del grupo de personalidades designadas por las Naciones Unidas para el estudio del rol de las empresas multinacionales en el desarrollo y las relaciones internacionales, citado por ERMIDA URIARTE, *Empresas...*, cit., p. 106.

<sup>23</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis, “Grupos de empresas y subcontratación”, en BAYLOS, Antonio y COLLADO, Luis (editores), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, p. 240 (itálica en el original).

<sup>24</sup> CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 1999, vol. 1 – *La sociedad red*, pp. 218/219.

- b) *Redes de productores*, destinadas a incluir todos los acuerdos de coproducción que permiten a los productores en competencia unir sus capacidades de producción y sus recursos humanos y financieros para ampliar su cartera de productos y su cobertura geográfica.
- c) *Redes de clientes*, definidas como la previsión de vínculos entre las compañías fabricantes y los distribuidores, los canales de mercado, los revendedores y los usuarios finales.
- d) *Coaliciones de normalización*, iniciadas por los fijadores potenciales de las normas globales con el propósito explícito de encerrar cuantas más firmas fuera posible en su producto patentado o normas de interfaz.
- e) *Redes de cooperación tecnológica*, que facilitan la adquisición del diseño de un producto y la tecnología de producción, permiten una producción y proceso de desarrollo conjuntos y que se comparta el conocimiento científico genérico y el I+D<sup>25</sup>.

La externalización productiva transnacional de la actualidad es expresión de una nueva fenomenología, que presenta un entramado aún más complejo y perturbador para el derecho del trabajo y de la seguridad social que la sola subcontratación, en cuyo centro se encuentra la renovada empresa multinacional. Wilfredo Sanguinetti observa que la descentralización mediante la subcontratación implica un tránsito desde “el tradicional modelo de empresa —precisamente centralizada—, basado en el control directo del entero ciclo de producción y su actuación autónoma respecto de las demás”, a modalidades de gestión de los procesos caracterizadas por “una mayor especialización de las unidades productivas y el establecimiento de vínculos de cooperación más o menos estrechos entre sí, en un intento de obtener ventajas competitivas de la concentración de la actividad de las empresas en la realización de sus competencias centrales y la transferencia hacia el exterior de todas las demás”<sup>26</sup>. El funcionamiento de este nuevo modelo organizativo “se basa en la interacción

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 219/220.

<sup>26</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Subcontratación de actividades productivas y derechos laborales”, en *Estudios críticos de Derecho del Trabajo*, Moisés MEIK (Dir.), DUARTE, David; GIANIBELLI, Guillermo y SZTERNSZTEJN, Carlos P. (Coords.), Legis, Buenos Aires, 2014, p. 293.

de dos elementos complementarios: la especialización de las distintas unidades productivas y la coordinación de sus aportaciones parciales para la consecución de los objetivos globales del proyecto empresarial.”<sup>27</sup>

De acuerdo con la descripción del citado profesor de la Universidad de Salamanca, la empresa multinacional actual ha sustituido su tradicional organización vertical por una nueva estructura, conformada por fórmulas modulares de articulación basadas en la creación de relaciones de naturaleza preferentemente contractual con una variedad de sujetos, todos en principio independientes desde el punto de vista jurídico, que se sitúan en diversas localizaciones remotas, elegidas en función de las ventajas que cada una ofrece, no del destino de los bienes que producen<sup>28</sup>. El mismo autor aclara que, contrariamente a lo que se postula desde la teoría económica convencional, la desverticalización y globalización de la producción generada por dichas cadenas no se traduce en una menor concentración del poder económico ni en relaciones menos jerárquicas, puesto que las redes a las que dan lugar se forjan en torno a la actividad y las necesidades de un muy singular tipo de empresas que, aún no teniendo ningún lazo jurídico con las demás, poseen de facto el poder de imponerse sobre ellas, lo que deja a la vista el carácter “profundamente político” de estas cadenas, en tanto fenómeno que enlaza, mediante la formación de “sistemas socioeconómicos complejos”, dinámicas de cooperación y de competición y que encierra relaciones de poder acentuadamente asimétricas<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> “El relieve asumido en los últimos años por la subcontratación se debe a que constituye, precisamente, la forma principal, si no la única, de hacer efectiva esa coordinación entre unidades productivas en principio independientes, sin la cual el funcionamiento integrado de las diversas actividades sería implicadas no sería posible.” *Vid.* SANGUINETI RAYMOND, “Subcontratación...”, cit., p. 294.

<sup>28</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, en VILLASMIL PRIETO, Humberto y CARBALLO MENA, César Augusto (Directores académicos) y TORRES TARAZONA, Luis Alberto (Director de la publicación), *Derecho laboral iberoamericano: influencias del sistema normativo de la OIT*, Tirant lo Blanch Colombia, Bogotá, 2020, pp. 136/137.

<sup>29</sup> La consideración de lo que se ha venido a denominar la “gobernanza de las cadenas de valor” permite poner en tela de juicio la visión postulada por la teoría económica convencional, de acuerdo con la cual estas cadenas favorecen una creciente integración productiva y comercial que genera beneficios para todos los que participan en ellas, poniendo de manifiesto cómo su formación no es fruto de procesos espontáneos o naturales de cooperación, sino el resultado de cuidadosas estrategias de carácter económico y comercial puestas en marcha por algunas empresas –las casas matrices o cabeceras o de los grupos multinacionales– cuya posición nuclear les permite imponer a las demás su arquitectura o diseño, el tipo y la duración de las relaciones que mantendrán con ella e incluso las fórmulas de distribución de los beneficios y

Diego López agrega que las empresas multinacionales “combinan una instalación territorial en dos o más países (diversidad geográfica) con una coordinación centralizada en un solo centro decisorio (centralización de la toma de decisiones). La diversificación geográfica otorga a las multinacionales una notable flexibilidad operativa: pueden funcionar con múltiples filiales en diversos países, constituir grupos empresariales en un mismo sector económico o en varios a la vez, o unificarse por medio de fusión o absorción de empresas. Todo ello, sin perder el control estratégico sobre todas las filiales”<sup>30</sup>.

La señalada particularidad organizativa de las empresas transnacionales, en el marco propicio que les ofrece la economía global, les permite eludir costos, riesgos y responsabilidades laborales (también previsionales, fiscales y ambientales), que consiguen desplazar hacia los últimos eslabones de la cadena de producción<sup>31</sup>, de modo que se convierten en un sujeto particularmente intrigante para el derecho, como resultado de la denominada —por Antoine Lyon-Caen— “doble segmentación” que caracteriza su estructura y la forma de organizar sus actividades. La primera segmentación se vincula con las diferencias de personificación existentes entre la empresa central y las demás entidades que participan en sus procesos globales de producción. Si la evolución de las técnicas contractuales permite a aquella acceder a los frutos del trabajo de diversos grupos de trabajadores recurriendo a la colaboración de una variedad de empresas contratistas, subcontratistas o proveedoras, el velo de la personalidad jurídica le garantiza que pueda hacerlo sin asumir responsabilidad alguna respecto de las condiciones laborales de aquellos, que dependen exclusivamente de quien ocupa la posición contractual de empleador respecto de cada grupo de trabajadores, ni por los comportamientos de las referidas empresas en el cumplimiento de los encargos que les son realizados o las

---

riesgos. Vid. SANGUINETI RAYMOND, “Las cadenas...”, cit., p. 138, con cita de GEREFFI, G. y KORZENIEWICZ, M. (Eds.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger, Westport, 1994.

<sup>30</sup> LÓPEZ, Diego, *Responsabilidad laboral de las empresas multinacionales*, OXFAM, Santiago de Chile, 2007, p. 15, citado por CASTELLO, Alejandro en RASO, DELGUE, Juan y CASTELLO, Alejandro, *Derecho del Trabajo*, Tomo IV – *Derecho colectivo del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2021, p. 218.

<sup>31</sup> Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), *Cadenas globales de producción y acción sindical. Cartilla didáctica*, contenido y redacción: Adoración Guamán, San José, diciembre de 2018, p. 9.

consecuencias que puedan derivarse de estos. La segunda segmentación guarda relación, a su vez, con el carácter estatal de los ordenamientos jurídicos, que permite a las multinacionales deslocalizar sus actividades recurriendo para ello preferentemente a colaboradores locales, en territorios sometidos al imperio de uno u otro, en función de las respectivas ventajas comparativas que estos puedan ofrecerles. En síntesis, estas empresas se sitúan en condiciones de liderar los sistemas globales de producción maximizando en su provecho las oportunidades abiertas por el proceso de globalización y sin asumir ninguna responsabilidad por las condiciones en las que se desarrollan sus actividades o los efectos que estas puedan producir. El instrumento del que se sirven las empresas multinacionales para alcanzar este doble resultado, tan beneficioso para sus intereses en términos jurídicos y económicos, no es otro que la *cadena mundial de producción*<sup>32</sup>.

La deslocalización productiva transnacional, en definitiva, designa las prácticas empresariales que suponen una decisión estratégica basada en cálculos de oportunidad relacionados con la ubicación de la actividad productiva más allá de las fronteras nacionales. En esa decisión gravita el aprovechamiento de las incumbencias específicas o el *know-how* de las firmas contratistas como factor de mayor competitividad<sup>33</sup>. Entre las numerosas y complejas motivaciones y condiciones que confluyen para el desarrollo de la deslocalización productiva, corresponde mencionar<sup>34</sup>:

a) La posibilidad de gestionar en tiempo real cadenas productivas, integrando resultados obtenidos en espacios territoriales lejanos, gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y los modernos medios de transporte;

b) El marco de globalización de la economía, en el que decrece el margen de maniobra de los Estados nacionales en la política económica y social;

---

<sup>32</sup> SANGUINETI RAYMOND, "Las cadenas...", cit., pp. 137/138, con remisión a LYON-CAEN, Antoine, "Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale", en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2018, núm. 2, p. 241.

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, "Deslocalización productiva y regulación de las relaciones laborales", en LAHERA-FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Directores), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización, Colección Estudios Laborales*, Nº 8, Ediciones CINCA, Madrid, 2010, pp. 357/358.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 360.

c) Ventajas competitivas por menores costes laborales en los países hacia los que se produce la deslocalización;

d) Ventajas competitivas por menores niveles de presión fiscal en los países receptores o por motivos de las políticas fiscales del país de origen;

e) Búsqueda de diferencias culturales y de desarrollo democrático y, en especial, de falta de cultura colectiva reivindicativa en defensa de los intereses de los trabajadores;

f) Menores costos de materia prima;

g) Normativa sobre protección de medio ambiente;

h) Reducción de costes de transporte, por ubicación estratégica;

i) Cualificación profesional de los trabajadores en el país de destino;

j) Liberalización parcial de los flujos de mercancías y capitales;

k) Búsqueda de nuevos mercados de desarrollo prometedor, bien porque el propio país donde se invierte es un mercado potencial, bien porque ese país puede ser una interesante plataforma de exportación, por caso, si se encuentra cercano a mercados interesantes por cuestiones geográficas o si tiene acuerdos económicos o relaciones específicas con países que faciliten la entrada en mercados nuevos;

l) Falta de inversión de las empresas nacionales y venta de estas a capitales extranjeros, que provocan desapego al territorio por ausencia del elemento afectivo-patriótico.

Existen también “razones financieras”, en la medida en que todos los establecimientos o segmentos de una empresa no tienen la misma tasa de ganancia y, por lo tanto, se externalizan los de menos rentabilidad, sobre todo cuando el rendimiento económico es inferior al que puede generar, en los mercados financieros, una inversión de ese “capital impaciente” que somete a la empresa a una presión inédita hacia la flexibilidad y el dinamismo<sup>35</sup>.

### **3. Las cadenas mundiales de producción**

---

<sup>35</sup> “Se trata, por tanto, de un fenómeno basado en la rentabilidad del factor territorial”. *Vid.* DE LUCA-TAMAJO y PERULLI, op. cit., p. 44 y 42.

La expresión “tercerización *offshore*” —utilizada por Ermida y Orsatti— refleja la operación de formación de cadenas productivas globales<sup>36</sup>, que puede describirse, de manera simplificada, como la contratación, por parte de una empresa, de actividades o servicios destinados a la concreción de su finalidad productiva, prestados por terceros (subcontratistas o proveedores) que operan fuera del territorio del Estado en el que la primera posee su sede, los cuales, a su vez, para cumplir esa demanda, se sirven de personal propio o contratado *ad-hoc* o encomiendan, de manera concatenada a través de nuevas subcontrataciones, la ejecución de algunos de esos servicios o actividades a otras empresas, o a trabajadores individualmente, que pueden encontrarse radicados en el territorio de otros países.

Tal concatenación productiva metanacional, que recibe, entre otras denominaciones, las de *cadena mundial de producción*, *cadena mundial de suministro* o *cadena global de valor*, ha sido objeto de definición por la OIT y por la doctrina jurídica científica. La mencionada organización internacional las ha definido de manera amplia y poco precisa, al considerar comprendida en el concepto a “*toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes y servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios*”. La OIT aclara que “*esta definición incluye las operaciones de inversión extranjera directa (IED) efectuadas por las empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en las que la firma multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo*” y que también incluye “*el modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (o, a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos*”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> ERMIDA URIARTE y ORSATTI, op. cit., p. 17.

<sup>37</sup> OIT, 105a Conferencia Internacional del Trabajo, Informe IV, *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, pp. 1/2.

Conforme observa Sanguineti Raymond, las cadenas mundiales de producción son esencialmente de dos tipos: las que son dirigidas por *productores* (como se observa en la industria del automóvil) y las que son dirigidas por *compradores* (como ocurre, por ejemplo, en la producción de indumentaria). En todos los casos, demuestran una estructura organizativa prácticamente invariable, que permite definir las —como lo hace el reconocido autor peruano citado— como “conglomerados liderados por grandes grupos multinacionales que agrupan a la propia casa matriz, a las filiales de esta y, también, a un conjunto bastante amplio de contratistas y proveedores situados en lugares muy diversos del mundo, todos los cuales se encuentran coordinados para realizar un proceso de producción y de comercialización que termina siendo conjunto y —subraya— liderado por la empresa principal”<sup>38</sup>.

Gianibelli, por su parte, define a esa estructura interempresarial multinacional como “organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios, en la que se incluyen tanto las operaciones de inversión extranjera directa efectuadas por las empresas multinacionales, con operaciones en terceros países, como el abastecimiento internacional, en que las relaciones se establecen entre distintas empresas (proveedores o empresas subcontratistas). En todos los casos, la nota distintiva sigue siendo la ‘toma de control’ del proceso por una empresa principal que dirige y controla y luego extrae el valor (*plus-valor* en relación con la ganancia de otras empresas de la cadena)”<sup>39</sup>.

El concepto que ofrece el *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* de las “cadenas de producción de empresas

---

<sup>38</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Trabajo y gobernanza en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, disertación en el Simposio Iberoamericano sobre *El futuro del trabajo*, celebrado en la isla de La Palma, noviembre de 2018, accesible en <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2019/02/09/trabajo-y-gobernanza-en-las-cadenas-de-produccion-de-las-empresas-multinacionales/>. [Consultado el 29/03/2021.]

<sup>39</sup> GIANIBELLI, Guillermo, “Cuestiones conceptuales: Cadenas de valor y acuerdos marco”, en *PIICV – Programa Interuniversitario de Investigaciones sobre Cadenas de Valor Argentina, Brasil, Costa Rica, España, Italia, Uruguay*, 2018, publicado en *RELATS – Red Española Latinoamericana de Trabajo y Sindicalismo*, [www.relats.org/documentos/PIICV\\_Gianibelli2018.pdf](http://www.relats.org/documentos/PIICV_Gianibelli2018.pdf).

multinacionales”, curiosamente, omite toda referencia al elemento de la deslocalización de la producción hacia terceros países, al definir las como “una situación jurídica en la que la empresa auxiliar, llamada contratista, realiza una obra o presta un servicio con sus propios trabajadores a una empresa principal, que asume a su vez la obligación de pagar un precio cierto”<sup>40</sup>, con lo que no se diferencia de la noción corriente de la subcontratación.

La Confederación Sindical de las Américas también aporta una definición de las *cadena globales de producción*. La ya citada cartilla didáctica de la CSA, elaborada por la profesora de la Universidad de Valencia, Adoración Guamán, las reconoce como “estructuras empresariales extensas cuyos eslabones son empresas, talleres o centros de producción, en los que se obtiene, elabora o fabrica una parte del producto final, y en las que cada eslabón, cada parte de la producción fragmentada, se sitúa en un país distinto mientras que el conjunto de la cadena sigue gobernado por la empresa matriz, que normalmente se ubica en algún lugar del denominado ‘norte global’, muy lejos del lugar donde se producen los productos que finalmente distribuye o comercializa”<sup>41</sup>.

Como detalla Gutiérrez-Solar, la decisión de deslocalización se ejecuta mediante diversos modos de reestructuración empresarial, que impactan en la contratación laboral de diversas maneras, dando lugar tanto a nuevas contrataciones de trabajadores como al supuesto —más problemático desde el punto de vista jurídico laboral— de movilidad transnacional del personal. La apertura y puesta en marcha de nuevos centros productivos en otro país puede exigir el desplazamiento transnacional de trabajadores cualificados y experimentados capaces de implantar el modo productivo y *know-how* en los nuevos destinos así como dar lugar a nuevas contrataciones de personal en el país receptor. Los supuestos de movilidad transnacional de trabajadores en el empleo pueden asumir diversas formas, en función de las características estructurales de la respectiva empresa u organización productiva multinacional.

---

<sup>40</sup> Véase GARCÍA VIÑA, Jordi, “Cadenas de producción de empresas multinacionales”, en BAYLOS GRAU, Antonio; FLORENCIO THOMÉ, Candy y GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, prólogo: María Emilia Casas Baamonde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 131.

<sup>41</sup> CSA, op. cit., pp. 9 y 6.

Puede tratarse de una movilidad: a) entre diferentes establecimientos de una misma empresa de dimensión internacional, b) dentro de los grupos de empresas multinacionales, c) por intermediación supranacional de empresas de trabajo temporal y d) por subcontratación transnacional<sup>42</sup>. También puede trasladarse a la plantilla de personal operativo, como ocurrió en el resonante caso “Lava”, al que se hará una mayor referencia más abajo.

Las cadenas mundiales de producción representan, en buena medida, un modo distinto de enunciar la misma exteriorización fáctica que fuera tenida en cuenta por la OIT para impulsar la adopción de un convenio o, al menos, una recomendación destinados a la protección de los trabajadores “en régimen de subcontratación”, cuyas discusiones, durante las reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997 y 1998, terminaron en penoso fracaso. Actualmente, dicha organización utiliza el concepto de “cadena mundial de suministro” para referirse a *“toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios.”* Esta definición —aclara la propia OIT— “incluye las operaciones de inversión extranjera directa efectuadas por las empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en las que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo. También incluye el modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional, en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, “Deslocalización...”, cit., p. 367/368.

<sup>43</sup> Véase: OIT, *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro* (Informe IV), documento elaborado para el debate general de la 105ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2016, disponible en: [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/reports/reports-to-the-conference/WCMS\\_468097/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/reports/reports-to-the-conference/WCMS_468097/lang--en/index.htm); y asimismo OIT, *La promoción del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro en América Latina y el Caribe. Principales problemas, buenas prácticas, lecciones aprendidas y visión política*, Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016, p. 12.

#### 4. La degradación de las condiciones de trabajo en la subcontratación *offshore*

La importancia de estas cadenas no es solo cualitativa —en términos de pauperización de condiciones de trabajo— sino también se manifiesta en magnitudes. Según informes de la OIT y de la Confederación Sindical Internacional, actualmente, el 80% de los beneficios globales está en manos de apenas el 10% de las empresas existentes, y cerca de 500 millones de personas trabajan en cadenas mundiales de producción, que son proveedoras de casi una cuarta parte del empleo mundial. Sin embargo —según las mismas fuentes—, el 94% de mano de obra ocupada en estos eslabonamientos no está reconocida por las grandes empresas matrices, que se desentienden de los derechos, salarios y la situación de las personas que trabajan en la recolección o fabricación de los productos que ellas comercializan<sup>44</sup>.

Las cadenas mundiales de producción, como toda creación humana, son fuente de efectos positivos y negativos. Sus contrastes entre unos y otros se ponen en evidencia en la resolución de la OIT relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, que aprobó la Conferencia Internacional del Trabajo en su 105ª reunión, de 2016. En su primer artículo, esta resolución, luego de hacer mención al desarrollo de las cadenas mundiales de suministro en los sectores textil, de la confección, del comercio minorista, del calzado, del automotor, de la alimentación y la agricultura, marisquero, pesquero, de la electrónica, de la construcción, del turismo y la hotelería, de la horticultura y del transporte, entre otros, de la mano del progreso tecnológico, atribuye a estos eslabonamientos productivos internacionales algunos méritos. Anota en su haber diversas contribuciones: *“al crecimiento económico, la creación de empleo, la reducción de la pobreza y la iniciativa empresarial”*, con potencialidades para *“impulsar el desarrollo mediante la transferencia de tecnología, la adopción de nuevas prácticas de producción y la evolución hacia actividades de mayor valor añadido, que mejoraría el desarrollo de las*

---

<sup>44</sup> CSA, op. cit., pp. 6 y 14.

*competencias, la productividad y la competitividad*”, además de generar un efecto benéfico en la creación de empleo.

Pero, al mismo tiempo, la resolución de la OIT reconoce la existencia de “*deficiencias en todos los niveles de las cadenas mundiales de suministro [que] han contribuido a los déficits de trabajo decente en las condiciones laborales, en los ámbitos de la seguridad y salud en el trabajo, los salarios y los horarios de trabajo, e influyen en la relación de trabajo y la protección que ésta puede ofrecer [y] han contribuido también a menoscabar los derechos laborales, en particular la libertad sindical y la negociación colectiva.*”<sup>45</sup> En esa misma dirección, el citado informe de la CSA remite a “*numerosos informes [que] señalan cómo en estas cadenas se producen situaciones de trabajo informal o no registrado, servidumbre por deudas, violencia en el lugar de trabajo, controles excesivos de productividad, intimidación e imposición de trabajo nocturno o en fines de semana, número excesivo de horas de trabajo, salarios de miseria, falta de condiciones de salud y seguridad en los centros de trabajo, trabajo infantil, situaciones de pseudo-esclavitud, limitación o negación de la negociación colectiva y de la organización sindical, entre otras muchas*”, además de “*interminables jornadas de trabajo*”, especialmente en las zonas francas<sup>46</sup>.

Ya se ha señalado en este trabajo que los problemas que trae aparejados la descentralización productiva en general ponen a prueba la capacidad de la disciplina jurídica laboral y su ordenamiento protector para regir y ordenar las relaciones de trabajo individuales y colectivas. El problema es exponencialmente mayor para el derecho del trabajo cuando la subcontratación se extiende a escala global y es instrumento de elusión de las exigencias derivadas no solo de los marcos normativos nacionales sino también de las normas internacionales.

---

<sup>45</sup> La mencionada resolución asimismo señala que: “*El trabajo informal, las formas atípicas de empleo y el uso de intermediarios son frecuentes. El problema del trabajo infantil y del trabajo forzoso en algunas cadenas mundiales de suministro es grave en los segmentos inferiores de la cadena. Los trabajadores migrantes y los trabajadores a domicilio forman parte de muchas cadenas mundiales de suministro y pueden ser objeto de diversas formas de discriminación y recibir poca o ninguna protección legal*”; y con respecto a las mujeres, agrega que: “*representan una parte importante de la fuerza de trabajo de las cadenas mundiales de suministro. Están desproporcionadamente representadas en empleos de baja remuneración en los niveles inferiores de la cadena y con demasiada frecuencia son víctimas de discriminación, acoso sexual y otras formas de violencia en el lugar de trabajo*” (parágrafos 3 *in fine* y 4).

<sup>46</sup> CSA, op. cit., pp. 14/15.

Ello, en primer lugar, porque la vigencia de los convenios de la OIT —con la excepción de los cuatro derechos fundamentales que tienen relieve constitucional para la organización (libertad sindical y negociación colectiva, prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil y no discriminación<sup>47</sup>— depende de la ratificación por parte de los países miembros de la organización. De modo tal, la tentativa de salida hacia la dimensión normativa internacional en busca de una regulación dotada de eficacia, con la pretensión de captar el fenómeno en cuestión, gira en círculo para regresar a la esfera jurídica de cada Estado, que, como es notorio, resulta impotente para alcanzar esa práctica de ramificaciones globales mediante su normativa y sus mecanismos de control y jurisdicción. En segundo lugar, porque la competencia económica entre las empresas, por alcanzar mejores condiciones de competitividad, y entre los países, por la atracción de inversiones, propicia un alto grado de incumplimiento tanto a la legalidad interna como a los convenios internacionales ratificados, como demuestran cada año los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Es forzoso admitir que el contexto económico-político global permite que las decisiones respecto de la integración del proceso productivo se supediten a la previa selección de los países que ofrecen menores protecciones laborales —o en los cuales el trabajo es menos “decente”— en una operación de *lex shopping* o de “pugna por la mejor oferta social” entre derechos nacionales que compiten como “productos en un mercado internacional de las normas”, análoga a la práctica de las banderas de conveniencia<sup>48</sup> que supo hacer estragos en el derecho marítimo. En definitiva, una competencia basada en la permisividad o la exención en materia fiscal y el *laissez-faire* en materia laboral, con garantía adicional de inoperancia del control estatal y neutralización de la libertad sindical<sup>49</sup>. Como lo expresa Juan Raso, si en la lógica de la externalización

---

<sup>47</sup> Tomándose en cuenta solo los derechos enunciados en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo y su seguimiento, de 1998, sin hacer mención a los contenidos en la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada a la Constitución de la OIT en 1946, cuyo número es significativamente más amplio.

<sup>48</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., pp. 71 y 67.

<sup>49</sup> “En lugar de que la libre competencia se funde en el Derecho, es el Derecho el que se funda en la libre competencia. Este darwinismo normativo ya había sido teorizado por Hayek. Al no creer en el “actor racional” en economía, confiaba en la selección natural de los sistemas

productiva se producía una inevitable competencia entre trabajadores internos y externos de la empresa, la nueva lógica de las cadenas transnacionales de producción estimula la competencia no solo de los trabajadores, sino de los propios estados nacionales<sup>50</sup>.

Las empresas multinacionales son, a la vez, promotoras de competencia hacia el interior de las propias cadenas mundiales de producción que lideran y controlan, entre las empresas que integran la respectiva cadena o aspiran a integrarla. Las casas matrices o empresas principales ejercen una fuerte presión en los precios de la mercancía y los plazos de entrega sobre los productores — a menudo pequeñas empresas que se desenvuelven en la economía informal— que compiten entre sí para ser subcontratados, de modo tal que la mejor oferta suele ser la que abona salarios más bajos y provee las condiciones de trabajo más duras, que incluyen el uso de trabajo forzoso o infantil, lo cual permite ofrecer la mercancía a un precio reducido. Los empleadores se lanzan así a una competencia desenfrenada por insertarse en estas cadenas, buscando las vías para abaratar sus precios, que generalmente encuentran en la reducción del valor del trabajo, utilizando a su favor los bajos niveles de protección jurídica laboral, en algunos países, o la dificultad de los trabajadores para obtener protección frente a los abusos laborales, en otros, o ambos factores a la vez. La CSA invoca numerosos informes que dan cuenta de “situaciones de trabajo informal, servidumbre por deudas, violencia en el lugar de trabajo, controles excesivos de productividad, intimidación e imposición de trabajo nocturno o en fines de semana, número excesivo de horas de trabajo, salarios de miseria, falta de condiciones de salud y seguridad en los centros de trabajo, trabajo infantil (que se muestra particularmente grave en la India, verdadero emporio de talleres que manufacturan para estas cadenas), situaciones de pseudo-esclavitud,

---

normativos mediante la competitividad de los derechos y las culturas a escala internacional.” Vid. SUPIOT, *El espíritu...*, cit., pp. 66/67, con cita de HAYEK, Friedrich A., *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2: *Le Mirage de la justice sociale* (1976), PUF, 1981, pp. 123 y ss.

<sup>50</sup> RASO DELGUE, Juan, “Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro”, publicado en *Red Española Latinoamericana de Trabajo y Sindicalismo*, relats.org., mayo 2017.

limitación o negación de la negociación colectiva y de la organización sindical, entre otras muchas”<sup>51</sup>.

La subcontratación internacional, corporeizada en las cadenas mundiales de producción, se revela entonces como el instrumento por antonomasia que permite a la gran empresa rehuir las responsabilidades sociales y fiscales inherentes a su actividad económica e, incluso, las que le atañen como interlocutor en la negociación colectiva. Pero los problemas que plantea la referida técnica de gestión empresarial no son solo de responsabilidad o garantía de cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales sino, principalmente, se vinculan —advierte Sanguineti Raymond— con su potencial utilización como un mecanismo de degradación de la calidad del empleo y pauperización de las condiciones de trabajo<sup>52</sup>. Efectos nocivos de la deslocalización productiva que no se limitan a afectar el trabajo y el empleo en los países de destino de la producción. También recaen sobre la economía y la sociedad del país de origen, manifestándose en las consecuencias de pérdida de competitividad de las empresas del sector que mantienen su producción en él, de desempleo directo de los puestos de trabajo que se amortizan, de aumento en el gasto social por necesidad de cubrir mayores situaciones de desempleo y de presión sobre los niveles de protección laboral y social ante la amenaza de nuevos desplazamientos de la actividad productiva<sup>53</sup>.

Acarado ello, no quedan dudas en cuanto a que la deslocalización de la subcontratación encierra la decisión estratégica empresarial de obtener un beneficio que surge inocultable de la diferencia de costo salarial y de las condiciones normativas menos rigurosas que puedan encontrarse en otros países. Contra esa metodología reaccionaron autorizadas opiniones, que resumo en las de Ermida Uriarte y Alain Supiot. Hace ya cuatro décadas, Ermida Uriarte había adelantado la crítica a las políticas de los países que introducían en sus legislaciones ciertas modificaciones que disminuían derechos de los trabajadores con la finalidad de facilitar la instalación de empresas multinacionales, creando en ellos, de tal modo, una suerte de “paraísos

---

<sup>51</sup> CSA, op. cit., pp. 11 y 14.

<sup>52</sup> SANGUINETI RAYMOND, “Subcontratación...”, cit., pp. 292/293.

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, op. cit., p. 365.

laborales<sup>54</sup>. En tiempos más recientes, Supiot alzó la voz contra la descentralización en el marco global económico-financiero, imbuido de la concepción ideológica del *mercado total*<sup>55</sup>, especie de *Leviatán* que domina las relaciones de la economía y la política con marcado énfasis en Europa y se manifiesta con progresiva crudeza en el seno mismo de la OIT. El profesor del *Collège de France* y doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires postula un mayor protagonismo de los jueces y culpabiliza al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de haber asumido una “posición exclusivamente vasalla” al convalidar maniobras de elusión de las normas laborales de los estados miembros del bloque regional, al extremo de promoverlas implícitamente en cuanto las ha investido de juridicidad. Supiot se refiere concretamente a los trascendentes casos “*Viking*”<sup>56</sup> y “*Laval*”<sup>57</sup>, en los que el TJUE llegó a deslegitimar el derecho de huelga como recurso en contra de las deslocalizaciones<sup>58</sup>, de establecimiento, en el primero, y de trabajadores, en el segundo<sup>59</sup>.

De acuerdo con autores como Rodríguez-Piñero y Gianibelli, en las mencionadas sentencias —a las que ambos añaden la emitida por el TJUE en el caso “*Ruffert*”<sup>60</sup>— se ha puesto en primer plano el difícil equilibrio entre las

---

<sup>54</sup> ERMIDA URIARTE, *Empresas...*, cit., pp. 116/117.

<sup>55</sup> Supiot adopta la expresión en el sentido que le diera Jünger, al acabar la Gran Guerra, para designar el modo de organización fundado en la movilización de absolutamente todos los recursos humanos, técnicos y naturales para “hallarse en condiciones en todo momento de enviarlos al frente donde un proceso sangrante de consumo desempeñaba el papel del mercado”. Vid. SUPIOT, *El espíritu...*, cit., p. 63, con cita de JÜNGER, Ernst, *Die totale Mobilmachung*, 1930.

<sup>56</sup> TJCE (Gran Sala), 11/12/2007, asunto C-438/05, “*International Transport Workers' Federation* (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte), *Finnish Seamen's Union* (Sindicato de Marineros Finlandeses) y *Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*”.

<sup>57</sup> TJCE (Gran Sala), 18/12/2007, asunto C-341/05, “*Laval un Partneri Ltd. v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (Sindicato sueco de los trabajadores de la construcción), *Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan* (Sección sindical n° 1 de dicho sindicato), y *Svenska Elektrikerförbundet* (Sindicato sueco de electricistas)”.

<sup>58</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., pp. 71 y 113.

<sup>59</sup> GIANIBELLI, Guillermo “Libertad sindical vs. libertad de mercado. Un falso dilema y sus respuestas”, en LAS HERAS, Horacio; SUDERA, Alejandro y TOSCA, Diego (Coords.), *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, p. 396.

<sup>60</sup> TJCE (Sala Segunda), 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, “*Dirk Ruffert, como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y Land Niedersachsen*”. En esta sentencia, el tribunal juzgó que la Directiva eurocomunitaria 96/71, interpretada a la luz del art. 49 del Tratado de la Unión Europea, se opone a unadisposición legal que exige a una empresa adjudicataria de

libertades de circulación, en particular la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios (incluyendo la libertad de desplazamiento de trabajadores propios con mantenimiento del régimen laboral aplicable en el país de origen) y los derechos fundamentales sociales de los trabajadores, el derecho de huelga y el de negociación colectiva<sup>61</sup>.

Las referidas sentencias también son cuestionadas por Ackerman, quien culpabiliza al alto tribunal europeo por haber subordinado, desplazado y limitado tres derechos fundamentales del trabajo (libertad sindical, negociación colectiva e igualdad salarial) en aras de “las cuatro libertades fundamentales del Mercado Interior” que surgen del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuales son las de “circulación de mercaderías, de capitales, de mano de obra y de prestar servicios”, imponiendo así una jerarquización reaccionaria y regresiva que Rodríguez-Piñero caracterizó como “constitucionalización del *dumping* social”<sup>62</sup>.

Aun dentro del ámbito de la versión “verdadera” de la descentralización productiva —según la clasificación adoptada en el renombrado informe sobre las “transformaciones sobre el trabajo y el empleo”, elaborado a fines del siglo XX

---

contratos de obra pública abonar una remuneración prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de cumplimiento del contrato. Véase GIANIBELLI, “Libertad sindical...”, cit., p. 399.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, en *Temas Laborales*, vol. II, núm. 100/2009, p. 518; GIANIBELLI, “Libertad sindical...”, cit., pp. 397/398. La preterición de la huelga ante la libertad de prestación de servicios por parte del tribunal se reiteró tiempo después en el caso “*Fonnskip*”. Vid. TJUE (Gran Sala), 8/07/2014, asunto C-83/13, “*Fonnskip A/S v. Svenska Transportarbetareförbundet* (Sindicato sueco de trabajadores del transporte) y *Facket för Service och Kommunikation* (SEKO, Sindicato de Servicios y Comunicación)” y, por otra parte, “*Svenska Transportarbetareförbundet c. Fonnskip A/S*”. En esta sentencia el tribunal comunitario resolvió que: “Una sociedad establecida en un Estado del Espacio Económico Europeo (EEE) y propietaria de un buque que enarbola pabellón de un país tercero (Panamá) puede invocar la libre prestación de servicios cuando lleva a cabo servicios de transporte marítimo desde o hacia un Estado del EEE.” Consúltese: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-07/cp140094es.pdf>. Véase

asimismo MENDOZA NAVAS, Natividad, “La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 143/147.

<sup>62</sup> ACKERMAN, Mario E., “Prólogo a la segunda edición: Porque cuando se los piensa como recursos suele olvidarse que son humanos”, en ACKERMAN, M. E., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, segunda edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 16, con cita de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Mercedes, “El caso ‘Rüffert’ ¿una constitucionalización del ‘dumping’ social?”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2008, pp. 213-244.

por un grupo de destacados especialistas para la Comisión Europea bajo la coordinación de la Universidad Carlos III de Madrid, conocido mundialmente como “Informe Supiot”<sup>63</sup>—, Antonio Baylos certifica que se trata de un “hecho comprobado” que la subcontratación trae consigo los males de la precarización, que contaminan la relación de trabajo en sus aspectos más relevantes y sensibles, como son la estabilidad en el empleo y la prevención de accidentes y enfermedades laborales<sup>64</sup>. Marta Olmo agrega que la dimensión internacional adquirida por la subcontratación añade nuevos problemas laborales, en cuanto las empresas y grupos empresariales multinacionales que externalizan parte de su actividad en terceros países, buscando espacios geográficos con bajos salarios para multiplicar sus beneficios, suelen obtenerlos mediante el aprovechamiento de las peores —a veces, indignas— condiciones laborales existentes<sup>65</sup>.

De Luca-Tamajo y Perulli también separan las formas de descentralización “ficticias” de las “sinceras”, destacando que las legislaciones laborales de los países en general se orientan hacia una distinción entre sendos supuestos con miras a salvaguardar los derechos de los asalariados, en lugar de obstaculizar, prohibir o “penalizar *a priori*” las decisiones empresariales de segmentación del ciclo productivo<sup>66</sup>. Por subcontrataciones “ficticias” —esto es, “simuladas” o “fraudulentas”— debe entenderse aquellas caracterizadas por la

<sup>63</sup> El “Informe Supiot” identificó, en la externalización de actividades de la empresa, unas series de problemas capaces de jaquear al Derecho del Trabajo, a los cuales subdividía en dos especies en función de su *licitud* o *ilicitud*: a) por un lado, la subcontratación que podría denominarse apócrifa, cifrada en el “fraude social”, consistente en la interposición de una “sociedad-pantalla” entre un trabajador y su verdadera empleadora; y b) por otro lado, la “externalización verdadera”, en la que una empresa se encuentra en situación de dependencia técnica o económica respecto de otra, pero cuya relación recíproca no tiene como objeto exclusivo o esencial el suministro de mano de obra. Vid. SUPLOT, A. (Coord.), *Trabajo y...*, cit., pp. 56/57.

<sup>64</sup> “La relación entre la subcontratación de actividades —la llamada descentralización productiva— y el incremento del empleo temporal y precario es un hecho comprobado en la práctica de las relaciones laborales españolas. Además la repercusión negativa de las técnicas descentralizadoras sobre la siniestralidad laboral se desprende de manera inequívoca de las estadísticas sobre accidentes del trabajo”. Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, “Tendencias regulativas de la descentralización productiva: el caso español”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Nº 4-5, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, 2008, p. 359.

<sup>65</sup> OLMO GASCÓN, Ana Marta, “Contratas y subcontratas”, en BAYLOS GRAU, Antonio; FLORENCIO THOMÉ, Candy y GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, prólogo: María Emilia Casas Baamonde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 358/359.

<sup>66</sup> DE LUCA-TAMAJO y PERULLI, “Informe...”, cit., p. 50.

presencia de “pseudo contratistas” que carecen de consistencia económica y, en sus vínculos más distantes de la empresa nuclear, llevan a cabo “el trabajo peligroso y sumergido”, que puede prestarse incluso en condiciones de semiesclavitud, en talleres ocultos o camuflados para pasar desapercibidos ante los servicios de inspección laboral. Esa ocupación clandestina o sumergida sale a la luz esporádicamente, y de manera luctuosa, cuando ocurre una tragedia, como la que ocurrió en Daca, en abril de 2013, con la muerte de más de mil operarios de la industria de la indumentaria por el derrumbe de un edificio improvisado como taller, cuya estructura era inapta para soportar el peso de las máquinas y los trabajadores que se adocenaban en su interior. Los trabajadores y los contratistas “anónimos”, pero que confeccionaban prendas con célebres nombres comerciales de marcas e importantes empresas multinacionales.

##### **5. Cómo evitar los efectos nocivos de la tercerización internacional sobre las condiciones de trabajo**

La constatación de que las realidades económicas se autoimponen al derecho y el poder político no debe llevar a una actitud de claudicación ante las consecuencias indeseables del recurso a la descentralización productiva ultranacional como puerta de entrada a una suerte de subasta mundial de condiciones de trabajo y remuneraciones. Los problemas planteados por la descentralización productiva transnacional no son ajenos al derecho; son susceptibles de regulación normativa. La obvia dificultad está en el *cómo* de la captación jurídica, sobre todo cuando el potencial objeto de regulación adquiere una configuración que se despliega a través del territorio de varios países. Por ello, la solución, o las acciones tendientes a encontrarla, deben enfocarse en el plano internacional.

La situación ha impulsado a juristas, actores sociales y algunos gobiernos a tratar de encontrar una forma de regulación transnacional o —como expresa Sanguineti Raymond— la construcción de un “derecho del trabajo global o sin fronteras” mediante instrumentos que hagan posible la aplicación transversal de un piso universal de protección a todos los eslabones de la cadena mundial de

valor, sin importar el lugar en que estos se sitúen<sup>67</sup>. Este autor, constata un “creciente proceso de construcción de fórmulas e instrumentos de muy diversa naturaleza, dirigidos a promover la aplicación efectiva de, al menos, un núcleo básico de condiciones laborales justas a lo largo y ancho del planeta”, destacando como prueba de ello “el sinfín de iniciativas, declaraciones, protocolos, códigos de conducta, acuerdos marco, y sistemas de verificación, puestos en circulación en los últimos años con esta finalidad”<sup>68</sup>.

En los párrafos subsiguientes repasaré sintéticamente los instrumentos existentes o proyectados, hasta donde alcanza el estrecho conocimiento de quien esto escribe, destinados a enfrentar la problemática que traen consigo las cadenas mundiales de producción. Tal repaso carece de toda pretensión de exhaustividad, aunque va más allá de la mera elaboración de un inventario. En todo caso, encierra la aspiración de que el hecho de revisar las herramientas y medidas pensadas o puestas en marcha contribuya a su perfeccionamiento y su expansión y estimule la ingeniería de otras nuevas. Para ordenarlas, las separaré en función de su carácter heterónimo o autónomo, es decir, según que su concreción requiera del dictado de normas estatales o supraestatales o que para ello baste la acción de actores privados internacionales. Luego de ello, aventuraré una propuesta de composición híbrida que implica una apuesta al consenso tripartito internacional.

## **5.1. Propuestas que requieren la intervención normativa de los estados o de organizaciones supranacionales**

### **5.1.1. Búsqueda de respuestas en los distintos niveles de tutela de los derechos de los trabajadores**

La gravedad y complejidad de la situación debe impulsar a los estados a buscar respuestas disponiendo de todos los medios a su alcance, aunque está claro que, dada la dimensión transnacional del problema, ninguna acción rendirá

---

<sup>67</sup> SANGUINETI RAYMOND, “Las cadenas...”, cit., p. 11.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 2.

frutos desde el aislado marco de la legislación estatal, que la libre circulación de mercancías y capitales permite a las empresas eludir con facilidad<sup>69</sup>. Las acciones deberían ser impulsadas mancomunadamente entre gobiernos y actores sociales o, en su defecto, por estos últimos, principales interesados en proyectarlas extraterritorialmente, con el fin de construir una regulación que tenga efectividad en todos los tramos de los procesos de producción transnacional.

En esa tarea no se puede prescindir de las agencias u organizaciones internacionales —o supranacionales, como es el caso de la Unión Europea— que podrían officiar como puntos de partida de la aún imaginaria regulación jurídica global. La referencia es obviamente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el “G-20”, la Unión Europea, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Mercosur y, sobre todo, la OIT. En la acción de esas instituciones abarcativas, como mínimo, de una escala regional, deberían involucrarse coordinadamente los actores no gubernamentales, comenzando por las grandes confederaciones y federaciones sindicales internacionales y también aquellas que posean representación en el país huésped de la empresa principal o casa matriz. Tras el objetivo señalado, deberá tenerse en cuenta que los derechos fundamentales del trabajo cuentan con protecciones multinivel, derivadas de constituciones y legislaciones de una copiosa mayoría de los países —cuanto menos de Occidente— y tratados internacionales de alcance universal o regional americano y europeo.

Entre los instrumentos normativos de ese tipo que poseen vigencia en el sistema interamericano, es dable mencionar: a) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1966; b) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); c) la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en Bogotá, 1948; y d) el capítulo VII de la Carta de la

---

<sup>69</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., p. 148.

Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>70</sup>. A estas normas habría que adicionar la jurisprudencia y la doctrina consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la Unión Europea, dentro de la profusión de instrumentos normativos supranacionales con que cuenta el bloque comunitario, tienen relevancia especial dos: a) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), adoptado por el Consejo de Europa en 1950; y b) la Carta Social Europea de 1961. A éstos, a su vez, hay que sumar tres documentos de carácter propositivo, es decir, no considerados integrantes del ordenamiento eurocomunitario. Ellos son: a) el Acta Única Europea de 1986; b) la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en diciembre de 1989; y c) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000 (“Carta de Niza”), aunque en el caso de esta última corresponda una salvedad: no obstante su aprobación formal, este instrumento fue considerado vinculante a partir del 1° de diciembre de 2009, fecha en que entró en vigor de la tercera revisión del Tratado de la Unión Europea (“Tratado de Lisboa”), suscrita el 13/12/2007, cuyo art. 6, apartado 1, declara que: “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados*”. Por tanto, la Carta pasó así a formar parte del “derecho primario” de la Unión y, como tal, sirve de referencia a los fines de examinar la validez del “derecho derivado” y de las medidas adoptadas por los países miembros.

En el ámbito, geográficamente disperso, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales* de esta organización “expresan los valores compartidos por los gobiernos de países que dan origen a una gran parte de la inversión extranjera directa y que son sede de muchas de las empresas

---

<sup>70</sup> Para una lectura completa de los instrumentos internacionales sobre derechos sociales vigentes en América y Europa, véase ERMIDA URIARTE, Oscar y RACCIATTI, Octavio Carlos, *Derecho Internacional del Trabajo. Selección sistematizada de normas y documentos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.

multinacionales de mayor envergadura”. Tienen como objetivo “promover la contribución positiva de las empresas al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo”<sup>71</sup>. Las *Directrices* fueron actualizadas y acompañadas por una *Decisión* conexas de los gobiernos adherentes, el 25 de mayo de 2011, en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50º Aniversario de la organización. Tal actualización fue decidida con la finalidad de que la *Directrices* pasaran a reflejar los cambios en materia de inversión internacional y en las empresas multinacionales ocurridos desde la revisión precedente, realizada en el año 2000. Entre las modificaciones introducidas por la actualización de 2011 al contenido de las *Directrices*, se cuentan dos incorporaciones de interés en el presente trabajo: a) un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para *Proteger, Respetar y Remediar*; y b) “un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia<sup>72</sup> y con la gestión responsable de la cadena de suministro”<sup>73</sup>. Todos estos esfuerzos internacionales, centrados alrededor del concepto de la debida diligencia, van encaminados al desarrollo y consolidación de un ecosistema internacional de responsabilidad empresarial y avanzan hacia su concreción en un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos<sup>74</sup>.

Los instrumentos mencionados —con las salvedades que en su caso se han hecho explícitas—, no solo son objeto de aplicación y de control de su vigencia por tribunales internacionales y órganos específicos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, desde luego, la Corte Internacional de Justicia, que de acuerdo con la doctrina especializada en Derecho Internacional Público puede emitir la

<sup>71</sup> OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011*, OECD Publishing, 2013, prólogo.

<sup>72</sup> La debida diligencia en derechos humanos se identifica con el “deber que orienta a las empresas a que durante sus actividades identifiquen, evalúen, monitoreen y den seguimiento a los riesgos que pueden ser perjudiciales para el respeto pleno de la dignidad humana y del medio ambiente”. Conf. CANTÚ RIVERA, Humberto y BARBOZA LÓPEZ, Miguel, “La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial”, en *Diálogo Derechos Humanos*, 3 de julio de 2020, <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/716-la-union-europea-y-su-camino-hacia-una-ley-sobre-debida-diligencia-empresarial>.

<sup>73</sup> OCDE, op. y loc. cit.

<sup>74</sup> CANTÚ RIVERA y BARBOZA LÓPEZ, op. y loc. cit.

palabra definitiva en materia de interpretación de cualquier tratado<sup>75</sup>. Además, habría que hacer referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Comisión Sociolaboral del Mercosur, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la misma organización, dado su carácter de organismos de seguimiento y control de la aplicación de convenciones internacionales, aunque carezcan de funciones jurisdiccionales en sentido estricto, e incluir, asimismo, a los *Puntos Nacionales de Contacto*, en tanto organismos a cargo de la promoción e implementación de las Directrices de la OCDE, que se encuentran a disposición de organizaciones no gubernamentales<sup>76</sup> —incluidas las asociaciones sindicales— para la discusión en torno a casos de conductas contrarias a estas normas del *soft law* internacional.

De acuerdo con Ledesma Iturbide, el problema que significan las cadenas mundiales de suministro asume un carácter global doblemente causal. En primer lugar, por las características transfronterizas del fenómeno y, en segundo lugar, porque los principios del estado constitucional de derecho obligan a ejercitar una visión integrada de las prescripciones de derecho social (de fuente local e internacional) con los mandatos provenientes del derecho transnacional de los derechos humanos, con sus normas, instituciones y prácticas. Precisamente en relación con esto último, el autor citado recuerda que, desde el derecho internacional de los derechos humanos, se prescribe que la empresa, pública o privada y cualquiera sea su tamaño e importancia, es siempre responsable por eventuales violaciones a los derechos humanos, cualquiera sea su tipo (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y medioambientales). Desde esa

---

<sup>75</sup> De acuerdo con el art. 92 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “*La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas...*” A su vez, el art. 94.1 de la carta orgánica del alto tribunal internacional con sede en La Haya dispone que: “*Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.*” Y el art. 96 del mismo instrumento agrega que: “*a) La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. b) Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.*”

<sup>76</sup> OCDE, op. cit., p. 72.

óptica, el mismo autor considera incontrovertido que el alcance de la responsabilidad que se le atribuye a la empresa resulta comprensivo no solo de la propia actuación sino también de la que llevan a cabo las terceras empresas con las cuales aquella entabla relaciones. Este cúmulo obligacional y de atribución de responsabilidad se completa con el deber de observar una debida diligencia organizacional orientada no solo a evitar o prevenir daños o violaciones a derechos fundamentales sino, antes bien, a favorecer el máximo nivel de goce posible de tales derechos, según sus posibilidades.<sup>77</sup>

#### 5.1.2. Legislaciones nacionales que establecen el deber de vigilancia y la debida diligencia de las empresas

La *Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices (Loi 2017-399)*, sancionada en Francia el 27 de marzo de ese año, fue pionera en el mundo en la imposición del deber de vigilancia o cuidado (*devoir de vigilance – duty of care*) a las empresas transnacionales. Se apoya en los *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*, según los cuales los gobiernos centrales son los principales responsables de velar por que las empresas respeten los derechos humanos y medioambientales, priorizando un enfoque basado en la identificación de los riesgos y la responsabilidad extendida a toda la cadena de valor de la respectiva empresa central. La ley es aplicable a las firmas constituidas o registradas en Francia durante dos años fiscales consecutivos que, teniendo su sede en el país, empleen a más de 5.000 trabajadores, y a aquellas que, con sede en Francia o en el extranjero, empleen a más de 10.000 personas en todo el mundo. El mencionado deber, en esta ley, integra la triple obligación de elaboración, divulgación e implementación efectiva de un “plan de vigilancia”. Este plan, que puede ser elaborado en conjunto con los sujetos particulares interesados, incluye “*medidas de vigilancia razonables para identificar adecuadamente los riesgos y prevenir violaciones de los*

---

<sup>77</sup> LEDESMA ITURBIDE, Diego, “Los presupuestos teóricos y dogmáticos que exige el deber jurídico de la debida diligencia. Un desafío de reconversión del pensamiento”, en ADAMOVICH, Eduardo y ZERNIKOW, Marcel (Coords.), *Investigaciones filosóficas sobre el derecho del trabajo* (título provisional), obra en proceso de edición.

*derechos humanos y las libertades fundamentales, riesgos y daños graves a la salud y seguridad y medio ambiente*”. La vigilancia debida tiene que cubrir los riesgos y perjuicios graves que se deriven de las actividades de la casa matriz y las empresas subcontratistas, las actividades de las empresas que aquella controla directa o indirectamente y, más adelante en la cadena de suministro, las actividades de subcontratistas y proveedores con los que la empresa mantenga una relación comercial razonablemente duradera<sup>78</sup>.

En los Países Bajos, la *Ley sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil* obliga a las empresas locales y extranjeras que ofrecen bienes o servicios a consumidores holandeses, a investigar si en su producción se ha utilizado trabajo infantil y a diseñar un plan para prevenir el trabajo infantil en sus cadenas de suministro, con sujeción a multas administrativas y sanciones penales en supuestos de incumplimiento. La ley fue adoptada por el Senado holandés en mayo de 2019 pero entrará en vigencia a mediados de 2022, con el objeto de conceder a las empresas un cierto período para que estas puedan investigar sus cadenas de suministro. Es aplicable a todas las empresas que venden o proveen bienes o servicios a los consumidores holandeses, sin importar el lugar en el que la empresa tenga su sede o esté registrada. La casa matriz debe investigar si existe una sospecha razonable de que un producto o servicio en su cadena de suministro se ha producido con trabajo infantil, de acuerdo con fuentes que sean conocidas y accesibles para la empresa en particular. Si, después de esta investigación, la empresa principal encuentra indicios de utilización de trabajo infantil por alguno de sus proveedores, aquella no debe terminar la relación comercial con este sino poner en marcha un “plan de acción” para evitar el uso futuro de trabajo de menores de edad. La ley también impone una obligación de informar al ente regulador. Si este determina que una empresa ha violado la ley

---

<sup>78</sup> Véase: COSSART, Sandra; CHAPLIER, Jérôme y BEAU DE LOMENIE, Tiphaine, “*The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All*”, *Business and Human Rights Journal*, 2 (2017), pp. 317–323, Cambridge University Press, p. 320, accesible en <https://respect.international/wp-content/uploads/2018/08/The-French-Law-on-Duty-of-Care-A-Historic-Step-Towards-Making-Globalization-Work-for-All-Business-and-Human-Rights-Jo.pdf>; y, asimismo, TRIPONEL, Anna y SHERMAN, John, “Legislar la diligencia debida e materia de derechos humanos; oportunidades y posibles obstáculos a la ley francesa del deber de vigilancia”, en RESPECT, Asociación Internacional de Abogados, 2017, <https://respect.international/legislating-human-rights-due-diligence-opportunities-and-potential-pitfalls-to-the-french-duty-of-vigilance-law/>. [Ambos consultados el 18 de marzo de 2021.]

(por ejemplo, al no presentar una declaración, realizar la debida diligencia o adoptar un plan de acción), el propio organismo proporcionará a la empresa un curso de acción legalmente vinculante. No respetar las instrucciones o no completarlas dentro del plazo asignado, puede dar lugar a multas o sanciones adicionales para la empresa infractora<sup>79</sup>.

Al tiempo de finalizarse la elaboración de este trabajo, se encuentra en tratamiento por el parlamento holandés un proyecto de “Ley de conducta empresarial internacional responsable y sostenible” (*Verantwoordelijk en duurzaam internationaal ondernemingsrecht*), presentado en conjunto por los partidos Laborista, Verde, Socialista y Unión Cristiana, con el fin de reemplazar a la Ley sobre Debida Diligencia en Materia de Trabajo Infantil, que aún no ha entrado en vigor. La ley que se proyecta tiende a imponer el deber de cuidado o vigilancia para evitar impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, incluido el clima, en todas las empresas de todos los sectores económicos, incluyendo al financiero, que se encuentran registradas en los Países Bajos o venden productos o servicios en el mercado holandés. Los fundamentos del proyecto explicitan que el cumplimiento de tal deber sería exigible “independientemente del lugar donde se realicen las actividades y del contexto legal local” y que comprende “los impactos adversos sobre los derechos humanos directamente relacionados con las actividades, productos o servicios de la empresa a través de las relaciones comerciales”. La iniciativa parlamentaria procura imponer la diligencia debida a todas las empresas que superen al menos dos de los tres siguientes criterios básicos: una dotación de personal de no menos de 250 empleados, un valor total de balance de más de 20 millones de euros y una facturación neta de más de 40 millones de euros<sup>80</sup>.

Las leyes destacadas en los párrafos precedentes de este subpunto, poseen vínculos genealógicos con normas dictadas anteriormente en Italia y el Reino Unido. En Italia, el *Decreto legislativo N° 231/2001* establece la

---

<sup>79</sup> CANTÚ RIVERA y BARBOZA LÓPEZ, op. cit.

<sup>80</sup> WILDE-RAMSING, Joseph; WOLFKAMP, Manon y de LETH, David Ollivier, “El siguiente paso para la responsabilidad corporativa en los Países Bajos: El nuevo proyecto de ley de conducta empresarial internacional responsable y sostenible”, en *Centro de Investigación sobre Corporaciones multinacionales (SOMO)*, 18 de marzo de 2021, <https://www.somo.nl/the-next-step-for-corporate-accountability-in-the-netherlands/>.

responsabilidad de las empresas por ciertos crímenes, tales como la esclavitud, el tráfico humano, el trabajo forzoso y la prostitución infantil, aunque permiten a la empresa exonerarse de responsabilidad si demuestra que adoptó sistemas de organización, gestión y control destinados a identificar y reducir los riesgos de la comisión de dichos delitos. En el Reino Unido, la *Ley de esclavitud moderna*, aprobada por el Parlamento en 2015, procura asegurar que, en las actividades principales de las empresas o en aquellas desarrolladas por su cadena de suministro, no se lleven a cabo violaciones a derechos humanos derivadas de actos de esclavitud y tráfico de personas.

No puedo finalizar este párrafo sin hacer mención a la iniciativa de la Comisión Europea de impulsar la promulgación de un marco normativo sobre debida diligencia, al que se le atribuyen probables efectos en el proceso de negociación de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la materia en las Naciones Unidas. La iniciativa europea constituiría una referencia a nivel mundial sobre la necesidad de legislar la debida diligencia empresarial, con el objetivo de que más empresas ajusten sus políticas corporativas a los estándares internacionales, que serviría particularmente como incentivo para que los Estados desarrollen un marco legislativo para que las empresas cumplan con los estándares de debida diligencia en derechos humanos<sup>81</sup>.

### 5.1.3. Responsabilidad solidaria entre las empresas que participan en el proceso productivo

La subcontratación en sí, entre las diversas consecuencias problemáticas que genera, provoca —explica Diego Tosca— que el trabajador empleado de la firma subcontratista, al momento de exigir la efectivización de sus créditos laborales, enfrenta a un sujeto de escasa solvencia<sup>82</sup>. Las dificultades de satisfacción de los créditos del trabajador se agudizan cuando el domicilio o el

---

<sup>81</sup> CANTÚ RIVERA y BARBOZA LÓPEZ, op. cit.

<sup>82</sup> TOSCA, Diego Martín, “La descentralización productiva (Anatomía y patología en Argentina)”, en ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. (Comps.), ACKERMAN, Mario E.; ERMIDA URIARTE, Oscar; GOLDIN, Adrián; y RASO DELGUE, Juan (Coords.), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 436/437.

establecimiento del empresario principal y solvente se encuentran fuera del territorio del Estado en el que aquel presta servicios; persona o empresa y asiento territorial que seguramente el trabajador ni siquiera conoce.

En la medida en que es notorio que —como observa Las Heras— las grandes empresas suelen ser una “fachada”, tras la cual se mueve “una multitud de unidades y subunidades descentralizadas que se relacionan con otros grupos descentralizados en todo el mundo”<sup>83</sup>, se acrecienta la necesidad de que, en la subcontratación transnacional, la responsabilidad solidaria pueda alcanzar a todas las empresas que intervienen en el proceso productivo, dentro y fuera de las fronteras del Estado en el que cada una de estas tiene su sede, especialmente a la empresa principal u organizadora de dicho proceso, con la posibilidad de ser traídas ante los tribunales con competencia material en el territorio en que se domicilia el trabajador o ante los estrados de una corte internacional. Para ello podría seguirse, en sentido inverso, todo el encadenamiento de personas jurídicas y humanas que se benefician con el trabajo, incluyendo a aquellas que —como sugiere Maza dentro del sistema argentino— participen en todas las actividades normales que realiza la empresa, aun las que confluyen de manera “secundaria o indirecta”<sup>84</sup>, hasta llegar a aquellas que lo dirigen y organizan. Ejemplo análogo de la medida propuesta han generado los EE.UU. cuando se persiguió la responsabilidad penal de todos aquellos que, en forma inmediata o mediata, habían participado en la operación de transporte del buque Exxon Valdez, que en 1989 causó una marea negra frente a las costas de Alaska<sup>85</sup>.

De manera complementaria de la responsabilidad patrimonial, sería conveniente ubicar en tipos punibles con sanción represiva del derecho penal a ciertas conductas que comportan graves violaciones a preceptos plasmados en las constituciones y los tratados internacionales, como por ejemplo, cuando

---

<sup>83</sup> LAS HERAS, Horacio, “Las mutaciones de la empresa en el inicio del siglo XXI”, en ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. (Comps.), ACKERMAN, Mario E.; ERMIDA URIARTE, Oscar; GOLDIN, Adrián y RASO DELGUE, Juan (Coords.), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 275.

<sup>84</sup> MAZA, Miguel Ángel, “Casos de solidaridad por contratación o subcontratación en el art. 30, LCT”, en *Doctrina Laboral*, t. VIII, pp. 913/925, cit. por TRIBUZIO, “Contratación...”, cit., p. 347.

<sup>85</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., p. 149.

atentan contra los bienes jurídicos imprescindibles (vida, salud, seguridad y libertad personal) o alteren en grado intolerable la convivencia social y las relaciones internacionales, tal como acontece con el trabajo en condiciones degradantes, de semiesclavitud o con aprovechamiento de la trata de personas.

#### 5.1.4. Organización de la *trazabilidad social* del producto

Esta idea pertenece a Supiot, quien la propone como camino para hacer recaer la responsabilidad sobre quien pone el producto en circulación en el mercado. El método, muy semejante al que utilizan los ordenamientos jurídicos nacionales para proteger los derechos de consumidores, que consiste en tomar como punto de partida “el objeto” para “identificar al sujeto” responsable, ya ha sido adoptado por la normativa de la Unión Europea para la atribución de responsabilidad por lanzar al mercado productos defectuosos<sup>86</sup>.

El mismo autor postula “saltar por encima de las barreras del derecho de los contratos y las sociedades” para alcanzar a quien introdujo el producto en el mercado, incluyendo a quien lo haya hecho en carácter de importador, que conforme a la Directiva Comunitaria n° 85/374, del 25 julio de 1985, es “*responsable de la misma forma que el productor*”<sup>87</sup>. De este modo, la aplicación del concepto de trazabilidad implicaría que “*si el productor no puede ser identificado, cada proveedor será considerado como productor*”, según prescribe la normativa europea citada.

#### 5.1.5. Conversión en cadenas mundiales de control o de mejora de las condiciones laborales

La original propuesta de Wilfredo Sanguineti —el jurista de habla hispana que ha estudiado con mayor profundidad el tema que aquí se aborda— parte de la conciencia de que no existe hoy ningún poder externo al de las cadenas mundiales de producción que el de las propias empresas que las crean y dirigen,

---

<sup>86</sup> SUPIOT, *El espíritu...*, cit., p. 151.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

ni estatal ni internacional, que sea capaz de replicar su estructura y someterlas de manera unificada a su jurisdicción. Por ello, considera que la única manera de dar pasos hacia la garantía de un piso de derechos laborales en las cadenas mundiales de producción es tratando de instrumentalizar el poder centralizado de decisión que poseen las casas matrices, con el fin de avanzar en un proceso de construcción de nuevos instrumentos de regulación transnacional, destinados a conjurar el “déficit de gobernanza” que se verifica en las cadenas mundiales de producción, para lograr convertirlas, simultáneamente, en “cadenas mundiales de control” o “cadenas mundiales de mejora” de las condiciones laborales, como uno de los muros maestros en la construcción de un “derecho de trabajo sin fronteras” a la que aspira el referido autor<sup>88</sup>.

El autor citado plantea la utilización de la capacidad de influencia de las casas matrices, mediante el control corporativo o contractual, para imponer reglas de conducta a sus empresas colaboradoras y contratistas. En atención a que las empresas multinacionales no son solo sujetos dotados de una especial capacidad para eludir los ordenamientos laborales nacionales sino, por su estructura y su articulación reticular que las hace particularmente idóneas para la construcción de procesos normativos globales, son instrumentos capaces de imponer reglas de conducta a sus empresas colaboradoras y contratistas para proyectar la aplicación de una base común de protección a todos los trabajadores que participan en los procesos de producción asociados a ellas, sin importar el territorio donde se sitúen o la personificación del sujeto que ocupe en cada caso la posición de empleador respecto de estos. Procesos productivos globales, sobre los cuales las empresas multinacionales ejercen el control y la dirección<sup>89</sup>. Esta posición que ocupa en la organización de la producción y el comercio a escala planetaria permite a la casa matriz la creación de “un campo de regulación autónomo” a partir de “su propia esfera privada de actuación”, mediante la decisión de convertir los estándares comunes de tratamiento laboral dentro de su cadena de producción en reglas de obligado cumplimiento para sus filiales, cuyo control ejerce, o en condiciones de asociación para sus colaboradores y

---

<sup>88</sup> SANGUINETI RAYMOND, “Las cadenas...”, cit., p. 144.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

socios comerciales con los que mantiene vínculos de naturaleza contractual dotados de cierta estabilidad<sup>90</sup>.

## 5.2. Propuestas de carácter autónomo

### 5.2.1. Negociación colectiva y acción de conflicto transnacionales

Se ha señalado que la dispersión transnacional de la producción ha servido, durante décadas, como fácil refugio para eludir las intervenciones equilibradoras, no solo del Estado, sino también de los sindicatos. La intensa actividad de concentración de empresas, globalización de la economía y deslocalización de centros de trabajo ha impulsado a los trabajadores a adoptar medidas de conflicto a nivel transnacional<sup>91</sup>. Dado que —como propone Ojeda Avilés— la acción puramente nacional, ya sea de negociación o de conflicto, no da resultados porque el grupo multinacional puede reorganizar su actividad en otras divisiones externas, la solidaridad de los trabajadores dentro del mismo grupo de empresas encuentra sus ventajas para luchar, del mismo modo que cuando se trata del *dumping* social realizado desde algunos países por las filiales externas del propio grupo empresarial, con lo que parece lógico utilizar la negociación y el conflicto en el mismo ámbito global en el que surge el problema<sup>92</sup>.

Las organizaciones sindicales internacionales se presentan como instrumentos insoslayables para contener el aprovechamiento, por parte de las empresas, de las divisiones político-geográficas para eludir los niveles de protección alcanzados en determinados países. Tienen la responsabilidad de

---

<sup>90</sup> SANGUINETI RAYMOND, “Las cadenas...”, loc. cit., con cita de BAYLOS GRAU, Antonio, “Los acuerdos marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 28, Albacete, 2004, pp. 194/195.

<sup>91</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 287.

<sup>92</sup> OJEDA AVILÉS, op. cit., p. 289. Este autor formula una precisión respecto del significado que adquieren los conceptos de “diálogo social” y “negociación colectiva” en el Derecho Transnacional del Trabajo, subrayando que al conjunto de actuaciones horizontales entre las partes colectivas se lo denomina, en dicho campo, “diálogo social” aunque en el Derecho interno reciba otras denominaciones como “información y consulta” o, más sencillamente, “negociación colectiva”. Vid. OJEDA AVILÉS, op. cit., p. 292.

diseñar acciones idóneas para asegurar que los compromisos adquiridos de manera unilateral o negociada por las empresas se mantengan cualquiera sea la ubicación territorial de los centros de trabajo y el personal que participa en el proceso de producción de los bienes que comercializan. Es innegable que ello exige una inmensa tarea de adaptación de los sujetos colectivos, creando estructuras sindicales adecuadas —*v.gr.*, comités de empresas multinacionales, a la manera de los comités de empresa europeos— y de desarrollo de la negociación colectiva internacional<sup>93</sup>.

Como primera medida, se presenta como recomendable que los grandes agrupamientos sindicales, internacionales y nacionales, impulsen la adopción de acuerdos colectivos destinados a establecer normas mínimas de regulación de la subcontratación transnacional, tendientes por lo menos a limitar los efectos más graves que recaen sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente de aquellos que se encuentran en las etapas finales del ciclo productivo o en todas las que requieran uso intensivo de mano de obra y de menor calificación. La Confederación Sindical Internacional (CSI) impulsa los llamados “acuerdos-marco globales” o “acuerdos-marco internacionales” (AMI), que consisten en “instrumentos suscritos por las organizaciones sindicales internacionales y la dirección de las empresas transnacionales para establecer, de manera conjunta, una serie de normas y principios mínimos de coordinación en materia de relaciones laborales, basados normalmente en los derechos sociales fundamentales tal y como los define la OIT, con voluntad de aplicarse en la totalidad o en un amplio porcentaje de la cadena global de producción, incluyendo al máximo número de trabajadores posible”<sup>94</sup>. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es el celebrado entre Comisiones Obreras (CC.OO.), de España, y la empresa Inditex, líder mundial de la industria y la comercialización de

---

<sup>93</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, “Deslocalización...”, cit., p. 363.

<sup>94</sup> La CSA es consciente de que los AMI muchas veces son desconocidos por las empresas y los sindicatos locales, por lo cual considera este desconocimiento como uno de los grandes obstáculos a superar para asegurar su efectividad, que solo podrá solventarse mediante una adecuada comunicación entre las confederaciones y los sindicatos locales, promoviendo el contacto, el trabajo conjunto y la coordinación de acciones.” *Vid.* CSA, op. cit., p. 18.

indumentaria cuya cadena mundial de producción empleaba —en 2019— a 2.201.792 personas, de las cuales solo 174.386 eran trabajadores propios<sup>95</sup>.

El instrumento quizás más eficiente de tales entendimientos colectivos parecería consistir en la conformación de unidades de negociación *transversales* —así denominadas por Gianibelli<sup>96</sup> y por Merino Segovia<sup>97</sup>—, que reunifiquen la descentralización a través de la participación de la empresa principal y las distintas empresas relacionadas con la primera que, en el supuesto aquí examinado, debería comprender a las que intervienen en el proceso productivo desde los territorios de terceros Estados.

Entre los contenidos de esos instrumentos autónomos, debería contemplarse la radicación de representaciones de las entidades sindicales internacionales —que representen asimismo a los trabajadores dependientes de las respectivas empresas involucradas— en todos los establecimientos en los que se desenvuelve el proceso productivo hasta su finalización. O quizás, a la inversa —conforme lo explica Gianibelli—, la constitución e implantación de representaciones unitarias de los trabajadores pueda ser el factor de una re-regulación del fenómeno, comenzando por construir lo que el autor citado denomina la “reconfiguración colectiva del espacio estratificado”<sup>98</sup>, en el supuesto aquí examinado, por la segmentación del proceso productivo a escala transnacional. No obstante estar enfocadas hacia la regulación estatal, las ideas aportadas por Gianibelli resultan igualmente sustanciosas a los efectos de las propuestas bosquejadas en este apartado. Este autor recomienda, como única

---

<sup>95</sup> BOIX, Isidro (dirigente sindical), “El Acuerdo Marco Global de Inditex, una práctica de Acción Sindical Global”, ponencia presentada en el seminario titulado *Diritti nazionale e violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro*, organizado por la Università degli studi di Trento, 27 y 28 de noviembre de 2019, publicada por CC.OO. Industria, Barcelona, enero de 2020, pp. 9/10.

<sup>96</sup> GIANIBELLI, Guillermo, “Debates sobre la tercerización desde el campo del derecho” en BASUALDO, Victoria y MORALES, Diego (coord.), *La tercerización laboral. Orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 257/258.

<sup>97</sup> MERINO SEGOVIA, Amparo, “Descentralización productiva en el complejo petroquímico Repsol-YPF y constitución de unidades transversales de negociación”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, cit. por GIANIBELLI, “Debates...”, cit., p. 261.

<sup>98</sup> El autor arriba citado propone, a los fines de la construcción de una intervención re-reguladora del Estado, que “la redefinición del espacio de contractualización, entre trabajador y diversos empleadores, y entre empresas entre sí, por una referencia al lugar de trabajo en sentido amplio, como espacio en el que se producen los intercambios y se valoriza el capital, independientemente de las nociones estrictas de la personalidad jurídica”. Vid. GIANIBELLI, “Debates...”, cit., pp. 255/256.

forma de consolidar una acción sindical unificada con capacidad de reunir a los trabajadores de las distintas empresas de la red, la creación de “instancias de representación unitaria”, del tipo de los “comités intersindicales”, o la “coordinación de comisiones internas de distintas empresas relacionadas”<sup>99</sup>, que puedan reagrupar representaciones de trabajadores de diferentes empresas y actividades, todas ellas vinculadas al mismo ciclo productivo.

Situándonos en el plano normativo que pueda servir de base a la construcción de la negociación colectiva transnacional, además del ya mencionado Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en el vasto ámbito de las Naciones Unidas, conviene reparar en que, en el sistema interamericano, rigen diversos documentos jurídicos que consagran los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. La Carta de la OEA, en su art. 45, literal c), enfatiza que: *“Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores...”* Merece igualmente un primer plano el art. 8 del Protocolo de San Salvador, cuyo primer inciso obliga a los Estados signatarios a garantizar: *“El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”*, y desarrolla el enunciado de la garantía, destacando que: *“Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección...”* En el acápite siguiente del mismo artículo, se extiende la garantía de manera expresa al *“derecho a la huelga”*. Por otra parte, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en su art. 7, impone a *“la ley”* de los estados miembros de la OEA, el reconocimiento de *“los contratos y convenciones colectivas de trabajo”*, a los cuales somete a su vez a la reglamentación de aquélla. Y en cuanto respecta al Mercosur, el capítulo III de la Declaración Sociolaboral, revisada en 2015, proclama el derecho de todos los trabajadores de los países que integran el “mercado común” a constituir las asociaciones de su

---

<sup>99</sup> GIANIBELLI, “Debates...”, cit., p. 256.

conveniencia, a celebrar acuerdos y convenios colectivos de acuerdo con las legislaciones y prácticas de los Estados partes y la garantía de ejercer el derecho de huelga atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes en los respectivos países.

En la Unión Europea la cuestión presenta mayores matices, como producto del complejo entramado normativo derivado de su avanzado grado de integración. No obstante que, como advierte Antonio Baylos, la autonomía colectiva ocupa un lugar central en los sistemas jurídico-laborales de los países que integran la Unión, se carece en este ámbito de un orden constitucional supranacional que brinde garantías a los derechos colectivos de los trabajadores. Por caso, la negociación colectiva de empresa en el nivel transnacional ni siquiera aparece recogida en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, instrumento que —como se señaló más arriba, en el parágrafo V.1.1— carece de virtualidad jurídica<sup>100</sup>.

La hipotética negociación de convenios colectivos para empresas que recurren a la subcontratación extranacional podría ser instada a través del recurso coordinado a la huelga o el boicot del mismo alcance. Así como la fisiología de la subcontratación de ultramar se cifra —conforme se ha descrito en el apartado II del presente— fundamentalmente en el mecanismo de *coordinación* entre las empresas vinculadas en un mismo ciclo productivo, las organizaciones de trabajadores pueden, de su lado, activar medidas de acción coordinadas que les permitan trascender los marcos jurídico-políticos y territoriales de los estados.

En el plano teórico o de la dogmática jurídica, la huelga no tiene por qué ser encerrada en un estereotipo inmutable, cristalizado en determinados comportamientos de los trabajadores fundamentalmente ocupados en la

---

<sup>100</sup> Baylos apunta que “el modelo antropológico sobre el que se edifican las constituciones democráticas europeas es el del ciudadano-trabajador, y sobre el trabajo como elemento de cohesión social y de dignidad personal se asienta la idea del Estado Social que orienta el orden constitucional y el sistema de derechos de una nación. En el ordenamiento europeo, por el contrario, la figura social relevante es la del consumidor y usuario, y frente al Estado como elemento regulador se afirma el mercado y en definitiva la empresa como sujeto clave”. Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario”, en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 21 y 18.

industria, que resultan característicos del período histórico en que se expandió un modelo de organización empresarial-productiva que actualmente se encuentra en extinción, como es el de la empresa integrada verticalmente, identificada como “fordista”. Es decir, que no puede considerarse que las únicas manifestaciones del conflicto colectivo que resultan admisibles, desde un enfoque jurídico racional, sean aquellas formas de lucha obrera que los trabajadores idearon en su tiempo para desorganizar la línea de montaje industrial de la empresa que producía exclusivamente para un mercado interno y cerrado. Ello equivaldría a interpretar que el derecho de huelga ha perimido en una suerte de caducidad provocada por la sola causa de la transformación o la desaparición del formato “tradicional” de empresa y de estructura productiva.

La huelga, como principal herramienta defensiva de los demás derechos de los trabajadores y sus organizaciones —según la repetida calificación del Comité de Libertad Sindical<sup>101</sup>—, no puede considerarse descartada por obra del solo reposicionamiento estratégico del empleador. Idéntica reflexión cabe respecto del boicot, primario y secundario, considerado la medida de conflicto más frecuente a nivel transnacional<sup>102</sup>. El problema ha sido visto con claridad hacia el final del siglo pasado por Ermida Uriarte, cuando apuntó que la aparición de nuevas y atípicas modalidades de conflicto era demostrativa de una “flexibilización práctica” de la huelga en respuesta a la flexibilización de la organización del trabajo. No puede sino considerarse como “natural e inevitable” —abona el autor citado— que un fenómeno dinámico como es la huelga se manifieste entonces bajo variadas y renovadas modalidades<sup>103</sup>.

La inexistencia de una regulación internacional de la huelga —dejando a salvo la referencia genérica pero indubitable del art. 3.1 del Convenio n° 87 y la doctrina construida en torno a esta cláusula por los órganos de control de la OIT, tan cuestionada actualmente por la Organización Internacional de Empleadores

---

<sup>101</sup> Véase OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición (2018), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 145, párr. 753.

<sup>102</sup> “La utilización del boicot por sindicatos y trabajadores parece hallarse en relación con el tráfico comercial internacional o interestatal, como lo demuestra el hecho de que la mayoría de los litigios en torno a su uso lícito o ilícito se hayan residenciado ante los tribunales norteamericanos y británicos”. Vid. OJEDA AVILÉS, *Derecho transnacional...*, cit., p. 337.

<sup>103</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, Cuadernos de Fundación, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, FCU, Montevideo, 1999, pp. 18 y 14.

(OIE)<sup>104</sup>—, sumada a las disimilitudes existentes entre los regímenes comparados, en algunos de los cuales la huelga ni siquiera es reconocida como un derecho (tal es el caso de los EE.UU., Bélgica y el Reino Unido) y en otros recibe limitaciones de toda índole (de carácter subjetivo, por ejemplo, en Alemania, Chile, EE.UU. y Suecia; en cuanto a sus fines, en Chile, Costa Rica, Reino Unido y República Checa; en función de las formas de su ejercicio, en España, Finlandia, Francia y República Dominicana; y de carácter procedimental, *v.gr.*, en Canadá, Colombia, Ecuador, Grecia, México y Perú), permite augurar escasas y arduas posibilidades a una hipotética huelga de alcance transnacional<sup>105</sup>.

Por ello, la acción sería difícilmente concebible como una “huelga internacional”, que tendría remotas posibilidades de contabilizar resultados positivos en tanto colisionaría con las legislaciones de los Estados que, mayoritariamente, no demuestran permisividad ante acciones de este tipo, además de que imponen limitaciones a las huelgas de carácter político, como sería calificada una medida de la especie explorada. Podrían, en todo caso, ensayarse boicots o acciones huelguísticas paralelas y coordinadas en distintos países (los vinculados por un mismo proceso productivo en el que se verifica la violación de derechos), sometidas cada una de ellas a las concretas regulaciones nacionales, en cuanto sería la permisividad a nivel nacional de las medidas de menor nocividad pero no por ello menos eficaces (como por ejemplo las *acciones secundarias* o *huelgas de solidaridad*, u otras medidas como el boicot, las manifestaciones públicas en ejercicio de la libertad de expresión y los piquetes pacíficos) la vía más factible para llevar a cabo una acción de presión más allá del contrato o la relación laboral y de las fronteras nacionales<sup>106</sup>.

Así como la empresa acude a menudo a la autorregulación, calificada como *soft law*, las organizaciones de trabajadores (art. 10 Convenio n° 87) pueden recurrir a la *soft strike*, es decir, a las modalidades de huelga que resulten

---

<sup>104</sup> Véase el párrafo V.3 del presente trabajo y la bibliografía citada en la nota 107.

<sup>105</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 63/64.

<sup>106</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, op. cit., pp. 65/66.

admitidas o no prohibidas ni consideradas ilegales por las legislaciones de los países comprendidos por el alcance de la medida.

### 5.3. Una hipótesis de reformulación de los procedimientos de control de la OIT

La OIT, que transita un período ya extenso de revisionismo regresivo e infertilidad normativa —por lo que recibió una dura crítica en un artículo póstumo de Oscar Ermida Uriarte<sup>107</sup>—, resiste desde hace casi una década un renovado embate del empresariado internacional organizado, contra el sistema de control de normas, que se hace ostensible en su sistemática descalificación de la competencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones durante las sesiones de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante, “Comisión de Normas”), que alcanzó su máxima tensión en el bloqueo del funcionamiento de este comité tripartito en la 101ª reunión de la mencionada asamblea internacional, que tuvo lugar en 2012<sup>108</sup>.

Aunque no se le pueda exigir a la OIT que se mantenga totalmente ajena al pensamiento económico dominante en la globalización, que ha conseguido limitar considerablemente la vigencia del estado de bienestar y demuestra aversión por toda regulación de los mercados, incluidos desde luego los de trabajo, la OIT tampoco puede desentenderse del cumplimiento de su función y de sus objetivos plasmados en su Constitución. En el preámbulo de su carta fundacional se expresa que la existencia de un solo país que no adopte “un

---

<sup>107</sup> Ermida Uriarte cuestiona, entre otros cambios de la OIT, lo que él denomina el “proceso de *conservadurización* de la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical”, que se evidencia en la quinta edición de la “recopilación de decisiones” de este órgano de control y en la actitud complaciente del mismo en la admisión de quejas por violación de la libertad sindical presentadas por los empleadores. Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, en revista *Derecho Laboral*, Montevideo, T. LIV – N° 242, abril – junio 2011, pp. 236/237.

<sup>108</sup> Véase al respecto: ACKERMAN, Mario E., “Carácter y alcance de los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT”, en *DT*, Año LXXV, N° 3, marzo 2015, pp. 510/518; BELLACE, Janice, “La OIT y el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133 (2014), núm. 1, pp. 31/76; y BRONSTEIN, Arturo, “El debate reciente en la OIT sobre el derecho de huelga”, en CAPARRÓS, Fernando; GARCÍA, Héctor Omar y MUGNOLO, Juan Pablo (Coords.), *El Derecho del Trabajo en tiempo de cambios (En honor de Adrián Goldin)*, EDIAR, Buenos Aires, 2017, pp. 933/953.

*régimen de trabajo realmente humano*” constituye un obstáculo para los esfuerzos dirigidos a mejorar la situación de los trabajadores en otros países<sup>109</sup>. Hoy en día, los obstáculos se han multiplicado, entre otras causas, porque los capitales originarios de estados desarrollados, y que mantienen cierto nivel de protección al trabajo dependiente, se conectan, mediante las cadenas mundiales de producción, con una creciente oferta de los países que mercedamente han sido calificados como “paraísos laborales”.

Las violaciones a los convenios internacionales que se verifican en los países que integran la lista de casos sometidos anualmente al tratamiento de la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo suelen tener lugar en las etapas intermedias o finales de los procesos productivos de las cadenas mundiales de suministro; precisamente, aquellas en las que se genera menor valor agregado y requieren el uso más intensivo de mano de obra, en no pocas ocasiones sometida a las peores formas de explotación. Es decir, que esa lista se compone exclusivamente por los países en los que la violación se *ejecuta*, sin ningún tipo de involucramiento de aquellos en los que se *decide* estratégicamente sacar provecho de esa violación mediante la tercerización transnacional.

De ese modo, el sistema de control resulta ineficiente, en la medida de que se ejerce presión sobre el Estado más pobre y menos influyente mientras el país de origen de la empresa central, que recibe algunos beneficios (*v.gr.*, mediante la recaudación de los impuestos que paga dicha empresa organizadora de la cadena, las inversiones en la publicidad de su marca y en otros servicios que, junto a la mejor retribución de las tareas más calificadas, agregan valor en su mercado interno), queda al margen de toda imputación en el mencionado foro internacional. De poco sirve entonces limitar la presión al país huésped en que

---

<sup>109</sup> “Considerando 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: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.” (Párrafos tercero y cuarto del preámbulo de la Constitución de la OIT.)

se constata el incumplimiento si no se corresponsabiliza al Estado exportador de “trabajo indecente” o violatorio de los convenios fundamentales.

De allí la propuesta de promover un cambio en los procedimientos del sistema de control de la OIT que incorpore la imputabilidad y la responsabilidad consorcial en el tratamiento de casos sometidos al conocimiento de la Comisión de Normas. En los supuestos en que la violación a los derechos o principios fundamentales (por ejemplo, aquellos garantizados por la Declaración de Filadelfia de 1944, integrada a la Constitución de la OIT en 1946, y en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales de 1998, que a su vez se desarrollan en los convenios así calificados por la propia organización<sup>110</sup>) se ejecute mediante una operación de descentralización productiva transnacional deberían ser incluidos *en bloque* en la lista de estados infractores tanto el país de ejecución del trabajo, en el que se produce la transgresión, como aquel en que se decide la deslocalización de la actividad.

Si bien las imputaciones siempre recaen sobre los Estados miembros, el cambio aquí propuesto puede requerir el abandono de la regla consuetudinaria que impide hacer mención, en los debates dentro de la Comisión de Normas y quizás también en los informes de la Comisión de Expertos, a las empresas responsables en última instancia de las concretas contravenciones normativas, dado que en tales hipotéticas circunstancias esa referencia puede resultar inevitable e incluso necesaria en tanto constituiría la causa justificante de la suerte de solidaridad pasiva que aquí se postula.

Si el principio o derecho fundamental afectado fuere la libertad sindical — desde esta hipótesis que sostengo —, ambos Estados deberían ser así también querellados en conjunto en el procedimiento de queja ante el Comité de Libertad Sindical.

---

<sup>110</sup> Tales son los convenios números: 87 y 98 (libertad sindical y negociación colectiva); 29 y 105 (eliminación del trabajo forzoso); 138 y 182 (abolición del trabajo infantil); y 100 y 111 (eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación). Véase: OIT, *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, segunda impresión, Oficina Internacional del Trabajo, Programa InFocus sobre la promoción de la Declaración, Ginebra, 2003; y, asimismo, BRONSTEIN, Arturo, *Derecho internacional del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 84.

## 6. Reflexiones finales

En el presente trabajo se ha tomado como punto de partida el repaso de los conceptos y las características de la externalización productiva transnacional, seguido de un retrato de la empresa multinacional, cuya estructura ha evolucionado desde la configuración que perduró en la mayor parte del siglo XX —antes del advenimiento de la globalización y el nuevo esquema de división internacional del trabajo que esta propició— hasta su transfiguración en la conformación de cadenas mundiales de producción, o cadenas mundiales de suministro, erigidas actualmente en el instrumento arquetípico de la tercerización transnacional y, más aún, del sistema de producción actual.

Tal como pone de manifiesto la resolución de la OIT relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, de 2016, la tercerización internacional es causa de degradación de las condiciones de trabajo y de la generalización del déficit de trabajo decente. Las consecuencias negativas que este modo de producir provoca sobre las condiciones de trabajo —al extremo de no descartar el recurso a las peores formas de ocupación—, el empleo y la protección social y ambiental, en una carrera libre de condicionantes jurídicos y de límites éticos en pos de obtener mejoras en términos de competitividad, hasta el momento son de imposible captación para el derecho del trabajo debido a las múltiples vías de escape a la regulación laboral, social y fiscal de los estados nacionales que proporciona la deslocalización de la producción.

La disciplina jurídica, obligada hoy a enfrentar problemas numerosos, originados por múltiples causas —innovaciones tecnológicas, tendencia a la deslaboralización de la relación de trabajo, políticas públicas contractivas de la demanda y de ajuste fiscal, pérdida de gravitación de las organizaciones sindicales, declinación de la OIT como fuente de creación de normas y pérdida de eficacia del sistema de control de esta—, desnuda su mayor impotencia ante el fenómeno de la descentralización productiva transnacional. Las dificultades para la identificación del empleador y la consecuente imputación de responsabilidad, inherentes al trabajo en régimen de subcontratación, se agravan con la dispersión del sistema de producción en el mapa global. El

problema se potencia ante la imposibilidad de aprehensión del fenómeno mediante la regulación laboral, segmentada en la diversidad de estados-nación, para asegurar un acervo mínimo de derechos a los trabajadores y controlar su cumplimiento.

Entre todo el instrumental disponible para la intervención jurídica y socioeconómica, dos elementos se destacan y reclaman ser tenidos en cuenta: las normas internacionales del trabajo y la negociación colectiva internacional. Es sabido que ni las primeras ni los instrumentos generados por la segunda poseen eficacia terminante, pero ambos se muestran como los instrumentos con mayor capacidad de contribución, entre todos los que se encuentran a la mano, para la búsqueda de respuestas paliativas a la cuestión, que no han pasado desapercibidos por los sindicatos.

Las grandes organizaciones sindicales internacionales, como la CSI y la CSA, y otras centrales de representación nacional (como es el caso de CC.OO. en España) vienen promoviendo y experimentando la celebración de acuerdos-marco a escala mundial con las casas matrices de empresas multinacionales. Instrumentos destinados a establecer un bagaje mínimo de derechos fundamentales de los trabajadores, adoptando como referencia los convenios fundamentales de la OIT y los compromisos autoasumidos en los respectivos códigos de conducta, que la empresa principal respete y haga respetar por las firmas y empresarios que participan en su cadena productiva, como única vía posible de establecer una regulación no generada por el subjetivismo empresarial unilateral que trascienda los límites geográfico-políticos de los estados, a los cuales se circunscribe inexorablemente el alcance de la legislación laboral y de la seguridad social. Esa modalidad de acción de los actores sociales internacionales es, hasta el momento, quizás la única que ha demostrado algún grado de efectividad en la tarea de superar el vacío de regulación laboral en que se mueve la tercerización transnacional.

También aquí se han recabado algunas propuestas elaboradas por la doctrina científica y se han aportado modestamente otras, todas orientadas a solucionar el mismo problema. La doctrina jurídica no está al margen de la búsqueda de soluciones al problema de mayor gravedad que enfrenta el derecho

del trabajo y de la seguridad social, como lo han demostrado algunas contribuciones que han sido muy brevemente aquí visitadas. En esa corriente se inscribe este trabajo, que no pretende ser considerado siquiera un aporte, sino apenas un impulso a la construcción de alternativas, que es y debe ser necesariamente coral. Con dicha orientación, se han incluido, en los párrafos precedentes, algunos esbozos de acción hipotética a ser encarados desde el derecho del trabajo, que no tienen mayor pretensión que la de insertarse en un debate que, no obstante resultar necesario, hasta ahora no ha logrado más que desnudar las impotencias de esta rama del derecho, entendida como disciplina científica y como ordenamiento normativo, para encontrar soluciones a un problema acuciante.

La muy escasa cosecha de frutos no debe conducir al desánimo de los juristas sino —todo lo contrario— a redoblar sus esfuerzos, en la investigación, la ideación de modos de acción, el intercambio de experiencias con actores institucionales y sociales, en aras de alcanzar algún modo de asegurar un *trabajo decente* o satisfactorio en términos de umbrales mínimos de derechos y protección laboral, social y ambiental, para las personas que trabajan en todas las instancias de los procesos de producción transnacional.

## Bibliografía

- ACKERMAN, M. (2016). "Prólogo a la segunda edición: Porque cuando se los piensa como recursos suele olvidarse que son humanos", en ACKERMAN, M., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, segunda edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- BAYLOS GRAU, A. (2003). "La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario", en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete.
- BAYLOS GRAU, A. (2008). "Tendencias regulativas de la descentralización productiva: el caso español", en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, N° 4-5, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires.
- CASTELLS, M. (1999). *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, vol. 1 – *La sociedad red*.
- CSA (2018). *Cadenas globales de producción y acción sindical. Cartilla didáctica*, contenido y redacción: Adoración Guamán, San José, diciembre.
- DE LUCA-TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2009). "Informe general presentado al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006", versión en castellano adaptada para el libro *Descentralización Productiva. Deslocalización – Contratación y sublocación – Cesión de personal – Grupo de empresas – Teletrabajo*, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Director), Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires.
- ERMIDA URIARTE, O. (1981). *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1999). *La flexibilización de la huelga*, Cuadernos de Fundación, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, FCU, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Crítica de la libertad sindical", en revista *Derecho Laboral*, Montevideo, T. LIV – N° 242, abril – junio.

- ERMIDA URIARTE, O. y ORSATTI, Á. (s/f). "Outsourcing/tercerización: un recorrido entre definiciones y aplicaciones", en BUENO RODRÍGUEZ, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores), *Outsourcing (tercerización). Respuestas desde los trabajadores*, Cuadernos de investigación, Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical, México, D.F.
- ESPONDA, M. (2013). *Tercerización: aportes para un estudio de sus orígenes, formas de conceptualización e impactos en América Latina*, Área de Economía y Tecnología de FLACSO, Primer informe – Proyecto de investigación sobre tercerización, Programa de estudios del trabajo, movimiento sindical y organización industrial, FLACSO Argentina, Buenos Aires.
- GARCÍA VIOR, A. (2010). "La nueva fisonomía del empleador y de la empresa: otro reto en materia de representación sindical", revista *Derecho del Trabajo*, año LXX, N° 12, dic., Buenos Aires.
- GIANIBELLI, G. (2014). "Debates sobre la tercerización desde el campo del derecho" en BASUALDO, Victoria y MORALES, Diego (coord.), *La tercerización laboral. Orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- GIANIBELLI, G. (2017). "Libertad sindical vs. libertad de mercado. Un falso dilema y sus respuestas", en LAS HERAS, Horacio; SUDERA, Alejandro y TOSCA, Diego (Coords.), *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. (2010). "Deslocalización productiva y regulación de las relaciones laborales", en LAHERA-FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Directores), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización, Colección Estudios Laborales*, N° 8, Ediciones CINCA, Madrid.
- JAVILLIER, J. (1999). "Le future de la subordination dans l'évolution du droit du travail", *Le trasformazioni del lavoro*, Milano.
- LAS HERAS, H. (2007). "Las mutaciones de la empresa en el inicio del siglo XXI", en ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. (Comps.), ACKERMAN, Mario E.; ERMIDA URIARTE, Oscar; GOLDIN, Adrián y RASO DELGUE, Juan

- (Coords.), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- LEDESMA ITURBIDE, D. “Los presupuestos teóricos y dogmáticos que exige el deber jurídico de la debida diligencia. Un desafío de reconversión del pensamiento”, en ADAMOVICH, Eduardo y ZERNIKOW, Marcel (Coords.), *Investigaciones filosóficas sobre el derecho del trabajo* (título provisional), obra en proceso de edición.
- LÓPEZ, D. (2007). *Responsabilidad laboral de las empresas multinacionales*, OXFAM, Santiago de Chile.
- MERINO SEGOVIA, A. (2005). “Descentralización productiva en el complejo petroquímico Repsol-YPF y constitución de unidades transversales de negociación”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Albacete.
- MONEREO PÉREZ, J. (1994). “Grupos de empresas y subcontratación”, en BAYLOS, Antonio y COLLADO, Luis (editores), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid.
- MORENO MARAÑÓN, M. (2010). “El impacto laboral de la descentralización productiva”, en LAHERA-FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Directores), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización, Colección Estudios Laborales*, Nº 8, Ediciones CINCA, Madrid.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2016). “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OCDE (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011*, OECD Publishing.
- OIT (2016). 105a Conferencia Internacional del Trabajo, Informe IV, *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OJEDA AVILÉS, A. (2013). *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- OLMO GASCÓN, A. (2014). “Contratas y subcontratas”, en BAYLOS GRAU, Antonio; FLORENCIO THOMÉ, Candy y GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, prólogo: María Emilia Casas Baamonde, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2009). “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, *Temas Laborales*, vol. II, núm. 100/2009.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2014). “Subcontratación de actividades productivas y derechos laborales”, en *Estudios críticos de Derecho del Trabajo*, Moisés MEIK (Dir.), DUARTE, David; GIANIBELLI, Guillermo y SZTERNSZTEJN, Carlos P. (Coords.), Legis, Buenos Aires.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, en VILLASMIL PRIETO, Humberto y CARBALLO MENA, César Augusto (Directores académicos) y TORRES TARAZONA, Luis Alberto (Director de la publicación), *Derecho laboral iberoamericano: influencias del sistema normativo de la OIT*, Tirant lo Blanch Colombia, Bogotá.
- SIMITIS, S. (1997). “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, nº 79.
- SUPIOT, Alain (coord.) (1999). *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Informe para la Comisión Europea bajo la coordinación de la Universidad Carlos III de Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, primera edición, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona.
- TOSCA, D. (2007). “La descentralización productiva (Anatomía y patología en Argentina)”, en ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. (Comps.), ACKERMAN, Mario E.; ERMIDA URIARTE, Oscar; GOLDIN, Adrián; y RASO DELGUE, Juan (Coords.), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

TRIBUZIO, J. E. (2008). “Contratación externa de la actividad empresaria”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Bomarzo, Nros. 4 y 5, Buenos Aires.

### Recursos electrónicos

CANTÚ RIVERA, H. y BARBOZA LÓPEZ, M. (2020). “La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial”, *Diálogo Derechos Humanos*, 3 de julio de 2020. Disponible en <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/716-la-union-europea-y-su-camino-hacia-una-ley-sobre-debida-diligencia-empresarial/>

GIANIBELLI, G. (2018). “Cuestiones conceptuales: Cadenas de valor y acuerdos marco”, en *PIICV – Programa Interuniversitario de Investigaciones sobre Cadenas de Valor Argentina, Brasil, Costa Rica, España, Italia, Uruguay*, publicado en *RELATS – Red Española Latinoamericana de Trabajo y Sindicalismo*. Disponible en [www.relats.org/documentos/PIICV\\_Gianibelli2018.pdf](http://www.relats.org/documentos/PIICV_Gianibelli2018.pdf).

RASO DELGUE, J. (2017). “Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro”, *Red Española Latinoamericana de Trabajo y Sindicalismo*, mayo. Disponible en [www.relats.org](http://www.relats.org).

SANGUINETI RAYMOND, W (2018). “Trabajo y gobernanza en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, disertación en el Simposio Iberoamericano sobre *El futuro del trabajo*, celebrado en la isla de La Palma, noviembre de 2018. Disponible en <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2019/02/09/trabajo-y-gobernanza-en-las-cadenas-de-produccion-de-las-empresas-multinacionales/>.

WILDE-RAMSING, J.; WOLFKAMP, M. y de LETH, D. (2021). “El siguiente paso para la responsabilidad corporativa en los Países Bajos: El nuevo proyecto de ley de conducta empresarial internacional responsable y sostenible”, *Centro de Investigación sobre Corporaciones multinacionales (SOMO)*, 18 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.somo.nl/the-next-step-for-corporate-accountability-in-the-netherlands/>.

---

**SER GAUCHE EN LA VIDA: ENTRE VOLANTES DE PLUMAS,  
BOLAS DE CRISTAL Y DRONES**

**BE GAUCHE IN LIFE: BETWEEN FEATHER SHUTTLECOCKS,  
CRYSTAL BALLS AND DRONES**

Christiana D'arc DAMASCENO OLIVEIRA

*Jueza Titular de la Vara do Trabalho de Plácido de Castro, Estado do Acre (TRT14), Amazonia, Brasil. Académica Titular de la Silla nº 34 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo (ABDT). Doctora en Derecho, por la Universidad Católica de Santa Fe. Master en Teoría Crítica de los Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Profesora en Cursos de Formación Inicial y Continua para Magistrados del Trabajo.*

[christianadarc@gmail.com](mailto:christianadarc@gmail.com)

Fecha de envío: 31/07/2021

Fecha de aceptación: 20/08/2021

---

## SER GAUCHE EN LA VIDA: ENTRE VOLANTES DE PLUMAS, BOLAS DE CRISTAL Y DRONES

Christiana D'arc DAMASCENO OLIVEIRA

*Academia Brasileña de Derecho del Trabajo (Brasil)*

---

**Resumen:** El artículo examina vicisitudes y potencialidades del Combate al Trabajo Infantil en Brasil, incluso en la Amazonia Brasileña. Bajo los prismas del Derecho Internacional del Trabajo, del Derecho Constitucional del Trabajo y de la legislación ordinaria brasileña, además de elementos de la Sociología y de la Economía del Trabajo, de modo aliado a iniciativas interinstitucionales, señalando vías de optimización de incidencia de dicho instituto en el siglo XXI, consideradas también las repercusiones traídas por la vigente pandemia generada por COVID-19.

**Palabras clave:** Trabajo infantil - Amazonia - Derecho del Trabajo - Horizontes - Dignidad humana

**Sumario:** 1. Descortino. 2. Trabajo infantil: escenario, matices y intersecciones. 3. Regramento normativo del tema en los planes nacional y internacional, impactos de la COVID-19 y desafíos en la siembra Brasileña. 4. Bajo el tono de epílogo.

**Abstract:** The article examines the vicissitudes and potentialities of the Fight Against Child Labor in Brazil, including in the Brazilian Amazon. Under the prisms of International Labour Law, Constitutional Labor Law and Brazilian Ordinary Law, as well as Elements of Sociology and Labor Economics, in a way allied to interinstitutional initiatives, are pointed out ways of optimizing the incidence of the mentioned institute in the 21st century, also considered the repercussions brought by the current pandemic generated by COVID-19.

**Key words:** Child labor - Amazon - Labor Law - Horizons - Human Dignity

**Summary:** 1. Disclosure. 2. Child labor: stage, shades and intersections. 3. Normative regulation of the theme at national and international levels, impacts of COVID-19 and challenges in the Brazilian Harvest. 4. Under the epilogue tone.

## 1. Descortino

*"Cuando nació, un ángel torcido  
de aquellos que viven en la sombra  
dijo: Vamos, Carlos! ser Gauche en la vida."<sup>1</sup>*

Así Carlos Drummond de Andrade inicia e inmortaliza su etéreo "Poema de Siete Caras".

En el primor literario cuyo cumpleaños ya se encamina para casi 100 años, surgen, en secuencia, otros matices versátiles del "yo lírico" desvelados por el icónico autor y poeta brasileño. La lectura es un bálsamo para los ojos; ventana revitalizada para el alma.

El desdoblamiento de la expresión "gauche", de etimología francesa, más allá de la traducción literal, encuentra eco en la lengua portuguesa bajo el significado de "que no rima con el mundo", "extraño", "desplazado". El vocablo avanza de la genialidad de Drummond a las anónimas campanas existenciales de nuestra vivencia cotidiana, en múltiples recortes de tiempo y lugar.<sup>2</sup>

La pequeña palabra (tan cargada de simbolismo) no rara vez puede conectarse a las intrínsecas inquietudes de tantas y tantos que actúan exactamente por mundo más humano e igualitario, cuyo aliento y vigor habitualmente emergen entrecortados ante sorpresas, desventuras y aceleradas noticias de última hora, en medio de vientos y tempestades de multifacéticos fenómenos jurídicos, sociales y económicos típicos de nuestros tiempos.

En escala semejante, no sería inexacto afirmar que la expresión desnuda de los contornos - tantas veces obliterados, aunque extremadamente importantes (incluso esenciales) - del tema del Combate al Trabajo Infantil y sus

---

<sup>1</sup> Mantenido la redacción de las estrofas adoptadas por el poeta en el texto original, con estilística en la que minúsculo la "s" de la palabra "ser", al comienzo de la frase. El célebre "Poema de Siete Caras" integró la obra "Alguna Poesía", libro inaugural publicado por Drummond, en 1930.

<sup>2</sup> BASTOS, Iris de Fátima Guerrero. Drummond y Bishop: el *Gauche* en traducción. Universidad de São Paulo (USP). TradTerm, São Paulo, v. 22, diciembre/2013, p. 147-171. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/tradterm/article/download/69123/71580/91231> Acceso: 01 ago. 2020.

amplios impactos, en latitud y longitud, en la dignidad humana y en el universo del trabajo.

Junio.

Es "mes de gala", se oye a veces.

Después de todo, cada año, el 12 de junio, la temática gana visibilidad en el Día Mundial contra el Trabajo Infantil.<sup>3</sup>

En territorio brasileño, con fundamento en la Ley nº 11.542/2007, la misma fecha retrata también el Día Nacional de Combate al Trabajo Infantil.

¿Hay algo que celebrar? ¿Un día es suficiente?

El 12 de junio, desde la perspectiva de la lucha contra el trabajo precoz, en realidad no se percibe como una fecha festiva. No es una celebración.

Consiste, de modo más preciso, en recalentamiento/optimización de rutas, examen de amplitud de articulaciones y esfuerzos, movilización de iniciativas y campañas, además de la construcción continua de puentes y estrategias en lo que respecta al sustancial construir en pro de la Infancia, de la Adolescencia y de la Juventud, en actuar conjunto de espacios institucionales, entidades y tantas otras personas físicas (individuos) y jurídicas que se suman en torno al tema.

Menos nosotros, más lazos.

Es decir: no se trata de un día. Todos los días y horas se superponen. Un seguir, en compás.

## **2. Trabajo infantil: escenario, matices e intersecciones**

El trabajo precoz ilegal está por todos lados: inquieta, desafía conciencias, contrasta opciones (de modo sutil o en presentación ululante).

---

<sup>3</sup> La fecha fue creada por iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2002, con el fin de conmemorar el día en que se presentó, en el marco de la Conferencia Anual de dicha Agencia de las Naciones Unidas, el primer informe de carácter global sobre el trabajo infantil, marco a partir del cual se ha efectuado una enérgica movilización multilateral por parte de la OIT contra el trabajo precoz.

Desde el montaje de aparentemente sin pretensiones muñecos/juegos de plástico hasta la fabricación de *hipnotizantes drones*<sup>4</sup> y otros productos electrónicos de última generación, el trabajo infantil a menudo impregna con sudor y lágrimas, la cadena productiva de juguetes y aparatos que, ávidos, adquirimos como consumidores voraces y entregamos a nuestras hijas e hijos, nietos y nietas, entre otros tantos afectos.

La degradante explotación infantojuvenil de la labor que genera la destrucción de sueños y posibilidades, en lo que se refiere a seres humanos cuyas pequeñas manos usualmente ni siquiera tuvieron la oportunidad de efectivo acceso a la educación y al lúdico con cualquier juguete durante toda la existencia, consiste en el mismo fenómeno que, paradójicamente, en la otra punta, viabiliza sonrisas y deslumbramiento de otras pequeñas manos (protegidas y seguras en sus hogares, en el existir y en el vivir).

El trabajo infantil salta a la vista también en la industria del vestido y de los calzados, en la confección de adornos de navidad construidos por niños y adolescentes secuestrados en la India y en China, a la par de otros países (con sumisión al tráfico de personas), entre tantos otros campos.<sup>5</sup>

En Brasil, todavía es inquietante la configuración de trabajo precoz ilegal sobre todo en la agricultura, en la ganadería, en el trabajo doméstico, en los basureros, en las ferias, en las minas, en el comercio ambulante y en otras actividades laborales vulnerables en las calles (ej. Lustradoras), en la siembra y tráfico de estupefacientes, a lo que se alían la malograda explotación sexual y comercial y la neoesclavitud infantojuvenis, a la par de otros focos de incidencia.

El panorama es particularmente agudo en la Amazonia Legal brasileña, tanto en relación a indígenas como a no-indígenas.

---

<sup>4</sup> HOJA DE SAN PABLO. El trabajo infantil en China se agrava, dice ONG. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u325883.shtml> Acceso: 26 dic. 2018.

FORO NACIONAL DE PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL. ¿Cuál es la relación entre su teléfono inteligente y el trabajo infantil en el Congo. Disponible en: <https://fnpeti.org.br/noticias/2016/11/14/qual-a-relacao-entre-seu-smartphone-e-o-trabajo-infantil-nocongo/> Acceso: 26 dic. 2018.

<sup>5</sup> THE NEW YORK TIMES. Adornos de Navidad, Child Labor. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2012/12/25/opinion/christmas-ornaments-child-labor.html?adxnnl=1&ref=childlabor&adxnnlx=1382470251-WXPxaXwqLzQO/Y3infWIOQ> Acceso: 1 mayo 2013.

Además, en tierras brasileñas, en cuanto a las intersecciones con cadenas productivas de valor global, el trabajo infantil se revela, de modo agudo, en la producción de la castaña, del cacao (contrastando la nefasta práctica con el posterior glamour de los derivados chocolates *finos vendidos* en exquisitas Chocolaterías en todo el mundo), del algodón y en la ganadería. Ya bajo el prisma de cadenas productivas con mayor enfoque a nivel nacional, también se constata el trabajo precoz ilegal de niños y adolescentes, por ejemplo, en la cosecha y producción de acai.<sup>6</sup>

Tampoco es raro el trabajo precoz de adolescentes que ingresan al mercado de trabajo de modo disonante de los permisos legales, como mano de obra barata, en razón del *desvirtuamiento* de las más variadas manifestaciones de las actividades laborales.

En el mundo, a principios de 2020, alrededor de 160 millones de niñas y niños estaban sometidos a trabajo infantil, aproximadamente uno de cada diez de esos pequeños seres humanos, según alerta la publicación conjunta de la OIT y del UNICEF, recientemente divulgada el 10/6/2021.<sup>7</sup>

Ya en territorio brasileño, antes de la pandemia, conforme la Investigación Nacional por Muestras de Domicilio Continua (PNAD Continua) del año 2019, divulgada en 2020 por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), emergía la preocupante escena de más de 1,8 millones de niños y adolescentes de entre 5 y 17 años sujetos al trabajo precoz ilegal.

Aunque se ha demostrado una reducción del 16,8% en el panorama en los últimos 4 años (en comparación con la PNAD de 2015), el escenario aún aclara que el país tiene un tortuoso camino hasta la definitiva eliminación correspondiente.

---

<sup>6</sup> A título ilustrativo: HOJA DE SAN PABLO. Acción en Estados Unidos liga industria del chocolate a trabajo infantil en África. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/02/acaonos-eu-liga-industria-chocolate-a-trabalho-infantil-na-africa.shtml> Acceso: 27 feb. 2021.

<sup>7</sup> Es el nivel más alto en los últimos 20 años, en el que entonces se manifestó la tendencia a la baja. En comparación con los datos anteriores de 2012-2016, la cifra se incrementó en 8,4 millones. OIT & UNICEF. Child Labour: estimación global 2020, Trends and the road forward. Ginebra: OIT, 2021, p. 8, 12 y 23. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed\\_norm/-/ipecc/documents/publication/wcms\\_797515.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/-/ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf). Acceso: 10 jun. 2021.

En el mismo sentido: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2021: Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil. Disponible en: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_766429/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_766429/lang-pt/index.htm) Acceso: 09 mayo 2021.

La misma investigación demuestra que 4,6% de niños y adolescentes brasileños están sometidos al trabajo precoz, de los cuales 66,1% son pardos o negros. Como se percibe, el aspecto de raza es uno de los factores estructurantes en el ámbito de esta intolerable violación de derechos humanos.

Específicamente en cuanto a los estados amazónicos, agrega el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con base en datos inmediatamente precedentes, que "la situación se agrava aún más. Entre las cinco grandes regiones brasileñas, la Norte es la que posee el mayor porcentaje de niños y adolescentes trabajando (7,7%). Siguiendo la misma tendencia, todos los estados de la Amazonia Legal, sin excepción, se encuentran por encima de la media nacional".<sup>8</sup>

Afirma también el UNICEF que "cuando todas esas variables son evaluadas a partir de un recorte de raza y etnia, se percibe que entre los grupos minoritarios, como indígenas y quilombolas, el cuadro es aún más grave".<sup>9</sup>

A propósito, recuerda el UNICEF que, además de ampliamente divulgada por la preciosa biodiversidad natural, es también la Amazonia brasileña el hogar de 9,1 millones de niños y adolescentes, a hacer un 32,9% de los 27,7 millones de sus habitantes. Luego, en suelo amazónico, está la población más joven de Brasil<sup>10</sup>.

En cuanto al recorte relativo a los pueblos indígenas, [en un informe](#) publicado en febrero/2020, denominado "Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales Núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, Sostenible y justo", en conmemoración al 30 aniversario del importante Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989 -, la OIT aduce que es inexorable aportar soluciones al elevado nivel de pobreza y a las desigualdades a que se exponen dichas poblaciones.

La OIT advierte que los pueblos indígenas tienen casi tres veces más probabilidades de vivir en una situación de pobreza extrema,

---

<sup>8</sup> UNICEF. Bienestar y Privaciones Múltiples en la Infancia y la Adolescencia en Brasil. 2019. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/unicef-apont-principais-desafios-paracrianças-e-adolescentes-que-vivem-na-amazonia/> Acceso: 14 sep. 2019.

<sup>9</sup> *Ibidem.*

<sup>10</sup> *Ibidem.*

independientemente de que residan en una zona urbana o rural, en comparación con los habitantes no indígenas.

El tema de la lucha contra el trabajo infantil ocupa un lugar destacado en el particular.

En efecto, como demuestran los datos anteriores, la perversidad del trabajo precoz ilegal afecta de manera particularmente relevante a los niños y adolescentes más vulnerables de estos recortes de población desde tiempos inmemoriales.

A los indígenas (aldeados o no) y quilombolas, se suman ribereños no indígenas y pobladores de comunidades urbanas carentes, igualmente afectados por dicha plaga social.

En cuanto a ellos, asume tonos aún más grises el cuadro - por sí ya afligido y grave - ocurrido en cuanto a tantos otros niños y adolescentes en Brasil y en el mundo, en relación a la inviabilidad de una infancia y de una adolescencia justas: pequeñas *petecas*, con sus usuales penachos, sustituidas por escobas en el servicio doméstico, incluso en casa de terceros; muñecas de quilombo sustituidas por machetes en el corte de mandioca, para la producción de harina y derivados; juguetes interculturales, cuadernos y lápices, que deberían ser accesibles a cualquier niño (representando el lúdico en general, además del basilar derecho a la educación), sustituidos, desde muy temprano, por azadas, herramientas de la construcción civil, alimentos a ser vendidos en los semáforos. Menos sueños, más fracturas en el alma.

El trabajo infantil es un fenómeno transversal, multifacético. Sabiamente complejo. Consiste en incisiva violación de derechos humanos y de derechos fundamentales: causa y consecuencia retroalimentadas de vulnerabilidad socioeconómica.

Estudios apuntan a la conexión umbilical entre el trabajo infantil y las condiciones que generan ambiente favorable, tanto a la época de su ocurrencia como ya en otras fases de la vida del sujeto trabajador, con los riesgos de mayor exposición a la sumisión al trabajo en condiciones análogas a las de esclavo, a la trata de personas, a la precarización laboral en general, flexibilización deletérea, subempleo, discriminación, etc. Es decir, estas situaciones inciden

más intensamente en los trabajadores que, en la fase inicial de su vida, han estado sometidos al trabajo precoz ilegal.

Dicho de otro modo, la explotación del trabajo infantil está claramente en el *iter* procedimental que termina por alimentar *a posteriori* tantos temas calentados, impactos y desdoblamientos del mundo del trabajo (incluso bajo el aspecto de la tasa de litigiosidad), cuyos debates e intentos de solución pueden ser beneficiados en potencia, al enfocar, desde una perspectiva macro y estratégica, un panorama duradero que contemple en la riqueza de la mirada las causas de los fenómenos, abarcando allí la apremiante necesidad de la lucha contra el trabajo precoz ilegal, en lugar del enfoque de cada panorama aislado.

### **3. Regramento normativo del tema en los planos nacional e internacional, impactos de la COVID-19 y desafíos en la siembra brasileña**

En lo que respecta a Brasil, es evidente la disparidad existente entre la grave realidad fáctica presentada y la circunstancia de que desde hace tiempo el País ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20.11.1989; el Convenio n. 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima para la admisión al empleo (1973) y el Convenio n. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999); con la Recomendación n. 190 de la OIT, que trata de las peores formas de trabajo infantil (1999), y la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998); el vehemente sellado del trabajo temprano en el ordenamiento patrio en razón del principio de la protección integral en la atención al niño y al adolescente, además del contenido de la Constitución Federal.

En el mismo sentido, Brasil está sujeto a otras normativas internacionales igualmente importantes y de carácter más general en cuanto a la materia, entre las cuales la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; todos de la ONU.

Como se deduce, en cuanto a la temática de la infancia, de la adolescencia y de la juventud bajo el sesgo del mundo del trabajo, las normas en foco refuerzan el bloque de constitucionalidad.

Se subraya que el bloque de constitucionalidad está integrado por elementos y diplomas normativos dotados de *carácter constitucional* que se vuelven tanto a la protección de la dignidad de la persona humana como si constituyen un parámetro de confrontación respecto al cual se debe proceder a la verificación de la compatibilidad vertical de las normas inferiores y de los actos judiciales y del ejecutivo, es decir, *el* conjunto o plexo de normas que se considera como *modelo constitucional* para tal confrontación.

La figura del bloque de constitucionalidad tiene destacada importancia en la actuación cotidiana de aquellos que tratan con el Derecho, sean abogados, jueces, auditores, integrantes del Ministerio Público, sindicatos, por permitir la optimización de los parámetros a ser utilizados en la concreción de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo y en la efectividad de la dignidad de la persona humana.

Vale decir que la observancia del bloque de constitucionalidad se impone lógicamente también a los actores sociales, como paradigma a ser observado para fines de incidencia de la autonomía privada y colectiva, en especial en el ámbito de las relaciones de trabajo, ya sea en la formación de contratos individuales o en las estipulaciones en el ámbito colectivo.

En Brasil, además, prevalece actualmente el principio de la protección integral del niño, del adolescente y del joven, siendo alzadas las protecciones respectivas a derecho fundamental resguardado en la propia Constitución.

Él prescribe el arte. 7º, inciso XXXIII, de la CF de 1988, el umbral de 16 (dieciséis) años como edad mínima para el inicio de relación de trabajo y de empleo, excepto en la condición de aprendiz, a partir de los 14 (catorce) años. Si el trabajo es nocturno, peligroso o insalubre, dispone la Ley Mayor en cuanto a su prohibición para personas con menos de 18 (dieciocho) años.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Cabe registrar la existencia de posicionamiento doctrinario en el sentido de que, a partir de la vigencia en Brasil del Convenio n° 138 de la OIT, el 28/6/2002, la edad general mínima para admisión al empleo pasó a ser de 17 años, y no más de 16 años. Para ello, se apunta la interpretación aliada del art. 208, I, de la Constitución CF (que fija la educación básica obligatoria

Además, la legislación ordinaria nacional prohíbe a la persona menor de 18 años las actividades que sean perjudiciales para su formación y su desarrollo físico, psíquico, moral y social, así como que impidan la respectiva asistencia a la escuela.

No podrá aún el trabajador con edad inferior a 18 (dieciocho) años activarse en las denominadas peores formas de trabajo infantil (Lista TIP), según los arts. 3º, letra "d", y 4º, del Convenio nº 182 de la OIT, relativo a la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y a la Acción Inmediata para su Eliminación (1999), con vigencia en territorio nacional desde el 2/2/2001. El contenido de tales artículos fue explicitado en el ordenamiento brasileño por medio del Decreto nº 6.481, de 12/6/2008, que entró en vigor el 13/9/2008.

En la relevante lección del jurista *José Roberto Dantas Oliva*, con soporte teórico en *Ricardo Tadeu Marques da Fonseca*, la doctrina de la protección integral contiene seis desdoblamientos: a) principio de la ciudadanía; b) principio del bien común; c) condición peculiar de persona en desarrollo; d) atención prioritaria; e) acción paritaria; y f) protección especial del trabajo y la educación del adolescente con discapacidad.<sup>12</sup>

El principio de la protección integral del niño, del adolescente y del joven tiene arrimo en la circunstancia de que la infancia es el período destinado en especial a actividades lúdicas y culturales, a la práctica de deportes, a la convivencia familiar y comunitaria, y a la educación.

También se adhiere tal vector a la concepción de la adolescencia y de la juventud como períodos volcados para el aprendizaje académico y de la profesionalización, inclusive vía aprendizaje profesional.

En ese aspecto, se tiene clara la premisa de que el manantial intelectual de un país pasa sobre todo por la educación, que se trata de mecanismo para el ejercicio de la ciudadanía, sin el cual se reproduce y eterniza la esfera del Estado como nación menos favorecida.

---

de 4 a 17 años) - cuyo contenido se replica en el art. 4º, I, de la Ley nº 9.394/1996 (Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional) - y del art. 2º, ítem 3, del Convenio 138 de la OIT (que establece que la edad mínima para la admisión al empleo no debe ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar).

<sup>12</sup> OLIVA, José Roberto Dantas. El principio de la protección integral y el trabajo del niño y del adolescente en Brasil. São Paulo: Ltr, 2006, p. 110-121.

Por lo tanto, despertar para los fenómenos que reverberan en la siembra del trabajo infantil y en el respectivo combate, dice mucho sobre cómo construir en el mundo del trabajo, desde la base, relaciones que puedan generar de ahora en adelante la maximización de la dignidad humana en la trayectoria del sujeto que labora, el respeto a la normatización establecida para tanto y el propio impacto en el desarrollo de la sociedad y del país.

Las diversas facetas del tema y las dificultades consecuentes del enfrentamiento no pueden servir de fenómeno paralizante. Mitos, incomprensiones, ausencia de información calificada. Uno tiene que perseverar.

Además del carácter pluridimensional de la pobreza, el trabajo infantil tiene como propulsores la cultura en algunas regiones que lo ven con naturalidad, el interés patronal en la reducción de costos con mano de obra (ante el despojamiento de derechos) y la falta de acceso a la educación, entre otros aspectos.

Se trata de una pérdida de oportunidades y desigualdad que se efectiva, para utilizar la feliz expresión de *Joaquín Herrera Flores*, "*tanto en el punto de partida como en el recorrido vital*"<sup>13</sup>, provocando reflejos que se extienden más allá del individuo, ocasionando tensión y pérdida de potencialidades en el medio social.

Según la OIT y el UNICEF, después de 20 años de reducciones progresivas en los indicadores de trabajo precoz (aproximadamente 100 millones de niños habían sido rescatados en todo el mundo terrestre), existe la potencialidad de que dicho curso se rompa como consecuencia de las situaciones sanitarias y socioeconómicas desoladoras causadas por COVID-19, acaso políticas públicas intersectoriales y medidas urgentes no sean adoptadas.<sup>14</sup>

Con la agudización de la pobreza y el cierre temporal de las escuelas, al que se une el amplio universo de exclusión digital mundialmente presente sobre

---

<sup>13</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 154. Originalmente, la expresión fue utilizada en relación al trabajo de migrantes.

<sup>14</sup> OIT & UNICEF. Informe conjunto "COVID-19 and Child Labour: A Time of Crisis, A Time to Act", 2020. Disponible en: <https://data.unicef.org/resources/covid-19-and-child-labour-a-time-of-crisis-a-time-to-to-act/> Acceso: 14 jun. 2020.

todo en los países menos favorecidos, los niños y los adolescentes que integran familias vulnerables (que, a gran escala, son el núcleo del parentesco de los trabajadores informales) están aún más expuestos a los riesgos y a los consecuentes de la explotación del trabajo infantil<sup>15</sup>.

Así, es necesario propiciar formación técnico-profesional en la edad adecuada, una opción de renta para las familias, con protección social, además de garantizar en el postpandemia el retorno de niños y adolescentes a la escuela (inclusive con búsqueda activa escolar, mitigando la evasión escolar).<sup>16</sup>

En no se implementan las providencias: aumento no solo de millones de niños y adolescentes sujetos al trabajo infantil (se estima que, en ese caso, cerca de 8,9 millones de pequeños seres humanos serán afectados por la práctica perversa, hasta el final de 2022, en relación con el grave nivel ya existente de 160 millones), así como incremento de la carga horaria y peores condiciones para los que ya trabajaban irregularmente<sup>17</sup>.

Bien señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que el virus causante de la COVID-19 tiene el potencial de llegar a todos, no diferenciando entre ricos y pobres, pero, por supuesto, sus efectos son extremadamente desiguales para los más pobres y vulnerables, sin acceso a servicios básicos.<sup>18</sup>

Además, en Brasil, se manifestaron confusos en cuanto a la desactivación por el Poder Ejecutivo, vía Decreto, en 2019, de la Comisión Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil (existente desde 2003), con posterior reactivación en 2020, con fuerte alteración de su configuración originaria (ahora

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> OIT & CEPAL. Nota Técnica N°1: La pandemia por COVID-19 podría incrementar el trabajo infantil en América Latina y el Caribe. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms\\_747653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_747653.pdf) Acceso: 14 jun. 2020.

OIT y UNICEF. Informe conjunto "COVID-19 and Child Labour: A Time of Crisis, A Time to Act", 2020. Disponible en: <https://data.unicef.org/resources/covid-19-and-child-labour-a-time-of-crisis-a-time-to-to-act/> Acceso: 14 jun. 2020.

<sup>17</sup> OIT & UNICEF. Child Labour: estimación global 2020, Trends and the road forward. Ginebra: OIT, 2021, p. 8, 13 y 56. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_norm/--ipecc/documents/publication/wcms\\_797515.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf). Acceso: 10 jun. 2021.

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Social Protection Spotlight: Social Protection Responses to the COVID-19 Pandemic in Developing countries: Strengthening Resilience by building universal social Protection, 2020, p. 2. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_protect/--soc\\_sec/Documents/Publication/wcms\\_744612.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/--soc_sec/Documents/Publication/wcms_744612.pdf) Acceso : 17 mayo 2020.

integrada por 3 instancias, gobierno, confederaciones empresariales y centrales sindicales, cada una con seis representantes), excluyéndose de la composición con derecho a voto, por ejemplo, el Ministerio Público del Trabajo y la OIT.

El panorama impactó el propio seguimiento de las acciones del Plan Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil, retomado apenas en la inminencia del inicio del año vigente.

Vale destacar que, en el recorrido histórico, el país venía despuntando como una de las referencias mundiales en el combate al trabajo infantil, sobre todo ante la sólida legislación brasileña afecta a la Constitución Federal, al Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) y a las normativas internacionales ratificadas, de modo ligado a la acción articulada multisectorial e interinstitucional en todo el territorio brasileño.

También en sentido contraproducente, emergen proyectos de Enmienda a la Constitución que pretenden lograr la reducción de la edad para ingresar en el mercado de trabajo, cuya amplia inconstitucionalidad viene siendo señalada, entre los cuales: propuesta de Enmienda a la Constitución nº 18/2011 (a la que se adjuntan las enmiendas 35/2011, 274/2013 y 108/2015), propuesta de enmienda a la Constitución 274/2019 (a la que se adjuntan las enmiendas 77/2015 y 107/2015), y propuesta de enmienda a la Constitución 02/2020.

En la misma línea, merece alusión el Proyecto de Decreto Legislativo nº 177/2021, presentado el 27/4/2021, actualmente en trámite en la Cámara de los Diputados, que tiene por objeto conceder la autorización para que el Jefe del Poder Ejecutivo Federal lleve a cabo la denuncia de la relevantísima Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Recuérdese que el aludido instrumento normativo internacional, en el que figura Brasil como parte desde el 25/7/2002 (por lo tanto, hace casi 20 años), consiste en un importante tratado internacional de derechos humanos que versa sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, incluso alcanzando el aspecto de la labor humana, conforme antes ya subrayado en este breve texto.

El proyecto está en espera de designación de Relator en la Comisión de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional (CREDN) desde 26/5/2021.<sup>19</sup>

A propósito, no bastase el propio debate a ser establecido acerca de la integración de la aludida Convención en el bloque de constitucionalidad patrio, de si sería viable o no la denuncia correlativa (y por qué procedimiento) y cuáles son los efectos ante los organismos internacionales de potencial denuncia, es imprescindible que, en virtud de los consecarios de eventual alteración a ser ocasionada, se produzca un amplio debate y seguimiento atento del trámite del PL en foco por los actuantes en la esfera jurídica, a fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales y el retroceso social.

Hay aún indicativos de mayores dificultades en la anterior tendencia de caída del trabajo infantil y en el estímulo al aprendizaje profesional, con la crisis socioeconómica y sanitaria traída por la pandemia, de modo aliado a la minoración de recursos para las acciones de los Auditores-Fiscales del Trabajo, entre otros factores.

El escenario parece enredado en un inmenso repertorio de complicadores.

Tanto más este tempestuoso universo y sus efectos lesivos, como dicho, afectan a niños y adolescentes de familias vulnerables.

Conforme a la PNAD Continua 2019, en relación a los niños y adolescentes de 5 a 17 años, gran parte del cuantitativo de público que trabaja en esa franja etaria, en Brasil, se activa en las peores formas de trabajo infantil, 45,8% (706 mil personas).

El mismo estudio indica que la concentración más amplia de trabajo precoz ilegal en el país se sitúa en la franja de 16 a 17 años (53,7%, 950 mil personas), demostrando exponencial cuantitativa de público que, aunque apto para beneficiarse del instituto de aprendizaje profesional, es objeto de una grave violación de los derechos humanos.

---

<sup>19</sup> El proyecto es de autoría del Diputado Federal Alceu Moreira (MDB/RS). "Autorización al Presidente de la República para denunciar la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada por el Decreto Legislativo 143, de 20 de junio de 2002, e internalizada por el Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004."

Paradójicamente, el tratamiento y análisis de los datos consolidados en el marco de la Iniciativa SMARTLAB - Promoción del Trabajo Decente Guiado por Datos -, en lo que respecta al Observatorio de la Prevención y la Erradicación del Trabajo Infantil (solución de tecnología conjunta de la OIT y del MPT), revela que, en febrero de 2019, el potencial de cuotas para la contratación de aprendices correspondía a 962,8 mil vacantes.

Además, datos recientes divulgados por el Foro Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, con parámetro en el Sistema de Información de Agravios de Notificación (Sinan) - Ministerio de Salud, apuntan que, sin contar el fenómeno de la subnotificación, en el período de 2007 a 2020, 49.254 accidentes de trabajo han afectado a niños y adolescentes de entre 5 y 17 años. De estos, 29.495 constituyeron accidentes de trabajo graves y 290 generaron la muerte de niños y adolescentes.

#### **4. Buenas prácticas dirigidas al Combate al Trabajo Infantil y al Estímulo a la Profesionalización del Trabajador Adolescente, con desdoblamientos en la Región Amazónica**

En virtud de tantos meandros, ¿como conformar la ola exponencial de estímulos y el grave panorama empírico que nos instan cada día a encarar, con cierta sinceridad, los iris de millones de adolescentes y jóvenes sin oportunidades en el creciente ejército de desempleados existente en Brasil?

Y los pequeños ojos de niños y adolescentes sometidos a la grave violación de derechos humanos consistente en el trabajo precoz ilegal, ¿cómo adoptar medidas concretas para lidiar con dichas almas rotas?

El trato de los temas exige la observancia del principio de participación, por medio de conciencia y protagonismo constantes de la sociedad, de las instituciones, de los emprendimientos y de los gobiernos.

En ese sentido, a pesar de todos los reveses, hay excelentes noticias.

2021 fue declarado como el Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil, por medio de una resolución adoptada en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 2019, con medidas

correspondientes a ser adoptadas bajo el liderazgo de la OIT, con especial énfasis en movilizaciones articuladas y medidas legislativas en todo el mundo para la eliminación del trabajo infantil, incluso reforzando la relevancia de los Convenios Internacionales 138 y 182 de la OIT<sup>20</sup> y el estímulo a la adopción de políticas públicas, así como de acciones eficaces por parte de los gobiernos para acelerar el logro del objetivo de erradicación para el año 2025.

Recordemos que la OIT, en el transcurso de sus más de 100 años de existencia, ha destinado intensa energía al asunto. La protección a los niños integró el propio Preámbulo de la Constitución de dicho organismo internacional (en 1919), cuyo objetivo es promover la Justicia Social.

Cabe señalar que uno de los primeros convenios adoptados por los miembros de la OIT versó exactamente sobre la Edad Mínima de Admisión en los Trabajos Industriales (Convenio n° 5, 1919, ratificada por Brasil en 1934). No por otra razón la efectiva abolición del trabajo infantil figura como uno de los Cernes de la Declaración de los Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo (1998), que considera como Convenios Fundamentales las de los números 138 y 182.

En el mismo sentido, el 3/6/21, en Ginebra/Suiza, en la sesión de apertura de la 109ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo (evento ocurrido en formato telepresencial, de modo inédito en la historia de la OIT), fue presentado el informe "Trabajo en tiempos de Covid", por el director general de la OIT, Guy Ryder, que contempla impactos socioeconómicos de la crisis, respuestas, lecciones asimiladas y desafíos a superar.

El documento contempla esbozo de documento final afecto a la Conferencia, bajo el título "Un llamamiento mundial a la acción para una recuperación de la crisis de Covid-19 centrada en las personas, que sea inclusiva, sostenible y resiliente."

---

<sup>20</sup> Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima para la admisión al empleo (1973). Aprobada en Brasil por el Decreto Legislativo n. 179, de 14/12/1999, y promulgada por el Decreto n. 4.134, de 15/2/2002, con vigencia en territorio nacional a partir del 28/6/2002.

Convenio n. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999). Aprobada en Brasil por el Decreto Legislativo n. 178, de 14/12/1999, y promulgada por el Decreto n. 3.597, de 12/9/2000, con vigencia en territorio nacional desde el 2/2/2001.

Se pretende revitalizar la concreción de los ODS vinculados a la Agenda 2030, con enfoque en la noción de que, atendidos tales predicados y los pilares básicos señalados en el documento, teniendo como norte la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019), será posible atender a la Justicia Social y al trabajo digno para todas y todos, condiciones imprescindibles para la paz duradera<sup>21</sup>.

Véase que Brasil, entre otras naciones, asumió el compromiso de cumplir con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en la ONU, velando por los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 Metas para transformar el mundo hasta el año 2030. Se trata de un plan de acción para las personas, para el planeta y para la prosperidad, bajo el lema "no dejar a nadie atrás".

En cuanto a las relaciones de trabajo, se destaca el Objetivo 8: "Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, empleo pleno y productivo y trabajo decente para todas y todos."

La meta 8.6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU dispone acerca de la juventud: "para 2020, reducir sustancialmente la proporción de jóvenes sin empleo, educación o formación".

Ya la meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible prevé la adopción de medidas inmediatas y eficaces para asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y acabar con el trabajo infantil en todas sus formas hasta 2025.

---

<sup>21</sup> "Para la recuperación de la crisis de Covid-19 centrada en las personas, el informe se basa en cuatro pilares básicos:

- a) posiciones macroeconómicas adoptadas por los gobiernos, con el fuerte incentivo de las instituciones financieras internacionales, como cruciales en la mitigación de los daños económicos y sociales causados por la pandemia;
- b) medidas de apoyo a las empresas, el empleo y los ingresos durante la pandemia;
- c) la protección de la salud y el bienestar de las personas en el trabajo; y
- d) promover y fomentar el diálogo social para identificar e implementar las respuestas más adecuadas al impacto social y económico de COVID-19."

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe "Trabajo en tiempos de COVID". Disponible en: [https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS\\_795276/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_795276/lang-es/index.htm) Acceso: 5 jun. 2021.

En la senda de la lucha contra el trabajo precoz se revela también la reciente ratificación universal alcanzada por el Convenio 182 de la OIT, tras su ratificación por el Reino de Tonga el 4/8/2020.

El Convenio nº 182 de la OIT, que versa sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (1999), con vigencia en territorio nacional desde el 2/2/2001, se ha convertido así en el primer instrumento internacional de dicha agencia de la ONU universalmente ratificado por los 187 Estados miembros.

El desafío permanente se refiere a la demanda de concreción en los espacios institucionales y de la sociedad en general de las pautas versadas en el mencionado instrumento internacional, de modo capilarizado en el espacio geográfico de cada uno de los Estados miembros.

Además, el 3/5/2021, fue recientemente promulgado por la Presidencia del Senado Federal, el Decreto Legislativo Nº 16/2021, de 30/4/2021, que aprueba el texto del "Acuerdo para la Implementación de Bases de Datos Compartidas de Niños y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad del Mercosur y Estados Asociados, así como del Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad, ambos firmados en San Miguel de Tucumán, el 30 de junio de 2008".

Sobre todo el primer instrumento representa un paso más en el recrudescimiento del combate a conductas típicas como trata de personas (reverberando en el mundo del trabajo) y en el secuestro de niños y adolescentes. Son signatarios correspondientes: Brasil, Chile, Argentina, Ecuador, Uruguay, Perú, Paraguay, Bolivia, Venezuela y Colombia.

Asimismo, dando continuidad a providencias históricas conjuntas en el área, el Foro Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (FNPETI), la Justicia del Trabajo, el Ministerio Público del Trabajo (MPT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) suman fuerzas, en 2021, en la campaña bajo el lema

"¡Necesitamos actuar ahora para acabar con el trabajo infantil!" con intensa programación.

Se subraya que el Ministerio Público del Trabajo, por medio de la Coordinadora Nacional de Combate a la Explotación del Trabajo del Niño y del Adolescente (COORDINFÂNCIA) y de la actuación local de los Procuradores del Trabajo, Asimismo, ha desarrollado medidas destinadas a la implementación de políticas públicas protectoras de niños y adolescentes, así como de estímulo al aprendizaje.

La Justicia del Trabajo (que, en este año 2021, completó 80 años en Brasil) no pasa ajena a ese panorama, sea en el actuar jurisdiccional, sea bajo el sesgo de la planificación estratégica y de la responsabilidad social.

Por medio del Acto Conjunto n. 21/TST.CSJT.GP, de 19.7.2012, suscrito por el Ministro del TST João Oreste Dalazen, fue entonces instituida la Comisión de Erradicación del Trabajo Infantil y de Protección al Trabajo Decente del Adolescente.

En seguida, mediante el Acto n. 419/CSJT, de 11.11.2013, suscrito por el Ministro del TST Carlos Alberto Reis de Paula, se implementó el Programa de Combate al Trabajo Infantil en el ámbito de la Justicia del Trabajo, dada la necesidad de institucionalizar, coordinar y sistematizar acciones, proyectos y medidas a ser implementados por la Justicia del Trabajo, en carácter permanente, "en pro de la erradicación del trabajo infantil en Brasil y de la adecuada profesionalización del adolescente, como instrumento de alcance de trabajo y vida dignos".

De acuerdo con el art. 2º de dicha norma, las actividades del Programa tienen como vector seis líneas de actuación: política pública, diálogo social e institucional, educación para la prevención, intercambio de datos e información, estudios e investigaciones, efectividad normativa, y eficiencia jurisdiccional.

Numerosas iniciativas han sido adoptadas por la Justicia del Trabajo a nivel nacional desde entonces, con la realización de acciones de sensibilización y formación, seminarios, webinarios, publicaciones jurídicas, entre otras.

El Programa es coordinado, en la actualidad, por la Ministra del TST Kátia Magalhães Arruda y viene desarrollando acciones concatenadas en todo Brasil,

con el auxilio de Comisiones locales en los 24 Tribunales Regionales del Trabajo brasileños.

Específicamente en cuanto al mes de junio, se destaca que se produjo la mayor movilización digital del país sobre el tema de combate al trabajo *infantil*, el 12/6/2019, con el *hashtag* #BrasilSemTrabalhoInfantil, coordinada por el Programa Nacional, así como por la Coordinadora de Edición y Prensa de la Secretaría de Comunicación Social del TST, en conjunto con el Consejo Superior de la Justicia del Trabajo (CSJT) y socios.

La medida tuvo como objetivo fomentar la concientización de la sociedad en general acerca del gravamen y de los consecarios de la explotación del trabajo infantil, habiendo alcanzado el denominado "Twitaço" la histórica media de alcance de aproximadamente 141,2 millones de personas en la red social respectiva.

Acerca de los impactos concretos del panorama, adujo el TST:

*¿Y cómo una acción tan grande en una red social se convierte en beneficios concretos para la sociedad? El twittaço de la Justicia del Trabajo de combate al trabajo infantil promovió una amplia repercusión del asunto en la prensa brasileña, por medio de la publicación de 13 materias en vehículos nacionales, difundió informaciones relevantes que fueron apropiadas por los públicos afectados y provocó más denuncias en el Dial 100, canal mantenido por el Ministerio de la Mujer, de la Familia y de los Derechos Humanos.<sup>22</sup>*

En el año 2021, nuevamente en articulación con varias instituciones, así como influencers e influencers digitales, se produjo la repetición del "Twitaço", esta vez con el *hashtag* #NoaoTrabalhoInfantil, reforzando la atención y el conocimiento consistente de la sociedad acerca del tema, con el fin de escalar las iniciativas y amplificar las acciones concretas.

---

<sup>22</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO. #BrasilSemTrabalhoInfantil: movilización en Twitter alcanzó 141,2 millones de personas. Disponible en: <[http://tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/-brasilsemtrabalhoinfantil-alcanca-141-2-millonesdepersonas/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_languageId=pt\\_BR](http://tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/-brasilsemtrabalhoinfantil-alcanca-141-2-millonesdepersonas/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR)>. Acceso: 1 sep. 2019.

De igual modo, la Corregedoria General de la Justicia del Trabajo agregó importante contribución por medio de la Recomendación n. 4/CGJT, de 18/11/2019, suscrita por el Ministro del TST Lelio Bentes Corrêa, en que se recomienda a Jueces y Desembargadores del Trabajo que "garanticen la prioridad en el procesamiento y enjuiciamiento de los procesos individuales y colectivos, sujetos a su competencia, que afecten a los temas del *aprendizaje profesional, del trabajo esclavo y del trabajo infantil*, tanto en la fase de conocimiento como en el marco del cumplimiento de la decisión."

Además, en la región amazónica, ejemplificativamente, fue implantada iniciativa piloto por la Vara del Trabajo de Plácido de Castro, ciudad ubicada en el Estado de Acre, en la frontera entre Brasil y Bolivia, en el primer semestre de 2019, consistente en el "*Curso de Formación y Multiplicadores para la Educación en el Mundo del Trabajo: Combate al Trabajo Infantil y Estímulo al Aprendizaje*".

El curso está certificado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante la Coordinación del Programa de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, y por el TRT 14.

La iniciativa ya tuvo dos ediciones, en mayo/junio y en noviembre/2019, teniendo como público destinatario: profesores de las redes públicas de enseñanza municipal y estatal, coordinadores pedagógicos, gestores escolares, gestores de las Secretarías Municipales y Estaduales de Educación, servidores y pasantes de la Justicia del Trabajo, Procuraduría Jurídica Municipal, agentes comunitarios de salud, integrantes del Centro de Referencia de la Asistencia Social (CRAS), miembros del Centro de Referencia Especializado de Asistencia Social (CREAS) y Consejeros Tutelares.

El "*Curso de Formación y Multiplicadores para la Educación en el Mundo del Trabajo: Combate al Trabajo Infantil y Estímulo al Aprendizaje*" agrega contribución a las políticas públicas afectadas al Combate a la Explotación del Trabajo Infantil, en estrecha e indisociable sintonía con el Estímulo al Aprendizaje, revelando densificación concreta del actuar del Poder Laboral en las acciones que se vuelven hacia la materia, Totalmente compatibles con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Además, en 2019, también en Acre, la Justicia del Trabajo implementó las Olimpiadas de Derecho *del Trabajo*.

En iniciativa piloto desarrollada e implementada también por la Vara del Trabajo de Plácido de Castro - Acre, la 1ª edición de las *Olimpiadas de Derecho del Trabajo* ocurrió del 29/11 al 18/12/2019, con el tema "Combate al Trabajo Infantil y Estímulo al Aprendizaje", bajo el lema "La Justicia del Trabajo cerca de mí".

Las *Olimpiadas de Derecho del Trabajo* consisten en torneo de conocimientos sobre derechos y deberes en las relaciones de trabajo, envolviendo el tema de la edición, con contenido compatible con la Base Nacional Común Curricular - BNCC (Temas Contemporáneos Transversales en la BNCC: Educación en Derechos Humanos; Derechos del Niño y del Adolescente; Economía: Trabajo).

Las alumnas y los alumnos recibieron información sobre el tema de manera previa, por intermedio de sus profesores y del material pedagógico disponible, ocurriendo la diseminación y la fijación de conocimientos ante la comunidad estudiantil y la sociedad en general. Tanto los alumnos ganadores como los profesores multiplicadores fueron premiados con cuadernos, trofeos y medallas de honor al mérito.

Más de doscientos de estudiantes y estudiantes de la escuela pública municipal y estatal (5º a 9º años de la escuela primaria) se inscribieron en la realización institucional operado por el Tribunal de Trabajo. La iniciativa contó con el apoyo institucional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Además, en las más diversas localidades de Brasil e igualmente en diferentes espacios, la Justicia del Trabajo ha reafirmado su compromiso visceral con el trabajo decente y la dignidad humana, en la senda del combate al trabajo infantil y estímulo al aprendizaje, por medio de las correspondientes Comisiones Regionales.

Representativas de ese fenómeno las amplias y articuladas movilizaciones populares ocurridas en los Estados de Pará y Amapá, bajo el liderazgo de la Comisión Regional del TRT de la 8ª Región y con crecientes y sólidas alianzas.

Ilustran las diversas acciones desarrolladas en el TRT 8 tanto las desarrolladas durante la Campaña contra el Trabajo Infantil en el Círio de Nazaré (una de las mayores fiestas religiosas brasileñas), hace varios años, como en el transcurso de las Marchas de Belém Contra el Trabajo Infantil. Miles y miles de personas se han adherido a las iniciativas, en una corriente virtuosa ascendente, siendo el tema ampliamente debatido y repercutido por la sociedad.

Asimismo, en la Amazonia y Brasil afuera, la actuación del Judicial Laboral ocurre también en programas de sensibilización en conferencias, inclusive por medio de la Asociación Nacional de los Magistrados de la Justicia del Trabajo (ANAMATRA).

Todas las medidas revelan alineamiento proactivo y estratégico de entes públicos y de la sociedad con compromisos transversales mundiales y nacionales de protección al niño, al adolescente y al joven.

El momento es de desafíos. No solo por la pandemia en pleno curso, sino sobre todo por los galopantes cambios macroeconómicos y normativos que ya emergían, con reforzado vigor, en la denominada Revolución 4.0 (algunos estudiosos ya apuntan la transición hacia la Quinta Revolución), en el ávido contexto de dinámicos fenómenos afectos al trabajo del conocimiento automatizado, Big Data, internet de las cosas (dispositivos inteligentes), robótica, telecomunicaciones e información, impresión 3D, generación 5G, entre otros temas.

Vivimos una época en la que tenemos que pensar no solo en el futuro del trabajo, sino en el presente del trabajo (y aprender de su pasado). Estos tres aspectos relacionados. Nosotros somos artífices y partícipes de ese futuro y de los momentos que le preceden, y, en perspectiva holística, es saludable una interacción que permita transformación en el entorno social de manera efectiva, con beneficios socialmente compartidos.

A la par de las medidas anteriormente mencionadas, emerge la necesidad de fortalecimiento apremiante de políticas públicas y programas multidimensionales que alcancen la infancia, la adolescencia y la juventud de un modo general, insertándolas en el foco efectivo de acciones prioritarias (con protección social) y actuando en el combate a la miseria, con oportunidad

educativa y empleo en la edad correcta, en esfuerzos a ser liderados por el Poder Ejecutivo en ámbito federal, estadual y municipal (principio de la descentralización), con carácter no asistencialista, sino promotor del incremento de potencialidades.

El enfoque debe ser direccionado para rehabilitación, inserción social y educación integral dinámica de calidad, englobando el concepto complementario de jornada ampliada, que no se limite solo a la formal instrucción escolar; además de enfoque profesionalizante para los adolescentes, bajo el manto del aprendizaje; todo aliado a mecanismos jurídicos y sociales para que se cumplan los derechos ya establecidos, por cuanto la infancia y la adolescencia son sobre todo los períodos de vida que deberían ser dirigidos al desarrollo físico y mental.

Específicamente en el medio del claroscuro que ha implicado el aprendizaje profesional, la resignificación de incidencia de variados aspectos tiene el efecto de traer fulgor renovado a la materia, sobre todo en cuanto al amplio potencial transformador y contributivo del instituto, tanto en el aspecto social como económico.

Dicho intento transcurre por el análisis de la dinámica del aprendizaje profesional y adecuación a las modificaciones ocasionadas por los nuevos modos de producción, ya que el trabajo se ha presentado cada vez más cambiante (competencias productivas y habilidades técnicas) así como mediante la integración de contenidos atractivos que mejoren en beneficio del aprendiz la percepción como ser humano globalmente considerado y pleno, asegurando la búsqueda de aprendizaje profesional de mayor calidad, con programas que sean beneficiosos tanto para adolescentes y jóvenes como para empleadores (y no solo reproduciendo rejillas técnicas usualmente adoptadas).

Mejor que eso: el aprendizaje profesional de calidad puede acarrear sesgo de concreción que efectivamente viabilice nivel digno de trabajo a partir de dicha franja etaria y, por consiguiente, en adelante, en la narrativa biográfica del sujeto trabajador.

Además, se sobrelleva el aprendizaje profesional como un derecho, que, de modo concomitante, estimula la cualificación profesional y la inserción protegida en el mercado de trabajo, reduce el desempleo juvenil, enfría la

evasión escolar (ya que la fijación y la asistencia en la escuela son condiciones para la validez del contrato respectivo), y funciona incluso como un sesgo complementario de lucha contra el ciclo intergeneracional de pobreza representado por la explotación del trabajo infantil precoz - materia de derechos humanos y de derechos fundamentales de gran importancia en el mundo del trabajo.

El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (ampliamente denominado desarrollo sostenible) como concepto sistémico abarca el inseparable aspecto de la promoción del trabajo decente y de las relaciones humanas, no hay forma de lograr la justicia social en el cuadrante de la existencia del trabajo infantil, que es la antítesis del trabajo decente, y que se ve agravada por la baja incidencia concreta del aprendizaje profesional.

En ese escenario, la revisión de los modos de aplicar y de estimular la amplitud del instituto del aprendizaje profesional gana demasiado relieve.

Cada niño es importante. Cada adolescente es importante.

La transformación de la vida y de la realidad de una persona ya vale.

En célebre pronunciamiento realizado ante la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 24/5/2021, el activista indio *Kailash Satyarthi*, Premio Nobel de la Paz de 2014, laureado por su dedicación incesante al rescate de niños y adolescentes explotados en el trabajo forzado y a su reinserción social, fue contundente:

*Por lo tanto, esta 74ª Asamblea General de la OMS será un momento definitivo en nuestra sociedad y en la historia.*

*Nos da la oportunidad de tomarnos un tiempo para evaluar las decisiones que hemos tomado y el costo humano que traen.*

*Y considerar las opciones que tenemos hoy.*

*¿Cuáles son las decisiones que hemos tomado?*

*(...) La pandemia no es solo una crisis sanitaria o económica.*

*Es una crisis de justicia.*

*Una crisis de civilización.*

*Una crisis de humanidad.*<sup>23</sup>

Más que el argumento de la autoridad, la autoridad del argumento.

Satyarthi es también idealizador y fundador de la Marcha Global contra el Trabajo Infantil, uno de los movimientos que inspiraron la primera versión de la ya citada Convención nº 182 de la OIT. Su potente recorrido vital moviliza multitudes en todo el mundo. Una unidad de vida que refresca tantas otras, con capacidad de generar encantamiento y movimiento: para transformar, revolver certezas/alojamientos, cuidar.

La reflexión a la que nos invita demuestra que las habituales elecciones, fruto en muchos casos de conducción del vivir en modo autómatas, más que perjuicios individuales, ocasionan la alteración de ruta existencial de una era.

Entre incógnitas y horizontes, elegir los caminos no siempre surge como una tarea fácil. Mejor sería contar con el esotérico auxilio de *bolas de cristal*.

Sin embargo, las soluciones simplistas no suelen construir algo realmente significativo a largo plazo.

En la cuadra histórica del siglo XXI, con realidades plásticas y netas, desprenderse del portafolio de las clausuras en relación a temas jurídicos muchas veces considerados pluriformes (a ejemplo del combate al trabajo infantil) presenta incluso algún esfuerzo. Más que sólido cimiento técnico, requiere postura compasiva y diálogo social, además del tono agregador y pujante de la aireación científica y humanitaria.

Ese descortinamiento, amplitud de manos, colorea las notas y fortalece las musculaturas: a partir de la Academia, de las Universidades, de los Movimientos institucionales y sociales, así como de las Salas de justicia (no las fantasiosas, aunque lúdicas, integradas por Superman, Mujer Maravilla, Aquaman y Batman, entre otros, sino aquellas hechas por mujeres y hombres reales, plenos tanto de virtudes como de sus contrastantes vacíos que demandan perfeccionamiento).

---

<sup>23</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Opening of the 74th World Health Assembly. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=JzMZtyoShEw> Acceso: 29 mayo 2021.

Hay ahí efectivo potencial de transcambiar la pequeña expresión aludida en el inicio de ese breve texto para otro vocablo de etimología francesa, igualmente acogido por la Lengua Portuguesa, de modo afectuoso: días efectivos para la humanidad, sin la mancha del trabajo infantil para todas y todos, bajo amplio y vívido "*touché*".<sup>24</sup>

En tiempos estructurantes y con nota de metamorfosis, afectados por devastadores niveles de exclusión y desigualdad social, en que ganan cuerpo contemporáneos estudios y articulaciones en dirección a la denominada Justicia Social Global, de modo conectado a la reconstrucción del mundo del trabajo ante la pandemia generada por COVID-19, agregar e insertar en el cotidiano temáticas jurídicas dirigidas a la esperanza activa y a la práctica decisiva (en la feliz expresión de Ariano Suassuna, así considerado un "realista esperanzador"), con potencial transformador de la realidad, más que recomendable, es fundamental.

En particular en lo que se refiere al tema de la lucha contra el trabajo infantil, junto con las medidas típicas para que esta grave violación de los derechos humanos y fundamentales se elimine definitivamente, destaca la necesidad de un examen exhaustivo de los institutos jurídicos que pueden dar lugar a situaciones concretas en las que se produce una explotación laboral temprana, como la indemnización por daños existenciales en favor del niño; aspectos polémicos envolviendo el trabajo de niños y adolescentes como *youtubers o influencers* en *distintas* redes sociales; edición a gran escala de legislación para la contratación obligatoria de aprendices por organismos públicos; trabajo precoz ilegal en plataformas digitales destinadas a delivery, entre otros.

Las posibilidades son múltiples.

---

<sup>24</sup> Se entenderá por "*touché*":

[Deporte] Acto de confirmación que, en esgrima, comprueba que el toque en el adversario fue alcanzado.

[Por Extensión] Reconocimiento de una idea extraordinaria, desde un punto de vista brillante, de un comentario inteligente: ¡*Touché*, descubrí una nueva forma de hacerlo!" DICCIONARIO ONLINE DE PORTUGUÉS. Disponible en: <https://www.dicio.com.br/touche/> Acceso: 01 mayo 2021.

Entre tantas heterogeneidades y circunstancias, desafíos y realidades sedientos de efectiva resolución, no es posible, inadvertidamente, incurrir en inercia.

En ese punto, también concurren las palabras del genial Carlos Drummond de Andrade, en otro pasaje del mismo bello "Poema de las Siete Caras", que estrenó nuestro breve diálogo:

Mundo mundo vasto mundo,  
si me llamara Raimundo  
sería una rima, no sería una solución.  
Mundo mundo vasto mundo,  
más vasto es mi corazón.

Raimundos, Luisas, Juanas, Carlos, Marías, Paulas, Josés.

Pequeñitas y pequeñitas, en un mundo vasto, con existencias tragadas por el trabajo precoz ilegal y que necesitan de solución urgente, para hoy.

#### **4. Bajo el tono de epílogo**

La infancia pasa de modo breve.

Ya las marcas y repercusiones profundas intergeneracionales (y para el propio aprovechamiento sostenible de los recursos naturales) son longevas.

Como se sabe, la vida no es un ensayo. No se transfiere el aliento vital para el mañana.

El abandono de millones de niños y adolescentes al trabajo infantil *comunica* urgencias. Habla en alto sonido sobre la *porosidad* del aseguramiento y ejercicio de derechos.

No son suficientes, en ningún momento, soluciones cuyo tenor presenta métrica aparentemente bella y apreciable, aunque nada más que humo en retórica. Se demandan caminos, soluciones reales, compromisos reales.

Se evita, de ese modo, en el recorrido del ser, "ese desapego de lo que en la vida es porosidad y comunicación".<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Extracto del poema "Confidencia del Itabirano", de Carlos Drummond de Andrade, 1930.

La educación es una auténtica y fuerte herramienta de autonomía para dar saltos de calidad en condiciones sociales y económicas adversas, en la misma generación o en generaciones posteriores.

Las iniciativas anteriormente mencionadas, sin perjuicio de otras también relevantes, actúan en la centralidad del universo del trabajo y sus reflejos en la infancia, de la profesionalización del trabajador adolescente en edad apropiada y del porvenir, en línea compatible con las consistentes lecciones del sabio Confucio, filósofo y educador chino:

Si planeas para un año, planta arroz.

Si planeas para diez años, planta un árbol.

Si planeas para cien años, educa a los niños.

Alvissaras para un actuar jurídico y social que atiende al presente y (luminoso) se prepara, con vivacidad, para el mañana

## Bibliografía

DE ANDRADE, C. D. (1930). *Algo de poesía*. Belo Horizonte: Ediciones Pindorama.

HERRERA FLORES, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.

OLIVA, J. R. (2006). *El principio de la protección integral y el trabajo del niño y del adolescente en Brasil*. São Paulo: LTr.

## Recursos electrónicos

BASTOS, I. (2013). *Drummond y Bishop: el Gauche en traducción*. Universidad de São Paulo (USP). TradTerm, São Paulo, v. 22, diciembre/2013. Disponible en:

<https://www.revistas.usp.br/tradterm/article/download/69123/71580/91231>.

HOJA DE SAN PABLO. *Acción en Estados Unidos liga industria del chocolate a trabajo infantil en África*. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/02/acao-nos-eu-liga-industria-chocolate-a-trabalho-infantil-na-africa.shtml>.

HOJA DE SAN PABLO. *El trabajo infantil en China se agrava, dice ONG*. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u325883.shtml>.

FORO NACIONAL DE PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL. *¿Cuál es la relación entre su teléfono inteligente y el trabajo infantil en el Congo?*. Disponible en: <https://fnpeti.org.br/noticias/2016/11/14/qual-a-relacao-entre-seu-smartphone-e-o-trabalho-infantil-nocongo/>.

OIT & UNICEF (2021). *Child Labour: estimación global 2020, Trends and the road forward*. Ginebra: OIT. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_norm/--ipecc/documents/publication/wcms\\_797515.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf).

- OIT y UNICEF (2020). *COVID-19 and Child Labour: A Time of Crisis, A Time to Act*. Disponible en: <https://data.unicef.org/resources/covid-19-and-child-labour-a-time-of-crisis-a-time-to-to-act/>.
- OIT & CEPAL. *Nota Técnica N°1: La pandemia por COVID-19 podría incrementar el trabajo infantil en América Latina y el Caribe*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms\\_747653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_747653.pdf).
- OIT. (2021). *Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil*. Disponible en: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_766429/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_766429/lang-pt/index.htm).
- OIT. *Trabajo en tiempos de COVID*. Disponible en: [https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS\\_795276/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_795276/lang-es/index.htm).
- OIT (2020). *Social Protection Spotlight: Social Protection Responses to the COVID-19 Pandemic in Developing countries: Strengthening Resilience by building universal social Protection*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/--soc\\_sec/Documents/Publication/wcms\\_744612.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--soc_sec/Documents/Publication/wcms_744612.pdf).
- THE NEW YORK TIMES. *Adornos de Navidad, Child Labor*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2012/12/25/opinion/christmas-ornaments-child-labor.html?lmladxnnl=1&ref=childlabor&adxnnlx=1382470251-WXPxaXwqlzQO/Y3infWIOQ>.
- TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO. #BrasilSemTrabalhoInfantil: movilización en Twitter alcanzó 141,2 millones de personas. *Disponible en:* [http://tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/-brasilsemtrabalho infantil-alcanca-141-2-millonesdepersonas/pop up? 101 INSTANCE 89Dk viewMode=print& 1 01 INSTANCE 89Dk languageld=pt BR](http://tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/-brasilsemtrabalho infantil-alcanca-141-2-millonesdepersonas/pop up? 101 INSTANCE 89Dk viewMode=print& 1 01 INSTANCE 89Dk languageld=pt BR).
- UNICEF. *Bienestar y Privaciones Múltiples en la Infancia y la Adolescencia en Brasil*. 2019. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/unicef-apont-principais-desafios-paracrianças-e-adolescentes-que-vivem-na-amazonia/>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Opening of the 74th World Health  
Assembly. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=JzMZtyoShEw>.

**DEBATE: NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TIEMPOS DE  
PANDEMIA**

Con mucha alegría y gran honor me ha sido designado coordinar un capítulo de la Revista Jurídica del Trabajo, que trata de temas de debate sobre el escenario actual del trabajo.

Antes de entrar en las consideraciones, presento todo el respeto y solidaridad a las víctimas del covid-19. Por cierto, la más grande tragedia sanitaria del siglo.

El tema elegido ha sido la negociación colectiva en tiempos de pandemia, cuando el Derecho del Trabajo parece seguir una senda ya inicialmente dibujada, de sacar el contenido legal de tutela a los trabajadores, con el empoderamiento de la autonomía privada; sea individual sea colectiva.

Tal consideración tiene respaldo en los más variados modelos de reforma laboral ocurridos en los países occidentales, teniendo, quizás, su más grande envergadura ultraliberal por medio de la reforma en Brasil en el año 2017.

En aquel momento, tanto el objeto de la negociación colectiva, como las funciones sindicales han sido expandidas, permitiendo que el contenido negociado pueda superar el contenido legislado e, incluso, con la supresión de normas legales, con restricciones apenas de algunos institutos. De igual forma, los sindicatos que según la Constitución del país poseen función representativa, pasan a poder negociar de forma amplia los derechos de las categorías representadas.

Sin embargo, el año de 2020 comienza con una enorme convulsión social y económica que no tiene nada que ver con el binomio capital versus trabajo que ha permeado las sociedades del trabajo y las condiciones políticas de las legislaciones laborales, según el origen de los postulados de la materia.

La pandemia del nuevo coronavirus es la amenaza en común para todas las sociedades del planeta. Cada país, de acuerdo con sus posibilidades y directrices materiales del momento, empieza a adecuar su legislación laboral para el terrible momento, que obstinadamente aún molesta y en especial a Latinoamérica<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Tan solo como registro, al inicio de la pandemia, ha sido publicada obra que ha espejado como once países de la región enfrentaban en aquel momento inicial la pandemia. BARROSO, Fábio Túlio. Saliba, Graciane Rafisa y LANDA, Jady Ladrón de Guevara Medidas Laborales

De esta forma, ha sido propuesto a los expertos posicionarse sobre la importancia de la negociación colectiva, sus avances e retiradas de los contenidos de protección social presentes en la negociación colectiva, delante de una legislación laboral en tiempos de crisis sanitaria y económica.

El tema de la negociación colectiva tiene gran relevancia e importancia en el escenario mundial, sobre todo por medio de los Convenios de n°s 98 y 154 de la OIT, además de la Recomendación n° 163 y ha sufrido con los años y el perfeccionismo del sistema productivo varios cambios.

Al inicio de la pandemia, la propia OIT ha publicado elementos de cómo superar la crisis generalizada que decurre del problema sanitario, en *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus). Preguntas frecuentes - Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19*<sup>2</sup>.

Será esencial instaurar un clima de confianza mediante el diálogo social y el tripartismo para aplicar de manera efectiva las medidas destinadas a enfrentar el brote de COVID-19 y sus repercusiones. Fortalecer el respeto de los mecanismos de diálogo social y utilizarlos es una forma de cimentar la resiliencia y el compromiso de los empleadores y de los trabajadores para la adopción de medidas de política dolorosas, pero necesarias. Esto es especialmente importante en momentos de creciente tensión social. La Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205) recalca en particular la importancia del diálogo social en la respuesta a las situaciones de crisis y la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis.

Las normas internacionales del trabajo ofrecen una orientación exhaustiva pertinente para abordar el impacto de la pandemia. En este contexto, es importante participar en procesos y utilizar mecanismos para garantizar consultas tripartitas eficaces tal como se prevén en virtud de numerosas normas internacionales del trabajo a fin de encontrar soluciones efectivas y lograr consensos sobre éstas.

---

Adoptadas en América Latina por la Pandemia de Covid -19. Belo Horizonte: Solve, Soluções Tecnológicas e Imagem Digital, 2020.

<sup>2</sup> [https://www.ilo.org/global/standards/WCMS\\_739939/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang--es/index.htm). Acceso el 27 de marzo de 2020.

En particular, la Recomendación subraya el papel clave de la consulta y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia<sup>5</sup>. Hace un llamado a los Estados Miembros para que reconozcan la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis, teniendo en cuenta el Convenio sobre la libertad sindical y la protección, Párrafos 7, k),<sup>24</sup> y 25 de la Recomendación núm. 205.5 Párrafo 8, d), de la Recomendación núm. 205.

9 del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

El diálogo social debe realizarse a todos los niveles (nacional, sectorial y de empresa) y es una herramienta de política esencial para garantizar la adopción de políticas y programas que hagan frente con eficacia a la crisis al tiempo que mitigan su impacto sobre el empleo y los ingresos. Resulta especialmente importante a nivel de las empresas, porque los trabajadores necesitan ser informados y consultados y saber cuáles van a ser las repercusiones sobre sus propias condiciones de empleo y qué medidas pueden tomar por su propia protección y cómo pueden contribuir a contener esas repercusiones<sup>3</sup>.

Sin embargo, parece que para algunos países, como Brasil, el camino ha estado en potenciar la negociación directa entre los sujetos de la relación de trabajo, con la negociación colectiva presente en una situación secundaria.

Así, en los textos que siguen, escritos por reconocidos juristas, presentan la importancia de la negociación colectiva y de las normas que de ellas decurren si se presentan relevantes u irrelevantes delante de una legislación de emergencia, que ha surgido con la Pandemia del Covid 19.

Fábio Túlio Barroso<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_739939.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf). Acceso el 8 de octubre de 2020.

<sup>4</sup> Post-Doctor en Derecho, Universidad de Granada, España. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Presidente Honorario y fundador de la Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Profesor de la Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

(Coordinador del tema de debate del N° 5)

---

(Graduación, maestría y doctorado). Profesor de la Faculdade de Direito do Recife - FDR, de la Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1442-0087>. Abogado.

---

## IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PANDEMIA COVID-19

## IMPORTANCE OF COLLECTIVE BARGAINING IN THE COVID-19 PANDEMY

Luiz Eduardo GUNTHER

*Profesor en el Centro Universitario Curitiba - UNICURITIBA, Pregrado y Postgrado (Maestría y Doctorado en Derecho), Curitiba, Brasil. Profesor invitado del Curso de Postgrado de ABDConst. Juez del Tribunal Regional del Trabajo del Paraná. Postdoctorado por la PUCPR y Doctor por la UFPR. Miembro Titular de la Cátedra núm. 09 de la Academia Brasileña de Derecho Laboral.*

[luiz.gunther@uol.com.br](mailto:luiz.gunther@uol.com.br)

Marco Antônio César VILLATORE

*Profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina - UFSC, Licenciatura y Posgrado (Maestría y Doctorado en Derecho), Florianópolis, Brasil. Coordinador del Curso de Postgrado de ABDConst. Abogado. Postdoctorado en UNIROMA II - Tor Vergata. Miembro Titular de la Cátedra núm. 73 de la Academia Brasileña de Derecho Laboral.*

[marcovillatore@gmail.com](mailto:marcovillatore@gmail.com)

Fecha de envío: 01/07/2021

Fecha de aceptación: 10/08/2021

---

## IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PANDEMIA COVID-19

Luiz Eduardo GUNTHER

*Academia Brasileña de Derecho Laboral (Brasil)*

Marco Antônio César VILLATORE

*Academia Brasileña de Derecho Laboral (Brasil)*

---

**Resumen:** Estamos en medio de un huracán. El año 2020 comenzó con una gran preocupación por el virus que venía de China. En poco tiempo se extendió a Europa, Estados Unidos, tantos otros países y, finalmente, a Brasil. Hay un recuento diario de infectados, muertos y sobrevivientes de COVID-19. Cuánto tiempo tendremos que vivir con el distanciamiento de la gente y la parálisis de los servicios, de la actividad económica, nadie lo sabe. Llegamos en el mes de junio de 2021 y todas las consecuencias de la pandemia reconocida son enigmas por descifrar. El derecho a la información y el deber de informar en la negociación colectiva son de suma importancia, y en este trabajo se analizan los roles de las entidades sindicales, tanto empresarios como empleados, y sus respectivos representantes.

**Palabras clave:** Negociación colectiva - Derecho de información - Deber de informar - Protección de datos

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho a la información y el deber de informar en las negociaciones laborales colectivas. 3. La protección de datos y el derecho a la información en tiempos de coronavirus. 4. Consideraciones finales.

**Abstract:** We are in the middle of a hurricane. The year 2020 started with great concerns regarding the virus that came from China. In a short time, it spread to

Europe, the United States, so many other countries and, finally, to Brazil. There is a daily count of infected, dead and those who survived COVID-19. How long we will have to live with people's distancing and paralysis of services, of economic activity, nobody knows. We arrived in the month of June 2021 and all the consequences of the recognized pandemic are enigmas to be deciphered. The right to information and the duty to inform in collective bargaining are extremely important, and in this work the roles of union entities, both employers and employees, and their respective representatives are analysed.

**Key words:** Collective bargaining - Right to information - Duty to inform - Data protection

**Summary:** 1. Introduction. 2. The right to information and the duty to inform in collective labor negotiations. 3. Data protection and the right to information in times of coronavirus. 4. Final considerations.

## **1. Introducción**

En un marco de incertidumbres como el que vivimos, hablar del derecho a la información, el deber de información y la Ley del Trabajo es fundamental para la supervivencia civilizada de nuestra sociedad.

En el ámbito del Derecho Laboral, un aspecto poco recordado es la exigencia del derecho a la información y, también, el deber de información en la negociación colectiva. Se examina el papel de los sindicatos, empresas y trabajadores en este tema de la información frente a cuestiones laborales colectivas.

Por otro lado, la protección de datos y el derecho a la información, en este momento de pandemia, se vuelven vitales para que el trabajo humano pueda tener un mínimo de garantías.

## **2. El derecho a la información y el deber de informar en las negociaciones laborales colectivas**

No hay duda de que, bajo el capitalismo, la negociación colectiva de trabajo no solo debe reconocerse, sino también fomentarse. Se consideran oportunidades importantes en las que las entidades colectivas que representan a los trabajadores (entidades sindicales de trabajadores) pueden sentarse a la mesa de negociaciones y discutir, en igualdad de condiciones, con entidades colectivas corporativas (empresas, sindicatos patronales), la mejora de las condiciones laborales dentro de la empresa.

João de Lima Teixeira Filho registra principios sobresalientes de negociación colectiva, señalando que esta lista no excluye la existencia de otros. Los principios que reconoce como debidos a la negociación colectiva son los siguientes: inexcusabilidad de la negociación; buena fe; derecho de información; razonabilidad y paz social. Cuando se trata del derecho a la información, como principio de negociación colectiva, se afirma que “la información forma parte de

la propia naturaleza del proceso de comprensión".<sup>1</sup> Como aclara el autor en su texto, para que la lista de reclamos pueda ser debidamente formulada, "los reclamos deben estar fundamentados para permitir la comprensión de sus motivos, oposiciones o aclaraciones, e iniciar la negociación".<sup>2</sup>

Junto al derecho a la información, también se puede hablar de deber de información. De acuerdo con este principio (deber de información), las partes se facilitarán mutuamente la información necesaria para justificar sus propuestas y respuestas. No cabe duda de que el principio es de mayor interés para la representación de los empleados, ya que suelen sentir una fuerte falta de datos sobre la situación económica, financiera y comercial de la empresa. Naturalmente hay resistencia por parte de los empresarios, "pero no se puede negar la información pertinente, directa o indirectamente, a la negociación sin caracterizar la mala fe del negociador".<sup>3</sup>

Este deber de información por parte de la empresa y el derecho a la información por parte de los empleados, durante la negociación colectiva, debe explicarse mejor. Parece sensato conocer las condiciones económicas y financieras reales de la empresa o datos del segmento económico y su capacidad para otorgar ciertos reclamos que los representados estimen oportunos. Sin embargo, esta información debe proporcionarse no solo en tiempos de dificultad económica (para generar medidas para superar la crisis a través de la negociación colectiva), sino también, siempre, en tiempos de prosperidad. Sin embargo, se deben tomar dos precauciones al respecto: a) no es creíble que el empleador adopte una actitud de rechazo de reclamos, escudándose con información supuestamente secreta; b) pero, además, no es posible que la información estratégica pueda poner en riesgo a la empresa con el pretexto de tener que ver con el proceso empresarial.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Negociação coletiva de trabalho*. In SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. (p. 1.166-1.205), p. 1.185.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 1.185.

<sup>3</sup> BERNARDES, Hugo Gueiros. *Princípios da negociação coletiva*. In TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989. (p. 357-370). p. 361-362.

<sup>4</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Ob. cit.*, p. 1.185-1.186.

La Organización Internacional del Trabajo, sobre este tema, emitió la Recomendación núm. 163, “sobre la Promoción de la Negociación Colectiva” (art. 7.2.a), que establece que los empleadores, a solicitud de la organización de trabajadores, deben poner a su disposición información sobre la situación económica y social de la unidad negociadora y empresa en general, si es necesario, para negociaciones significativas. Por tanto, esta información debe ser necesaria. Por otro lado, la confidencialidad de la información puede ser requerida, es decir: “en el caso de que la divulgación de parte de esta información sea perjudicial para la empresa, su comunicación puede estar condicionada al compromiso de que será tratada como confidencial como necesario”.<sup>5</sup>

La Junta Directiva de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT en 1977 (con la Enmienda Constitucional de 2000) adoptó la Declaración tripartita de principios sobre empresas multinacionales y política social. En el título que trata de la negociación colectiva, punto 7, sugiere a las empresas multinacionales (¡deberían!):

“proporcionar a los representantes de los trabajadores la información necesaria para concluir negociaciones efectivas con la entidad en cuestión y, de acuerdo con la legislación y las prácticas locales, también debe proporcionar información para que los trabajadores puedan tener datos adecuados y confiables sobre las actividades de la unidad donde trabajan o, donde apropiado, la empresa en su conjunto”.<sup>6</sup>

También es digna de mención la Recomendación n. 129, de la OIT, sobre comunicaciones entre la dirección y los trabajadores dentro de la empresa, de 1967. Merece especial atención el artículo 15.1, al establecer que la información proporcionada por la dirección debe dirigirse, según su naturaleza, a los representantes de los trabajadores y al personal, y comprender, en la medida de lo posible, todos los asuntos de interés de los trabajadores que se refieran a la marcha y perspectivas futuras de la empresa y a la situación presente y futura

---

<sup>5</sup> SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Túlio Martínez. Normas da OIT Organizadas por temas. São Paulo: LTr, 2016. p. 377-378.

<sup>6</sup> GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2013. p. 184-190.

de los trabajadores, en la medida en que la divulgación de información no perjudique a las partes.<sup>7</sup>

En una tesis presentada al Programa de Postgrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía, en marzo de 2011, Ícaro de Souza Duarte estudió el tema del “reconocimiento del derecho a la información en la negociación colectiva como resultado de la solicitud del principio de buena fe objetiva.”<sup>8</sup> En este importante estudio, el autor buscó resaltar el reconocimiento del derecho a la información en la negociación colectiva como resultado de la aplicación del principio de buena fe objetiva. Tanto los trabajadores como los empleadores necesitan, en el contexto de la negociación colectiva, información sobre hechos y eventos relacionados con los interlocutores sociales, para que la negociación pueda ser fructífera. La elaboración de estrategias y el manejo de argumentos racionales y lógicos dependen del dominio y conocimiento adecuado de los temas y asuntos que se negocian, para los cuales la información es vital.<sup>9</sup>

En tiempos de pandemia del nuevo coronavirus, es evidente lo importante que es aplicar el principio del derecho a la información, con su correspondiente deber de informar. En el contexto de la negociación colectiva, como se puede observar, el derecho a la información es fundamental para la continuidad empresarial y la preservación de los puestos de trabajo, prestando atención a la función social de la propiedad, el contrato y la empresa.

### **3. Protección de datos y derecho a la información en tiempos de coronavirus**

A medida que estudiamos el derecho a la información, en nuestros días, la protección de datos surge como un tema fundamental. Esta expresión aparece simultáneamente con la evolución de la tecnología, que comienza a capturar,

---

<sup>7</sup> SERVAIS, Jean-Michel. Decreto Internacional del Trabajo. Buenos Aires, Heliasta, 2011. p. 124.

<sup>8</sup> DUARTE, Ícaro de Souza. O reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva como decorrência da aplicação do princípio do da boa-fé objetiva. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10769>>. Acceso en 24.04.2021.

<sup>9</sup> DUARTE, Ícaro de Souza. *Idem, ibidem*. p. 208.

almacenar y difundir información a través de internet, computadoras y teléfonos celulares, por ejemplo.

En Brasil, en 2018, la Ley n. 13.709, denominada "Ley General de Protección de Datos Personales - LGPD", que prevé el tratamiento de los datos personales, incluso en medios digitales, por parte de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, con el objetivo expreso de proteger: a) los derechos fundamentales de libertad y privacidad; b) y el libre desarrollo de la personalidad de la persona física.<sup>10</sup>

En el libro "21 lecciones para el siglo XXI", Yuval Noah Harari afirma, en el capítulo que trata el tema de la igualdad, que el daño a los datos es el dueño del futuro y pregunta: ¿quién es el dueño de los datos? Afirma que si queremos evitar concentrar toda la riqueza y todo el poder en manos de una pequeña élite, la clave es regular la propiedad de los datos. En su opinión, en el siglo XXI, los datos suplantarán tanto a la tierra como a la maquinaria como el activo más importante, y la política será el esfuerzo por controlar el flujo de datos. Si los datos se concentran en unas pocas manos, la raza humana se dividirá en diferentes especies.<sup>11</sup>

De este pensamiento se puede inferir que la desigualdad entre personas puede acentuarse aún más si no se toman medidas en materia de control de datos.

¿Cómo entender lo que se llama "protección de datos"? Según Stefano Rodotà, la protección de datos es una expresión de libertad y dignidad personal y, como tal, los datos no deben tolerarse de tal manera que transformen a un individuo en un objeto bajo vigilancia constante.<sup>12</sup>

¿Cómo se pueden clasificar las técnicas de control de mensajes? Según Pierre Lévy, en su libro "La Inteligencia Colectiva", estas técnicas se pueden clasificar en tres grandes grupos: somáticas, mediáticas y digitales. Las técnicas

---

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 718.

<sup>11</sup> HARARI, Yuval Noah. 21 lições para século 21. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 105-107.

<sup>12</sup> RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Brodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19

somáticas implican la presencia efectiva, el compromiso, la energía y la sensibilidad del cuerpo para la producción de signos. Las tecnologías de los medios fijan y reproducen los mensajes para asegurarles un mayor alcance y una mejor difusión en el tiempo y el espacio. El sistema digital autoriza la fabricación de mensajes, su modificación e incluso la interacción con ellos, átomo de información a átomo de información, poco a poco.<sup>13</sup>

La expresión modernidad líquida, acuñada por Zygmunt Bauman, también le sirvió para hablar de vigilancia líquida. Este actor explica que, muchas veces, esta vigilancia se da por la necesidad que tienen las personas de hacerse notar. En una frase famosa, Hegel definió la libertad como una necesidad aprendida y reconocida. La pasión por ser registrado es un ejemplo importante, quizás el más flagrante, de esta regla hegeliana en nuestro tiempo, en la que la versión actualizada y ajustada del **cogito** de Descartes sería “Soy visto (observado, notado, registrado), luego yo soy”. Según la interpretación de este autor:

“La internet ha venido para reemplazar el trabajo y surgir de la invisibilidad y el olvido, y así reclamar un lugar en un mundo ciertamente extraño e inhóspito, rompiendo botellas”.<sup>14</sup>

Este tema de protección de datos suele incluir el consentimiento de los interesados, su necesidad y límites, y también el control de la propia información.

En un momento en el que vivimos intensamente los reflejos de la pandemia de coronavirus, ¿cómo se pueden proteger los datos? Según Danilo Doneda, el papel de la legislación de protección de datos a la hora de garantizar las libertades individuales y colectivas adquiere una importancia fundamental, dado el riesgo de que nuevos usos de los datos puedan derivar en intereses ajenos a la lucha contra la enfermedad. Para este tema:

“En una crisis aguda como la actual pandemia del covid-19, los datos personales son elementos esenciales para modelar y ejecutar políticas públicas de contención y control del virus, así como para hacer posible que la

---

<sup>13</sup> LÉVY, Pierre. A inteligência coletiva. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. p. 49-51.

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 120-121.

investigación científica brinde los mejores resultados en la período de tiempo más corto”.<sup>15</sup>

Sin embargo, se debe hacer una advertencia importante, siguiendo lo que Gabriela Zanfir-Fortuna, especialista en protección de datos, dijo al periódico Folha de São Paulo en una entrevista reciente. Según ella, la lucha contra Covid-19 creará una sociedad trazada como nunca antes. Por eso considera que existen muchos riesgos y preocupaciones. ¿Cómo, por ejemplo, puede asegurarse de que la información recopilada por las aplicaciones en ese momento se utilice con el propósito específico de mitigar la pandemia? Según sus estudios, existen precedentes en casos en los que los datos se utilizaron para otros fines: los gobiernos pueden monitorear la inmigración y el flujo de personas, por ejemplo, lo que estaría fuera de cuestión de mitigar la propagación de la enfermedad.<sup>16</sup>

Una situación que viene sucediendo en Brasil en este momento es el uso de datos de teléfonos celulares para verificar quién está en casa o no. La pregunta es entonces: ¿pueden los estados y municipios rastrear los datos de los teléfonos celulares para monitorear las aglomeraciones? El principal argumento que se utiliza a favor de este uso es que los datos facilitados por la empresa son anónimos y que se respeta la privacidad individual de las personas. Posiciones jurídicas contrarias, sin embargo, entienden que sería una violación a la privacidad del ciudadano, ya que los organismos públicos y las empresas privadas no podrían invadir el sector donde se encuentra tal o cual celular. Actualmente no hay consenso sobre el tema, lo que debería ocurrir pronto, ya que hay judicialización de este asunto.<sup>17</sup>

Parece incuestionable que el impacto de la pandemia de coronavirus también será grande en el área de recopilación y protección de datos. Ante la

---

<sup>15</sup> DONEDA, Danilo. A proteção de dados em tempo de coronavírus. Revista Eletrônica JOTA, de 25.03.2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>>. Acceso en 23.03.2021.

<sup>16</sup> PASSOS, Paulo. Entrevista Gabriela Zanfir-Fortuna. Jornal Folha de São Paulo, de 19.04.2020, p. A-14

<sup>17</sup> BARONE, Isabelle; DESIDERI, Leonardo. Estados usam dados de celulares para monitorar aglomerações. Eles podem fazer isso? Gazeta do Povo, 13.04.2020. E também VILAPIANA, Tábata, Dória é questionado na justiça por monitoramento de celulares no Estado. CONJUR - Consultor Jurídico, de 14.04.2020.

urgente necesidad de una decisión judicial al respecto, para garantizar la seguridad jurídica, contamos con la posición del Supremo Tribunal Federal, que ya viene juzgando a través del sistema virtual, incluso en el ámbito laboral, la Acción Directa de Inconstitucionalidad 6.363, finalizó el 17 de abril de 2020, que reconoció, excepcionalmente, la negociación individual para suspender contratos, reducir jornada y salarios solo comunicando lo sucedido a las entidades sindicales.

#### **4. Consideraciones finales**

Con la rapidez que requieren los medios tecnológicos, el jurista necesita no solo estudiar temas de actualidad, de derecho, para interpretarlos y aplicarlos. Es fundamental lograr consensos sobre lo deseable, especialmente en los círculos internacionales, e incorporarlos al ordenamiento jurídico brasileño con las adaptaciones necesarias.

Teniendo en cuenta estos aspectos, el artículo analiza cómo esta pandemia debe plantear la cuestión del derecho y deber de información en la negociación colectiva y protección de datos, destacando cómo la Corte Suprema se pronunció sobre la validez de la negociación individual, para suspender el contrato de trabajo, salario. y reducción de jornada, garantizando únicamente la posterior comunicación a las entidades sindicales.

En esta época de tantas incertidumbres, los juristas piden paso para recoger hechos, reconocer derechos, pero, sobre todo, contribuir a la vida civilizada en sociedad.

## Bibliografía

- DE AZEVEDO, A. J. (2020). GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marto Antônio César. *CORONAVÍRUS NO DIREITO DO TRABALHO: impactos e aspectos práticos do COVID-19 no Direito Trabalhista*. Curitiba: Editora Juruá.
- BARONE, I. y DESIDERI, L. (2020). *Estados usam dados de celulares para monitorar aglomerações. Eles podem fazer isso?*, Jornal Gazeta do Povo, 13.04.2020.
- BAUMAN, Z. (2013). *Vigilância líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar.
- BERNARDES, H. (1989). “Princípios da negociação coletiva”, en TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr. (p. 357-370).
- GUNTHER, L. E. (2013). *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá.
- HARARI, Y. N. (2018). *21 lições para século 21*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras.
- LÉVY, P. (2015). *A inteligência coletiva*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de São Paulo.
- PASSOS, P. (2020). Entrevista Gabriela Zanfir-Fortuna. Jornal Folha de São Paulo, de 19.04.2020, p. A-14.
- RAMOS, A. (2019). *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva.
- RODOTÁ, S. (2008). *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Brodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar.
- SCALÉRCIO, M. y MINTO, T. (2016). *Normas da OIT Organizadas por temas*. São Paulo: LTr.
- SERVAIS, J. (2011). *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires, Heliasta.
- TEIXEIRA FILHO, J. (2003). “Negociação coletiva de trabalho”, en SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.*, *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. atual. São Paulo: LTr. (p. 1.166-1.205).

VILAPIANA, T. (2020). *Dória é questionado na justiça por monitoramento de celulares no Estado*. CONJUR - Consultor Jurídico, de 14.04.2020.

### **Recursos electrónicos**

DONEDA, D. (2020). “A proteção de dados em tempo de coronavírus”, *Revista Eletrônica JOTA*, de 25.03.2020. Disponible en <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>.

DUARTE, Í. (2021). *O reconhecimento do direito de informação na negociação coletiva como decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva*. Disponible en <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10769>.

---

## SEGURIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN SOCIAL: LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN BRASIL EN TIEMPOS PANDÉMICOS

## LEGAL SECURITY AND SOCIAL PROTECTION: COLLECTIVE LABOR CONTRACTS IN BRAZIL IN PANDEMIC TIMES

Nelson MANNRICH

*Magister, Doctor y Docente en la facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la facultad de Derecho de la USP. Coordinador del GETRAB-USP. Miembro de la Cátedra nº 49 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Abogado socio del Despacho Mannrich & Vasconcelos Abogados, São Paulo, Brasil.*  
[nelsonmannrich@mannrichvasconcelos.com.br](mailto:nelsonmannrich@mannrichvasconcelos.com.br)

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

*Magister y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR). Investigadora del GETRAB-USP. Abogada socia del Despacho Mannrich & Vasconcelos Abogados, São Paulo, Brasil.*  
[alessandraboskovic@mannrichvasconcelos.com.br](mailto:alessandraboskovic@mannrichvasconcelos.com.br)

Fecha de envío: 01/07/2021

Fecha de aceptación: 10/08/2021

---

## SEGURIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN SOCIAL: LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN BRASIL EN TIEMPOS PANDÉMICOS

Nelson MANNRICH

*Academia Brasileña de Derecho del Trabajo (Brasil)*

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

*GETRAB-USP (Brasil)*

---

**Resumen:** Los sindicatos ejercieron, a lo largo de la historia, un importante papel en la conquista y consolidación de los derechos sociales, especialmente los laborales. Esto no ocurre tan solo en la medida en que los movimientos sindicales ejercen presión para que el poder público positivice sus derechos, sino también el de permitir asegurar las garantías y protecciones específicas hacia sus representados, mediante Contratos y Convenciones Colectivas de Trabajo. Esta segunda vía recibe mayor relevancia en momentos de crisis económicas o sociales, a ejemplo del escenario impuesto por la pandemia del coronavirus. No es para menos que la Constitución Federal brasileña reconozca la validez de los Contratos y Convenciones Colectivas de Trabajo y el Código Laboral (CLT) privilegie lo negociado sobre lo legislado, en relación a una grande gama de temas. Durante la pandemia, fueron frecuentes las normas colectivas que, además de reglamentar los puntos generales en normas de ese tipo de naturaleza – tales como el piso salarial de la categoría y el banco de horas, por ejemplo – disciplinaron también aspectos sobre los cuales la legislación ha sido omisa, generando dificultades periódicas durante la pandemia del coronavirus. Es el caso del teletrabajo: la legislación brasileña reglamenta aspectos elementales sobre esta modalidad laboral, dejando un vacío sobre la serie de condiciones de orden práctico, con los cuales las empresas y trabajadores se deparan abruptamente cuando se trata de la imposición del distanciamiento social. Las negociaciones colectivas regulando ese tema tuvieron la doble

conquista de conferir la seguridad jurídica de las relaciones laborales y aseguraron la efectiva protección social de sus representados.

**Palabras clave:** Negociación Colectiva - Pandemia del nuevo Coronavirus - Sindicatos

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Papel histórico de los sindicatos en la conquista y consolidación de derechos sociales. 3. Negociación colectiva del derecho laboral y las normas autónomas colectivas. 4. Contratos y Convenciones Colectivas: La seguridad jurídica y la protección social. 5. Consideraciones finales.

**Abstract:** Trade unions have played an important role throughout history for the conquest and consolidation of social rights, especially labor rights. This is not only to the extent that union movements force the government to secure rights, but also because they ensure guarantees and protections specific to their representatives through collective bargaining. This second path gains even greater relevance in times of crisis, economic or social, such as the scenario resulting from the coronavirus pandemic. No for nothing, the Brazilian Federal Constitution recognizes the validity of collective bargaining and the CLT privileges the negotiated over the legislated in relation to a wide range of topics. During the pandemic, collective agreements were frequent, which, in addition to regulating routine points in rules of this nature – such as the minimum wage of the category and bank of hours, for example – also disciplined aspects on which the legislation is omitted and that caused recurrent practical difficulties during the coronavirus pandemic. This is the case, for example, of telework: Brazilian legislation on the subject regulates elementary aspects of this form of work, but leaves open a series of practical conditions, with which companies and workers came across abruptly when social distancing was imposed. The collective bargaining agreements on the subject had the double success of providing legal certainty to labor relations and ensuring social protection for workers.

**Key words:** Collective bargaining - Coronavirus pandemic - Trade unions

**Summary:** 1. Introduction. 2. Historical role of unions in the conquest and consolidation of social rights. 3. Collective bargaining of labor law and autonomous collective rules. 4. Contracts and Collective Agreements: Legal security and social protection. 5. Final considerations.

## 1. Introducción

Es innegable el papel histórico que han desempeñado los sindicatos, de modo particular en el ámbito de la negociación colectiva, para la solución de conflictos colectivos del trabajo. De hecho, no solo los movimientos sindicales, como también – y principalmente – la negociación colectiva, conquistaron innumerables derechos y la conformación más adecuada de las normas estatales heterónomas a las especificidades técnicas, culturales y sociales de cada actividad económica o localidad.

En tiempos de crisis, tal como la que estamos viviendo en razón de la pandemia del coronavirus, los sindicatos vienen a ejercer una mayor relevancia. Cuando dirigida correctamente, la actuación sindical puede mitigar los efectos nefastos de la crisis y proyectar una imagen positiva de la importancia de un sindicato, inclusive, con repercusiones en su mayor representatividad. Existen registros de una gran cantidad de Contratos y Convenciones Colectivas de Trabajo en ese sentido, esenciales para la continuidad de las relaciones laborales, adecuación de los derechos y una mayor seguridad jurídica.

De acuerdo con el Boletín de Informaciones de la FIPE (Fundación Instituto de Pesquisas Económicas), en el año de 2021, el número de normas colectivas celebradas en Brasil aumentó por primera vez desde el 2017 (año en el cual sobrevino la reforma laboral). En 2017, fueron 1.632 normas en los meses de enero y febrero, aunque en el 2018, 2019 y 2020, ese número descendió para 1.070, 1.158 y 1.113, respectivamente. En 2021, fueron registrados 1.452 instrumentos normativos colectivos<sup>1</sup>.

En el presente texto, analizaremos el papel histórico de los sindicatos en la conquista y consolidación de los derechos sociales en Brasil, las normas autónomas colectivas originadas de las negociaciones colectivas y sus principales beneficios jurídicos y sociales.

## 2. El papel histórico de los sindicatos en la conquista y consolidación de los derechos sociales en Brasil

---

<sup>1</sup> ZYLBERSTAJN, 2021, pág. 9.

Los sindicatos siempre desempeñaron un papel histórico relevante para la conquista de los derechos sociales en Brasil, especialmente los derechos laborales. Precipuamente, en el período de 1917 a 1920, los trabajadores liderados por movimientos anarquistas, promovieron diversas huelgas, que reivindicaban mejores condiciones de trabajo. Con estos movimientos sindicales resultó la conquista de diversos derechos laborales, como la prohibición del trabajo de menores de doce años, en el período que antecedió al presidente Getúlio Vargas.

A comienzos del siglo XX, Brasil sufrió un intenso proceso de urbanización e industrialización. Conforme apunta Caio Prado Júnior<sup>2</sup>, la industrialización sucedió, principalmente, en razón de las inversiones producidas por los caficultores. La ciudad de São Paulo, en virtud de su localización, contigua a la principal región caficultora brasileña de finales del siglo XIX, se industrializó de forma célere. Sin embargo, el rápido proceso que tuvo a raíz de su proyección industrial no vino al compás del aumento respectivo de normas protectoras de sus trabajadores. Las condiciones de trabajo eran precarias, además de sus extensas jornadas laborales y pésimas condiciones de trabajo, ya que empleaban a los menores de edad en sus complejos industriales.

Por eso mismo, en ese lapso de tiempo los movimientos sociales fueron intensos. Souto Maior apunta que, entre 1917 y 1920, tan solo en São Paulo ocurrieron ciento y ocho huelgas<sup>3</sup>, destacándose el paro general de 1917, que duró diversos días. Boris Fausto presenta las principales reivindicaciones de aquella demanda obrera:

Los trabajadores no pretendían revolucionar la sociedad, sí mejorar sus condiciones de vida y conquista de un mínimo de derechos (...). El Comité de Defensa Proletaria, conformado en São Paulo durante el curso de la huelga general de 1917, tenía como puntos principales de su programa: el aumento de salarios; la prohibición del trabajo de menores de catorce años; la abolición de trabajo nocturno de mujeres y menores de dieciocho

---

<sup>2</sup> PRADO JUNIOR, 2008, p. 264.

<sup>3</sup> SOUTO MAIOR, 2017, pág. 130.

años; establecimiento de la jornada de ocho horas, con incremento del 50% de horas extras, fin del trabajo de los sábados por la tarde; garantía de empleos; respeto al derecho de asociación<sup>4</sup>. (texto original escrito en portugués<sup>5</sup>).

Los movimientos operarios se estructuran en torno a los sindicatos, en cierta medida como consecuencia del alto flujo inmigratorio, principalmente de trabajadores italianos, trayendo tales ideales. Souto Maior destaca la esencialidad sindical para los movimientos operarios, destacando que el sindicalismo revolucionario fue el esfuerzo de la construcción de una identidad obrera, bien como una herramienta de defensa de la unidad de la clase trabajadora y de lucha por mejores condiciones de vida y de trabajo<sup>6</sup>.

A partir del apelo y reivindicación popular y sindical, la legislación laboral sufrió profundas modificaciones en el periodo subsecuente, hasta la Constitución de 1934, promulgada por el entonces presidente Getúlio Vargas. Diversos derechos sociales, en especial los laborales, fueron elevados a norma Constitucional.

De esta forma, antes del conocido periodo Vargas, diversas prerrogativas fueron garantizadas a los trabajadores. El Decreto nº 3.724, de 15 de enero de 1919, conceptuó el accidente de trabajo (Artículo 1º), así como estableció al “patrón” el deber de indemnizar al trabajador accidentado o a su familia, salvo en los casos de fuerza mayor o dolo exclusivo del empleado (Artículo 2º). El Decreto nº 4.982, de 24 de diciembre de 1925, estableció las vacaciones de 15 (quince) días ininterrumpidos, una vez al año, sin perjuicio de los ordenados (Artículo 1º). El Decreto nº 17.943-A, de 12 de octubre de 1927, al consolidar las leyes de asistencia y protección de los menores de edad, prohibió todo y cualquier trabajo,

---

<sup>4</sup> FAUSTO, 2003, pág. 300.

<sup>5</sup> Redacción original: “Os trabalhadores não pretendiam revolucionar a sociedade, mas melhorar suas condições de vida e conquista o mínimo de direitos (...). O Comitê de Defesa Proletária, que se formou em São Paulo no curso da greve geral de 1917, tinha como pontos principais de seu programa: aumento de salários; proibição do trabalho de menores de catorze anos; abolição do trabalho noturno de mulheres e menores de dezoito anos; jornada de oito horas, com acréscimo de 50% nas horas extras; fim do trabalho nos sábados à tarde; garantia de emprego; respeito ao direito de associação”.

<sup>6</sup> SOUTO MAIOR, 2017, pág. 134.

en el territorio nacional, a menores de doce años (Artículo 101). Con el Gobierno Vargas, el Decreto n° 21.364, de 04 de marzo de 1932, fijó los límites a la jornada de trabajo en la industria – ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales (Artículo 1°). El Decreto n° 23.322, de 3 de noviembre de 1933, garantizó la jornada de trabajo de seis horas, para los empleados de bancos y casas bancarias.

Como se observa, los derechos laborales anteriormente expuestos poseen una matriz legal. En 1934, esas prerrogativas, de origen legal, fueron ampliadas, con destaque para su constitucionalización de la siguiente forma: a) la prohibición de diferencias salariales ejercidas en un mismo trabajo, por motivos de edad, sexo, nacionalidad o estado civil (Artículo 121, §1°, “a”, de la CF/34); b) salario mínimo (Artículo. 121, §1°, “b”, de la CF/34); c) prohibición del trabajo a menores de 14 (catorce) años (Artículo 121, §1°, “d”, de la CF/34; d) reposo semanal, preferencialmente los domingos (Artículo 121, §1°, “e”, de la CF/34); e) trabajo que no exceda las 8 (ocho) horas diarias (Artículo 121, §1°, “c”, de la CF/34; f) indemnización al trabajador demitido sin justa causa (Artículo 121, §1°, “g”, de la CF/34).

Diferentemente de lo que muchas veces se piensa, en su gran mayoría, los derechos sociales no fueron dádivas del estado, sino que estos son conquistas derivadas por la lucha de fuerzas y reivindicaciones de los trabajadores. En las palabras de Jorge Luiz Souto Maior:

El estado se ha anticipado a los hechos, direccionando la conducta en las relaciones del trabajo, sin que una reivindicación en ese sentido hubiese emergido aun de la sociedad. Esa visión, aun sin la intención de hacerlo, abre la puerta para la conclusión de que la legislación laboral en Brasil, fue una “dádiva del Estado”, sin cualquier nexo con la realidad, y que de esta forma se puede excluirla pura y simplemente, como si el hecho de poseer o no una legislación laboral, fuera una mera opción gubernamental. No es la realidad, sin embargo. Como se vio, en ese entonces, las relaciones laborales eran enormemente precarias y con solo esto se justificaba la creación de leyes para minimizar tal situación. Además, el conflicto

en las relaciones laborales fabriles fue intenso en ese periodo, generando varias huelgas que reivindicaban mejores condiciones de trabajo<sup>7</sup>. (texto original escrito en portugués<sup>8</sup>).

Por lo tanto, los derechos sociales no resultaron de una caridad Estatal. Getúlio Vargas, aun declarado como protector de los trabajadores, avanzó en las prerrogativas de diversos derechos en función de los movimientos de presión de la clase trabajadora, a pesar de la fragilidad del sindicalismo de aquel momento. Fue la debilidad de los sindicatos que creó las condiciones para que el Estado la llamara como organización sindical, a pesar de la creencia infundada que entendía que la intervención estatal fuera responsable por su debilidad<sup>9</sup>.

Norberto Bobbio destaca que una de las principales características de los derechos humanos, en los cuales se ubican los derechos sociales, consiste en su historicidad. Derechos humanos son derechos históricos: emergen gradualmente de las luchas y transformaciones en las condiciones de vida, que estas luchas propician<sup>10</sup>. Además, la conquista de los derechos laborales en Brasil no puede disociarse de su historicidad.

Gracias a los movimientos sindicales, conformados por los sindicatos y pautados por el sindicalismo revolucionario, el Estado pasó a regular las relaciones laborales y a garantizar los derechos de mínimos.

Mencionando Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Paquino, Amauri Mascaro Nascimento relata que el sindicalismo surgió como reacción de

---

<sup>7</sup> SOUTO MAIOR, 2017, pág. 126.

<sup>8</sup> Redacción original: "O Estado teria se antecipado aos fatos, direcionando a conduta nas relações de trabalho, sem que uma reivindicação nesse sentido tivesse ainda emergido na sociedade. Essa visão, mesmo sem a intenção de fazê-lo, abre a porta para a conclusão de que a legislação trabalhista, no Brasil, foi "uma dádiva do Estado", sem relação com a realidade, e que se pode, então, excluí-la pura e simplesmente, como se possuir, ou não, uma legislação trabalhista fosse mera opção governamental. Não é fato, no entanto. Como se viu (...), as relações de trabalho eram enormemente precárias e só isso já justificava a criação de leis para minimizar tal situação. Além disso, o conflito nas relações de trabalho fabris foi intenso no período, gerando várias greves por melhores condições de trabalho".

<sup>9</sup> Conf. a RODRIGUES, Leôncio Martins. **Conflicto Industrial y Sindicalismo en Brasil**. Difusión Europea del Libro, São Paulo, 1966, passim.

<sup>10</sup> BOBBIO, 2004, pág. 31.

los trabajadores, basado, por un lado, en la solidaridad y defensa de sus intereses y, de otro lado, en la conmoción del modo de producción capitalista<sup>11</sup>.

Durante mucho tiempo las coaliciones fueron consideradas ilícitas en diversos países del mundo: hasta la primera mitad del siglo XIX, las leyes en Francia, Inglaterra y Estados Unidos contemplaban penas de prisión. Fue con la ascensión del pensamiento liberal que los Estados pasaron a revocar la atipicidad que criminalizaban las coaliciones<sup>12</sup>.

A partir de ese momento, el sindicalismo comenzó a estructurarse en todo el mundo, siguiendo dos conceptos basilares: el de cuño liberal, en el que “la ley se ocupó de la organización del sistema, regulando los medios y no los fines”, asegurando la libertad sindical y la negociación colectiva y vetando las prácticas antisindicales; y la del modelo soviético-leninista, que rechazó al sindicalismo libre y mantuvo el control de los sindicatos por el Estado<sup>13</sup>.

El sistema sindical corporativista llevó a la organización de clases sociales mediante la acción reguladora del Estado, retirándole al sindicalismo su principal pilar, la libertad de organización. Las principales técnicas utilizadas fueron: el sistema de unicidad sindical, el encuadramiento sindical oficial por el Estado, la carta de reconocimiento sindical otorgada por el Estado en carácter discrecional, la fuente de costeo sindical compulsoria, entre otras.

Tanto en el sistema sindical de tipo liberal, como en el no corporativista, la fuerza de los movimientos sindicales emana del poder de intereses a favor de sus representados, el cual se manifiesta en escenarios de reivindicaciones y huelgas, como también en el ámbito de las negociaciones colectivas de trabajo.

Las entidades sindicales contribuyen para la conquista y consolidación de los derechos sociales, no apenas en la medida en que ejercen presión al poder público, si no también, cuando buscan asegurarle las garantías y protecciones específicas a sus representados mediante los Contratos y Convenciones Colectivas de Trabajo. En esta segunda opción, es cuando se obtiene mayor

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, 2005, pág. 41.

<sup>12</sup> NASCIMENTO, 2005, pág. 46.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, 2005, pág. 51-53.

relevancia al momento de depararse con escenarios de crisis económicas o sociales, a ejemplo de lo que hoy impone la pandemia del coronavirus.

### **3. Negociación colectiva de trabajo y las normas autónomas colectivas**

Las constituciones de Brasil, desde 1934, reconocieron la validez de las Convenciones y Contratos Colectivos de Trabajo, donde en la actualidad el artículo 7º, XXVI, de la Constitución de 1988, mantuvo fijas esas prerrogativas. Además de ello, la Constitución vigente tornó obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas de trabajo (Artículo 8º, VI). Conforme expone José Augusto Rodrigues Pinto, “del sindicato se espera una relevante contribución para el robustecimiento del espíritu conciliador de intereses entre el capital y el trabajo, donde la confluencia natural será siempre la negociación colectiva”<sup>14</sup>.

Los sindicatos representativos de categorías económicas o profesionales, así como las empresas, cuando motivados, no pueden rehusarse de la negociación colectiva. En el caso de hacerlo, las partes interesadas pueden accionar a las autoridades competentes para su convocación compulsoria de los entes recalcitrantes. En la hipótesis de persistir la negativa de componer la negociación colectiva o bien, en la posibilidad de no haber acuerdo, los sindicatos o empresas interesadas pueden instaurar una acción colectiva laboral en la Justicia del Trabajo, denominada “*Dissídio Coletivo*”, esto es, un Conflicto Colectivo (Artículo 616 de la CLT), donde se resolverá la divergencia mediante una sentencia normativa. Ese expediente cómodo, de delegarle al poder ciertas funciones legislativas, acabó por debilitar la negociación colectiva.

Habiendo éxito en la negociación colectiva, las partes celebran un Contrato Colectivo de Trabajo (Acordo Coletivo de Trabalho - ACT) o Convención Colectiva de Trabajo (CCT). De acuerdo con el artículo 611, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CCT), “El Contrato Colectivo de Trabajo (ACT) es un acuerdo de carácter normativo, por medio del cual dos o más Sindicatos

---

<sup>14</sup> PINTO, 2002, pág. 195.

representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo”.

Los sindicatos representativos de categorías profesionales también están legalmente autorizados a celebrar Contratos Colectivos con una o más empresas de la correspondiente categoría económica, por medio de los cuales serán estipuladas las condiciones de trabajo aplicables dentro del ámbito de las relaciones laborales de aquella categoría en la(s) empresa(s) concordataria(s).

La diferencia entre Contratos y Convenciones colectivas se distingue a partir de los sujetos involucrados y para quién serán destinadas dichas prerrogativas. Mientras que en las Convenciones participan las entidades sindicales representativas de las categorías profesionales y económicas, en los Contratos comparece apenas la entidad representativa de la categoría que el sindicato representa, mientras los empleados de determinada empresa o grupo de empresas, representados por el sindicato, se benefician de referido instrumento normativo.

Las cláusulas de los instrumentos colectivos se clasifican en jurídicas, obligacionales y constitutivas. Tienen naturaleza jurídica las cláusulas que generan ventajas adicionales, ubicándose en los contratos individuales de trabajo, durante la vigencia de aquel instrumento normativo. Son la esencia – la propia razón de ser – de la negociación colectiva y tienden a corresponder en mayor parte de los dispositivos que integran la norma colectiva, según Mauricio Godinho Delgado<sup>15</sup>. En el caso de las cláusulas obligacionales, apenas son creados derechos y obligaciones para las entidades negociadoras. Por último, son constitutivas aquellas cláusulas que autorizan a las entidades patronales a practicar determinado acto, como el de contratar a un empleado a plazo determinado, en los términos del artículo 1º de la Ley nº 9.601, de 21 de enero de 1998.

Desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2017 (Ley nº13.467 de 2017), la CLT, de forma didáctica, presenta el rol de temas que, negociados colectivamente, prevalecen sobre la Ley. El artículo 611-A, enumera, a modo de

---

<sup>15</sup> DELGADO, 2015, pág. 173-174.

ejemplo, la jornada laboral, desde que sean observados los límites constitucionales; el banco de horas anual; la pausa intra-jornada, respetado el límite de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas; teletrabajo, régimen de sobreaviso y trabajo intermitente; participación de lucros y resultados de la empresa.

La prevalencia la negociación colectiva sobre la ley no es, sin embargo, absoluta. La propia CLT le impone sus límites, en el Artículo 611-B. Está vetada la supresión o reducción de ciertos derechos, tales como: El subsidio por desempleo (seguro contra el paro), en caso de desempleo involuntario; valor de los depósitos mensuales y de la indemnización por despido del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio laborado (FGTS) o cesantías; salario mínimo legal, remuneración por trabajo nocturno superior al diurno; descanso semanal remunerado; número de días de vacaciones debidas al trabajador; licencia por maternidad con duración mínima de ciento veinte días. Es decir, no se puede interponer la negociación colectiva sobre cualquiera de los derechos citados, afrontando la norma, so pena de nulidad de sus cláusulas.

#### **4. Contratos y convenciones colectivas de trabajo: seguridad jurídica y protección social**

En cualquier contexto social y económico, la negociación colectiva de trabajo será un importante vector de protección social y de seguridad jurídica. Contribuye a la formación más adecuada de las normas estatales heterónomas para las especificidades técnicas culturales y sociales de cada actividad económica o localidad.

A ese contexto, menciona la teoría de Luiz Eduardo Gunther y Marco Antônio César Villatore:

En el mundo globalizado del siglo XXI, en el que las transformaciones suceden a gran velocidad, bien sea por el rumbo del capitalismo financiero que se mueve rápidamente, o bien por la tecnología que se perfecciona cada vez más, solamente la negociación colectiva puede representar el

canal adecuado para que trabajadores y empleadores dialoguen y mejoren la actividad laboral.<sup>16</sup> (texto original escrito en portugués<sup>17</sup>).

En los escenarios de crisis, la negociación colectiva del trabajo se torna aun más relevante. Por medio de ella, es posible otorgar mayor seguridad jurídica a las relaciones laborales y garantizar la protección del trabajo de forma específica en relación a las necesidades del momento<sup>18</sup>.

A ejemplo de ello, son diversos los Contratos y Acuerdos Colectivos de Trabajo recientemente celebrados en Brasil, que, además de regular puntos frecuentes en normas de esta naturaleza – piso salarial de una categoría laboral y banco de horas, por ejemplo – disciplinan también aspectos sobre los cuales la legislación es omisa y que se convierten en dificultades habituales durante la pandemia del coronavirus.

Es el caso del teletrabajo. El marco legal del trabajo a distancia (Artículo 75-A y siguientes de la CLT, incluidos por la Ley nº 13.467 de 2017) regula los aspectos esenciales sobre este tipo de modalidad laboral, pero deja un vacío sobre diversas condiciones de orden práctico.

En razón del distanciamiento social impuesto por la pandemia, el teletrabajo se convierte en el modo más usual de una relación laboral en Brasil, que traen por lastro algunas inseguridades jurídicas como consecuencia de lagunas legislativas del ordenamiento. A través de la negociación colectiva, podrían ser fácilmente solucionadas. Asuntos sobre desconexión, seguridad laboral y seguridad de la información de datos e, incluso, el inicio y fin de la jornada de trabajo son apenas algunos de sus ejemplos.

---

<sup>16</sup> GUNTHER; VILLATORE, 2018, pág. 124-125.

<sup>17</sup> Redacción original: “No mundo globalizado do século XXI, em que as transformações acontecem em alta velocidade, seja pelo rumo do capitalismo financeiro que se movimenta rapidamente, seja pela tecnologia que se aprimora cada vez mais, somente a negociação coletiva pode representar o canal adequado para que trabalhadores e empregadores possam dialogar e aprimorar a atividade laborativa”.

<sup>18</sup> KOLLER, 2016, pág. 141.

De acuerdo con estudios de la FIPE, en el año 2020, hasta el mes de agosto, el 15,9% de las negociaciones colectivas efectuadas en Brasil contienen cláusulas sobre el trabajo remoto, contra apenas 2,9%, en el año de 2019<sup>19</sup>.

Uno de los Contratos Colectivos más emblemático fue celebrado entre el Banco Bradesco y la Confederación de Banqueros, con un lapso de tiempo de dos años. Entre sus principales cláusulas, se observan las relativas al control de jornada y derecho a desconectarse virtualmente. Existen otras, como la ayuda de costo para los gastos con muebles y equipos y disposiciones sobre la salud física y mental del trabajador. Se destacan, también, acuerdos que involucran la confidencialidad y la protección contra la violencia intrafamiliar.

Otra negociación importante sobre el tema, fue compuesta por Sindusfarma – Sindicato de Industrias Farmacéuticas de São Paulo y Fequimar – Federación de los Químicos, vinculada a la fuerza Sindical. De acuerdo con su Contrato Colectivo los tele trabajadores poseen los mismo derechos que los empleados presenciales, además del control de jornada, cláusulas que componen la salud y seguridad, bien como la paralización de las maquinas al final del expediente laboral.

Al examinar estos dos Contratos Colectivos, Helio Zylberstajn<sup>20</sup> concluye que los actores sociales están preparados para negociar las condiciones de trabajo que protegen a los trabajadores y, al mismo tiempo, garantizan la continuidad del funcionamiento de la empresa. Como si esto no bastase, tales negociaciones confirman la importancia de la negociación colectiva como instrumento hábil para negociar las condiciones tan flexibles del trabajo, muchas veces no alcanzadas por el legislador.

## 5. Consideraciones finales

El presente análisis evidenció la importancia del papel histórico desarrollado por los sindicatos en la conquista de mejores condiciones laborales. Los movimientos sociales – especialmente las huelgas – y las negociaciones

---

<sup>19</sup> ZYLBERSTAJN, 2020, sin numeración de páginas.

<sup>20</sup> ZYLBERSTAJN, 2020, sin numeración de páginas.

colectivas del trabajo posibilitaron la obtención de diversos derechos y la adaptación de normas Estatales generales – a las particularidades de cada actividad económica o localidad y aun de determinada empresa.

Este importante papel obtiene mayor relevancia en los momentos de crisis. Movimientos sindicales actuantes y representativos tienen el poder de mitigar los efectos perjudiciales que las crisis sociales y económicas provocan, contribuyendo no solo para la promoción de la seguridad jurídica y la mejoría de las condiciones de trabajo, como también para la propia manutención de los puestos laborales.

La pandemia de coronavirus es un excelente ejemplo de ello: no fueron pocas las normas colectivas reglamentando aspectos sobre el teletrabajo y home office, confidencialidad y seguridad laboral, proporcionando una mayor garantía de las prerrogativas del trabajador en las relaciones laborales en Brasil.

Existen experiencias exitosas para apostar en la negociación colectiva, que resurgen en esta pandemia, con gran vitalidad, con excelente proyección de los actores sindicales y mayor representatividad. Ya está comprobado que los instrumentos colectivos tienden a ajustarse de forma más eficaz a las necesidades y características específicas de determinada empresa – y aun en sectores económicos – en cada localidad.

La valorización del hombre y del trabajo humano y la razón de ser del Derecho y del Derecho del Trabajo tienen en ese campo su principal misión. Al final de cuentas, el trabajo no es mercadería y el trabajador no es una máquina. Sin embargo, el exceso de intervención estatal en las relaciones laborales frecuentemente acaba por entumecerlas – muchas veces en perjuicio del mismo trabajador.

Por ello, la reforma laboral de 2017 confirió una nueva dimensión a la autonomía de la voluntad colectiva, rescatando su papel anteriormente proclamado por las varias Constituciones Federales desde 1934, que reconocen la negociación colectiva como fuente de producción de la norma en aras de la mejoría de las condiciones del trabajador. En ese sentido, lo dispuesto en la CLT, en su Artículo 611-A, en armonía con el Artículo 7<sup>a</sup>, XXVI de la Constitución de la República, de 1988.

Por evidente que sea, existen asuntos más allá de los intereses particulares, los cuales sólo le competen al Estado, en su papel por desempeñar la promoción de los valores fundamentales. En relación a los demás, especialmente en los momentos de crisis, se debe abrir un espacio a la negociación colectiva.

## Bibliografía

- BOBBIO, N. (2004). *A era dos Direitos*, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier.
- DELGADO, M. G. (2015). *Direito coletivo do trabalho*, 6. ed. São Paulo: LTr.
- FAUSTO, B. (2003). *História do Brasil*, 11. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- GUNTHER, L. E.; VILLATORE, M. A. (2018). *Negociações coletivas de trabalho: as decisões judiciais e o princípio da fraternidade*, Curitiba: Juruá.
- KOLLER, C. E. (2016). “Negociação coletiva de trabalho”, *Direito e Economia*, Curitiba: Juruá.
- NASCIMENTO, A. (2005). *Compêndio de Direito Sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr.
- NASCIMENTO, A. (2007). “Problemas que dificultam a reforma sindical”, *Revista LTr*, vol 71, no. 6, junho de 2007.
- PINTO, J. (2002). *Direito sindical e coletivo do trabalho*, 2. ed. São Paulo: LTr.
- SOUTO MAIOR, J. (2017). *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho*, Volume I: Parte II. São Paulo: LTr.
- ZYLBERSTAJN, H. (2020). “A negociação coletiva do trabalho remoto (Home Office)”, *Informações FIPE*, n. 481. Outubro de 2020.
- ZYLBERSTAJN, H. (2021). “A negociação coletiva explora novos caminhos”, *Informações FIPE*, n. 486. Março de 2021.

[www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://www.revistajuridicadeltrabajo.com)

