

ISSN 2697-3170

# RJT

---

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

**DIRECTOR**

JORGE ROSENBAUM

**COORDINADOR**

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 5

**No. 13**

Enero-Abril

2024

Junio de 2024.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

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

**Francisco Javier Garrido Carrillo:** Las asociaciones judiciales y el derecho de huelga de jueces y magistrados en España .....1

**Anselmo Coelho Hernández:** La cuestión de la huelga: a propósito de la OIT y el Convenio 87 .....37

**Ignacio Agustín Barlocci:** El nexo causal entre el suicidio y la violencia laboral. Su prueba mediante la autopsia psicológica .....70

**Silvia Fernández Martínez:** La regulación jurídica de los riesgos psicosociales en España: un análisis de las últimas novedades .....84

**Héctor Omar García:** Autonomización de la relación de trabajo y restricción del derecho de huelga en la reforma laboral ensayada en Argentina mediante el Decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023 .....102

**Augusto Valenzuela:** Contrataciones y despidos en entidades del sector público .....149

**Fernando Pasquini; Ney Maranhão:** Três dimensões da não neutralidade tecnológica: um esforço de sistematização na perspectiva das plataformas digitais de trabalho .....164

**Rodrigo de Lacerda Carelli:** Regulamentação do trabalho em plataformas: o Brasil na contramão da civilização .....197

**DEBATE:**

**Federico Rosenbaum Carli:** Nuevas (y no tan nuevas) formas de trabajo y tecnologías aplicadas en el mundo laboral: ¿qué espacios y qué contenidos para nuevas regulaciones? .....**208**

**Rafael Alburquerque:** Nuevas formas de trabajo en el Siglo XXI y el reto de la inteligencia artificial .....**213**

**Eduardo Rojo Torrecilla:** Directiva UE: mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales .....**228**

## EDITORIAL

La publicación del número 13 de la Revista Jurídica del Trabajo nos permite presentar a nuestros apreciados lectores algunas de las temáticas que, en el mundo laboral por el que transitan los tiempos presentes, justifican ser investigadas y estudiadas con hondura.

Este interés no se limita sólo a la relevancia intrínseca que se les asigna como simples partes componentes de la disciplina, sino que se proyecta, incluso, sobre muchas de las concepciones y enfoques que destacados autores<sup>1</sup> entienden necesario reconfigurar a los efectos de una articulación más adecuada del aporte normativo y jurídico laboral con relación a las realidades cambiantes.

Cierto es que el impacto tecnológico aplicado al mundo de la producción de bienes y servicios, así como a su comercialización, no resulta novedoso, ya que se entrelaza con la génesis misma del Derecho del trabajo, nacido precisamente en el contexto de las transformaciones de la primera gran revolución.

Sin embargo, la magnitud de las incertidumbres que provocan los fenómenos contemporáneos, posee un alcance y una complejidad muy distinta a lo que nuestra realidad histórica haya experimentado antes.

Y eso ocurre debido a la vastedad de los factores alterativos, en especial aquellos que más inciden sobre el trabajo y el Derecho que lo regula. Entre los cuales, sobresalen no sólo la incorporación creciente de nuevas tecnologías, robotización y mecanización, sino también el acopio de bases de datos, la aplicación de la inteligencia artificial, los sistemas ciberfísicos, la realidad aumentada y la impresión 3D, la hiperconectividad y la informática en la nube, entre tantos desarrollos tan recientes como impactantes. Una reseña que no puede dejar de mencionar, por cierto, una manifestación que viene ocupando la atención y preocupación de las autoridades públicas, los actores sociales y la academia, con el surgimiento y expansión de las plataformas y aplicaciones digitales en el entorno del uso intensivo del internet.

---

<sup>1</sup> Recordamos, a vía de ejemplo, los señalamientos que efectúa Antonio Ojeda Avilés en su obra: La deconstrucción del derecho del trabajo, La Ley, Madrid, 2010.

Nos aventuramos a vaticinar, además, un contexto sobre el cual continuará incidiendo un conjunto inacabado de avances técnico productivos en proceso de generación que, en forma cotidiana y con una multiplicación vertiginosa, adquieren consistencia real.

Por todo ello, el presente volumen se enriquece con varios artículos que abordan el estado de situación que provoca ese impacto de la tecnología. Lo hace enfocándose, por una parte, en el reto de la inteligencia artificial (Alburquerque), y por otra, en el desarrollo de las plataformas digitales, los espacios y contenidos para su regulación (Rosenbaum Carli), propuestas sobre las dimensiones del fenómeno para su sistematización (Pasquini y Maranhão), el examen sobre las condiciones previstas en la Directiva de la Unión Europea (Rojo Torrecilla) y observaciones críticas de la reglamentación reciente en Brasil (de Lacerda Carelli).

Concomitantemente, una segunda línea de investigación es la que refiere a los riesgos psicosociales (Fernández Martínez) y a una grave manifestación de la violencia laboral como causa de suicidio (Barlocci), aristas que exceden los peligros físicos de seguridad en el ámbito del trabajo (ruido, iluminación, radiación, temperatura, vibración, etc.) al provocar drásticas consecuencias sobre la salud (física, psíquica o social) y la vida de los trabajadores.

En tercer lugar, se destina un espacio a las relaciones colectivas del trabajo, en el que los autores enfocan distintos contextos en los que la huelga, como expresión paradigmática del conflicto colectivo, asume un papel central.

En el ámbito internacional, la reciente decisión de la OIT de someter a la Corte Internacional de Justicia el diferendo interpretativo del Convenio 87 y la huelga, motiva un desarrollo argumental sobre este delicado y poco frecuente proceso (Cohelo Hernández). Asimismo, la experiencia argentina reciente recogida en un Decreto de necesidad y urgencia de reforma laboral, permite examinar las particularidades que presenta la autonomización de la relación de trabajo y la restricción del derecho de huelga (García). En este segmento, por último, se agregan importantes reflexiones sobre el ejercicio del derecho de huelga de jueces y magistrados en España (Garrido Carrillo).

Ampliando el espectro de temas sometidos a análisis, se suma un estudio sistemático que recae en el sector público, comprensivo tanto de las modalidades de contratación, como de la extinción de las relaciones funcionales por despido (Valenzuela).

Karl Popper enseñaba que mientras el conocimiento solo puede ser finito, la ignorancia es necesariamente infinita<sup>2</sup>.

Confesamos que tan valiosas como interesantes contribuciones doctrinales de los prestigiosos autores que han sumado su desprendido esfuerzo en la publicación de este número, han despejado algunas de nuestras incertezas. Solo nos resta aspirar a que las mismas despierten el interés de los asiduos lectores de la Revista.

Jorge Rosenbaum Rimolo  
**Director**

---

<sup>2</sup> En: Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Paidós, Buenos Aires, 1983.

---

**LAS ASOCIACIONES JUDICIALES Y EL DERECHO DE  
HUELGA DE JUECES Y MAGISTRADOS EN ESPAÑA**

**JUDICIAL ASSOCIATIONS AND THE RIGHT TO STRIKE OF  
JUDGES AND MAGISTRATES IN SPAIN**

Francisco Javier GARRIDO CARRILLO

*Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Granada (España).*

[fjgc@ugr.es](mailto:fjgc@ugr.es)

Fecha de envío: 15/04/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## LAS ASOCIACIONES JUDICIALES Y EL DERECHO DE HUELGA DE JUECES Y MAGISTRADOS EN ESPAÑA

Francisco Javier GARRIDO CARRILLO

*Universidad de Granada (España)*

---

**Resumen:** La función encomendada a jueces y magistrados, el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, está integrada con las condiciones en que la misma ha de llevarse a cabo, es decir con independencia e imparcialidad, de tal manera que sin la concurrencia de estas últimas no se podría comprender dicha función en el marco de un Estado de Derecho. Hoy día esa independencia ha de circunscribirse tanto a la libertad de acción del juez, como a las garantías de esa libertad. Y desde la independencia judicial como derecho del juez en cuanto titular de la función judicial distinguimos dos tipos de derechos vinculados al ejercicio del cargo, unos corresponden a jueces y magistrados como titulares de la función judicial, y otros los ostentan como titulares de situaciones subjetivas de empleo, pues el Juez, además de integrante de uno de los poderes del Estado es también funcionario público, y esta naturaleza bifronte, requiere que nos detengamos y profundicemos en las inter-relaciones entre el juez-persona, el juez funcionario y la función del juez. Y en este marco tienen un papel singular las denominadas asociaciones Judiciales, que son las que encauzan los derechos de participación política de jueces y magistrados, y que nos permite reflexionar sobre el posible derecho de huelga de estos funcionarios públicos.

**Palabras clave:** Independencia judicial - Huelga - Asociacionismo judicial

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas. 2.1. Configuración constitucional del derecho de asociación de jueces y magistrados. 2.2. Intervención de las asociaciones judiciales en el

ámbito del Poder Judicial. 2.3. Elementos esenciales del derecho de asociación. 3. Derecho a participar en los órganos de gobierno interno del Poder Judicial. 4. Las asociaciones profesionales de jueces y el Derecho de Huelga. 4.1. Las asociaciones de jueces y su participación en la vida política judicial. 4.2. La polémica en torno al derecho de huelga de jueces y magistrados. 4.2.1. Limitaciones del derecho de huelga de jueces y magistrados. 4.2.2. Posición del CGPJ.

**Abstract:** The function entrusted to judges and magistrates, the exercise of jurisdiction, judging and enforcing what has been judged, is integrated with the conditions in which it is to be carried out, that is to say with independence and impartiality, in such a way that without the concurrence of the latter it would be impossible to understand this function within the framework of a State governed by the rule of law. Today, this independence must be limited both to the judge's freedom of action and to the guarantees of this freedom. And from judicial independence as a right of the judge as the holder of the judicial function, we distinguish two types of rights linked to the exercise of the position, some of which correspond to judges and magistrates as holders of the judicial function, and others are held as holders of subjective situations of employment, since the judge, in addition to being a member of one of the powers of the State, is also a public official, and this two-faced nature requires that we stop and delve deeper into the inter-relationships between the judge-person, the judge-civil servant and the function of the judge. And within this framework, the so-called Judicial Associations have a singular role, which are the ones that channel the rights of political participation of judges and magistrates, and which allow us to reflect on the possible right to strike of these public servants.

**Keywords:** Judicial independence - Strike - Judicial associationism

**Summary:** 1. Introduction. 2. Right to professional association and membership in them. 2.1. Constitutional configuration of the right of Association of Judges and Magistrates. 2.2. Intervention of Judicial Associations in the field of the Judiciary.

2.3. Essential elements of the right of Association. 3. Right to participate in the internal governing bodies of the Judiciary. 4. Professional Associations of Judges and the right to strike. 4.1. The Association of judges and their participation in judicial political life. 4.2. The controversy surrounding the right to strike of judges and magistrates. 4.2.1. Limitations on the right to strike of Judges and Magistrates. 4.2.2. Position of the CGPJ.

## 1. Introducción

En el análisis de la realidad del juez existen una serie de interrelaciones entre el juez-hombre, el juez-funcionario y la función del juez, que es preciso deslindar y clarificar. Como dejó dicho TOMÁS Y VALIENTE “los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta están íntimamente vinculados, pero no se corresponden con la misma realidad jurídica, ni son la misma cosa, ni están protegidas por los mismos mecanismos de garantía, aun cuando todos ellos se hallan encaminados en último término a que la figura del juez imparcial sea una realidad”<sup>1</sup>.

La función que tiene encomendada el juez, que no es otra que el ejercicio de la jurisdicción (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, art. 117 CE), y las condiciones en las que ésta ha de llevarse a cabo, es decir, con independencia e imparcialidad, constituyen el elemento transversal y central en el estudio del denominado estatus del juez y magistrado. Hoy día esa independencia ha de circunscribirse tanto a la libertad de acción del juez, como a las garantías de esa libertad. Y en el análisis del Estatus de jueces y magistrados hemos de ser conscientes de su doble naturaleza, como titulares de la función que desarrollan, y como sujetos de una relación dinámica de servicios de la función pública, es decir como funcionarios.

Y dicho esto, y desde la perspectiva de la independencia judicial como derecho del juez en cuanto titular de la función judicial nos permite distinguir dos tipos de derechos vinculados al ejercicio del cargo: unos corresponden a jueces y magistrados como titulares de la función judicial, y otros los ostentan como titulares de situaciones subjetivas de empleo<sup>2</sup> (es decir como funcionario público).

La dimensión administrativa del Juez, en cuanto funcionario público no es muy distinta en sus rasgos esenciales, de la que corresponde a cualquier otro funcionario público. Ahora bien, la Constitución Española realiza un tratamiento

---

<sup>1</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid 1996, p. 152.

<sup>2</sup> No obstante, hay que advertir que este segundo grupo de derechos está afectado y matizado por la especial función asignada a los Jueces y Magistrados.

diferenciado de la relación específica de servicios de los jueces y magistrados, para los que prevé una reserva a favor de la LOPJ<sup>3</sup>, respecto del resto de funcionarios para los que prevé una remisión en bloque a la Ley en el art. 103.3 CE. Esta perspectiva de análisis de los derechos de participación de los jueces y magistrados, se proyectan sobre los mismos, en cuanto trabajadores y funcionarios públicos y titulares de dichos derechos, pero asimismo como titulares de un poder del Estado, profundizando en las inter-relaciones entre el juez-persona, el juez funcionario y la función de juez.

Dentro del ámbito de los distintos derechos que corresponden a jueces y magistrados en cuanto funcionarios públicos (derecho a una retribución, a permisos, licencias, vacaciones, ascenso, promoción profesional, a la rehabilitación, a honores, tratamiento, trajes e insignias), y en el análisis de sus derechos de participación, podemos distinguir tres perspectivas: el derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas; el derecho a participar en los órganos de gobierno del poder judicial; y por último las asociaciones de jueces y el derecho de huelga.

## **2. Derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas**

### **2.1. Configuración Constitucional del derecho de asociación de jueces y magistrados**

De todo el conjunto de elementos que comprende el estatuto del juez y magistrado, sin duda el más polémico es la prohibición de pertenencia a partidos políticos y sindicatos, que puede calificarse de “independencia ideológica”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. art. 122 CE. El fundamento de esta reserva radica en la especial naturaleza de la función atribuida a Jueces y Magistrados. Asimismo, al prever que el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados será determinado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la CE también señala que los Jueces y Magistrados formarán un Cuerpo Único, estructurándose en una carrera Judicial o, lo que es lo mismo, en una Carrera profesional.

<sup>4</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, en Libro Homenaje a Gabaldón López, Madrid 1990, p. 222; GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 49 y ss.; DE LA PLAZA, M, *Las garantías de la independencia Judicial*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1954, p. 15; BELLOCH JULBE, J.A., “Notas sobre el Asociacionismo Judicial”, *Poder Judicial número V, especial*, p. 37 y ss.; GONZALEZ GRANDA, P. *La independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, p. 79. Como recoge, RODRIGUEZ, A. en “De la

Nuestra Constitución configura como un derecho fundamental de todos, el poder “sindicarse libremente” (art. 28.1 CE), siendo las asociaciones de jueces y magistrados manifestación de este derecho general de asociación que, recordemos, puede ser matizado por la ley regulando su ejercicio para determinados funcionarios, pudiéndose limitar o exceptuar su ejercicio para específicos empleados públicos como pueden ser los sometidos a la disciplina militar. Por otro lado, el carácter de “asociaciones profesionales” de las asociaciones de jueces y magistrados permite apreciar en su seno una actividad en la que sus miembros, que son trabajadores y que se dedican a la función pública, en este caso concreto a la función judicial, se organizan para la defensa de sus intereses, asimilándose, en este sentido y con todos sus matices, al asociacionismo sindical<sup>5</sup>.

Pero las asociaciones de jueces y magistrados no son sólo eso, asociaciones, son algo mucho más que eso<sup>6</sup>, como señala BELLOCH JULBE<sup>7</sup>, la caracterización constitucional de las mismas permite calificarlas de un *tertium genus*, distinto por un lado, de los partidos políticos y los sindicatos, pero distinto también de los colegios profesionales que la propia Constitución regula separadamente en el artículo 36 y que además presentan “peculiaridades”

---

judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 50, 2022, pp. 185-217, “los diversos puntos de vista del legislador ya habían quedado reflejados en el debate en las Cortes Constituyentes con ocasión de la aprobación del art. 117 y, sobre todo, del art. 127 CE, en los que se manejaron los mismos o parecidos argumentos que siguen vigentes hoy en día a favor o en contra del diseño constitucional de una justicia “alejada de la política” (p. 191). Entendiendo como objetivo imposible la despolitización completa de la justicia. Cfr. SERRA CRISTÓBAL, R., «Artículo 127», en Pérez Tremps, P., Saiz Arnaiz, A. (dirs.). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra* (tomo II) (pp. 1779-1788). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. Este asunto fue uno de los más controvertidos en las cortes constituyentes en relación con el Poder Judicial, *Vid.* SERRANO ALBERCA, J. M., ARNALDO ALCUBILLA, E., «Artículo 127», en Garrido Falla, F. (ed.). *Comentarios a la Constitución* (pp. 2145-2155). Madrid, Civitas, 2016, p. 2146; CAVERO LATAILLADE, Í., «Artículo 127», en Alzaga Villaamil, Ó. (ed.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978* (tomo IX). Madrid: EDERSA-Cortes Generales, 1978, pp. 617-644.

<sup>5</sup> Recordemos que fue a principios del siglo XX cuando se intentó, sin éxito, constituir una asociación, produciéndose en junio de 1921 una reunión en Madrid entre representantes de todas las Audiencias Territoriales, y en febrero de 1922 se creó la llamada “Unión Judicial”, que no era una Asociación porque no podía serlo. *Vid.* sobre el tema MONTERO AROCA, J., *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Ed. Civitas, Madrid 1990, p. 86 y ss.

<sup>6</sup> *Vid.* GABALDÓN LOPEZ, J., “Implicación de las Asociaciones y Colegios profesionales en la reforma de la Justicia”. *LA LEY*, nº 1, 1996, pp. 1629-1633.

<sup>7</sup> BELLOCH JULBE, J. A., “Jueces y derecho de huelga”, *Jueces para la Democracia*, 1991, n. 16-17, pp. 132-135.

respecto de las restantes asociaciones (art. 22 CE)”, y todo ello por cuanto que la especial función que desempeñan sus asociados también impregna a la actividad asociativa, y porque se trata de una estructura participativa que interviene en el gobierno del Poder Judicial con distintas facultades.<sup>8</sup> En definitiva, el ejercicio del derecho de asociación por parte de jueces y magistrados “es la forma precisa de participación de los jueces en el asunto público de la política de la Justicia. Una forma peculiar de participación, como es particular también el estatuto de las propias asociaciones judiciales y el del mismo juez como ciudadano”<sup>9</sup>.

Por otro lado, nuestro texto Constitucional prohíbe la afiliación de los jueces y magistrados a los partidos políticos y sindicatos, mientras se hallen en activo (art. 127 CE)<sup>10</sup>, y esta limitación tiene por objeto proteger la independencia de jueces y magistrados<sup>11</sup>. En opinión de RODRÍGUEZ, esta prohibición tiene

---

<sup>8</sup> Intervienen en la designación de vocales del Consejo General del Poder Judicial, en la elección de miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales y se integran en el Consejo Rector de la Escuela Judicial entre otras facultades

<sup>9</sup> ANDRES IBAÑEZ, P.; “Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial”, *Jueces para la Democracia*, nº 25, marzo de 1996. P. 89. En la misma línea, BELLOCH JULBE, J. A., “Notas sobre ...” *op. Cit.* Pág. 59: señala que “la única forma constitucionalmente coherente de que el derecho reconocido en el artículo 23 no quede vacío de contenido es, precisamente, la de entender que el “asociacionismo” judicial constituye el instrumento fundamental de participación de los Jueces en asuntos públicos”.

<sup>10</sup> En concreto el art. 127 de la CE establece que “1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. 2. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. La Ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”

<sup>11</sup> ANDRES IBAÑEZ considera que el art. 127 CE es una limitación de los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos. *Vid.* ANDRES IBAÑEZ, P., *Justicia/Conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 19. Llega a decir que “...se quiere que el juez dimita incluso de algunos de los que para los demás, ciudadanos constituyen elementales derechos cívicos: así –incluso al margen del ejercicio profesional- no puede tener ideas políticas, ni asociarse, ni enjuiciar la actuación del gobierno”, Pp. 96 y 97. No obstante, y a pesar de ello cree el autor que, posteriormente, en el desarrollo y regulación del movimiento asociativo judicial se abrió el camino a una importante experiencia, produciéndose la apertura al pluralismo de un ámbito, hasta la fecha, unilateralmente politizado desde arriba. En cambio, otros, como ALMAGRO NOSETE, “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, ed. De T.R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, 1978, vol. I, p. 291, no lo entiende así, pues en su opinión no se podría “sugerir que se priva de derechos ciudadanos a quienes por razón de su función se encuentran en una situación peculiar respecto de los demás, por otra parte, renunciante”. De lo que no cabe duda es que surgió un debate muy interesante político y jurídico vinculado al quehacer jurisdiccional, y la expectativa de un nuevo modelo de organización judicial imprimió fuerza a la dinámica asociativa, obligando a una reflexión profunda de la situación de los jueces y magistrados como colectivo en relación con el aparato estatal. *Vid.* Sobre el quehacer jurisdiccional y la conformación de un nuevo modelo de organización judicial

carácter absoluto, sin que quepan juicios de proporcionalidad: las libertades de asociación y sindicación de los jueces y su derecho de participación en los asuntos públicos se presentan constitucionalmente configuradas *ab initio* desde esa limitación”<sup>12</sup>.

Por su parte La LOPJ (ampliando lo dispuesto por el art. 127.1 CE), en su art. 395 y siguiendo la línea marcada por la Ley Orgánica provisional de 1870<sup>13</sup>, prohíbe a jueces y magistrados, además de la pertenencia a partidos o sindicatos, tener empleo al servicio de los mismos.

Parte de la doctrina entiende que el régimen asociativo de jueces y magistrados no es precisamente un acierto, señalando que dicho régimen “... fue en su momento inicial objeto de un tratamiento limitador y reductivo, expresión de una inaceptable interpretación extensiva del precepto constitucional”<sup>14</sup>. En el fondo, estos autores señalan que lo que se intenta prohibir no es la política, ni tampoco su “politización”, sino más bien el pluralismo político, la posible adscripción de los administradores de la justicia a otras opciones que no sean las dominantes<sup>15</sup>, y por ello escriben que “por eso, cuando como ocurrió en la elaboración de la Constitución de 1978 se ponen barreras a la proyección cívica del juez, se hace buscando no ciertamente su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está, evitar su posible desplazamiento”<sup>16</sup>.

Por otro lado, otros autores, al abordar este tema, hablan de contradicciones constitucionales congénitas y contrasentido, por ejemplo, al “prohibir a los jueces afiliarse a partidos, después de haber aceptado

---

a OLLERO TASSARA, A. “Poder Judicial y transición democrática en España”, *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1982, pp. 10 y ss, y asimismo es de interés consultar a CANO BUESO, J., *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)* Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 116 y ss.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ, A, “De la judicatura a la política y viceversa...”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 50, 2022, p. 203.

<sup>13</sup> En concreto en su artículo 7.

<sup>14</sup> ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, p. 135.

<sup>15</sup> En opinión de RODRIGUEZ, A. “El argumento de preservar la independencia judicial como elemento básico de la separación de poderes juega a favor de alejar lo más posible a los jueces de la política. El de reflejar en el interior de la judicatura el pluralismo que es propio de las sociedades democráticas juega en sentido contrario”, “De la judicatura a la política y viceversa...” En *Teoría y Realidad Constitucional* nº 50, 2022, p. 193.

<sup>16</sup> ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, p. 133.

previamente que éstos, según el art. 6, expresan el pluralismo político que, a su vez, se erige como uno de los valores superiores del ordenamiento en virtud del art. 1.1<sup>17</sup>. Y, asimismo, se señala como contradicción que “en el Tribunal Constitucional, órgano igualmente investido de jurisdicción..., cuyos miembros según la propia Constitución (art. 159.4) son (de lógica política), igualmente incompatibles con todo mandato representativo, pero en absoluto se les va a prohibir cualquier militancia política en partido alguno, en todo caso, como señala el art. 19.1 de su Ley Orgánica, no podrán desempeñar –funciones directivas en los partidos políticos y sindicatos- “<sup>18</sup>.

Por su parte, ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ<sup>19</sup>, en sintonía con la opinión de STAMLER<sup>20</sup>, afirma que los jueces han de asumir que “el mejor servicio a la ciudadanía lo deben prestar desde la competencia profesional, el trabajo responsable y el distanciamiento prudente de los compromisos ideológicos y políticos”. Ahora bien, este distanciamiento hay que hacerlo compatible con el cumplimiento del artículo 22 del mismo texto constitucional, que consagra el derecho fundamental de asociación, mientras que el art. 127 permite el asociacionismo judicial.

Entiende ANDRES IBAÑEZ<sup>21</sup> que el juez que “no es un ciudadano pleno por obra del artículo 127 CE, recupera una parte sustantiva de esa condición por la vía del derecho de asociación profesional, en la medida en que éste le convierte en sujeto activo de un nuevo orden de relaciones de orden político-cultural”. Por lo tanto, el derecho de asociación profesional de jueces y

---

<sup>17</sup> HUERTAS CONTRERAS, M. *El poder judicial en la Constitución*. Ed. Universidad de Granada, Granada 1995, p. 87.

<sup>18</sup> *Ibid.* Pág. 85.

<sup>19</sup> ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, A., “Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho”, *La Ley 1997- 6*, p. 1434.

<sup>20</sup> *Vid.* STAMLER, R. *El Juez*, Ed. Cultural S.A. La Habana, 1941. P. 99. Mantiene Stamler que para alcanzar con la mayor perfección posible la mirada del Estado de Derecho, es necesario en todo tiempo mantener a los Tribunales alejados de las incidencias de la política diaria. Por otro lado, la Unión Internacional de magistrados ha insistido en que no quiere tener y no tiene finalidades políticas ni carácter sindical y que sus miembros, libres en su formación y organización, están estatutariamente obligados a permanecer apolíticos. Haciendo hincapié además en que la independencia requiere como exigencia imprescindible que el Juez deba abstenerse también de todo activismo político, bajo cualquier forma en que se ejercite porque ello puede poner en duda la credibilidad que debe a aquellos que le piden justicia con la necesidad de tener fe en él. (*Vid. Il Giudice nella nuova Società*, Unione Internazionale dei magistrati, Roma, 1980).

<sup>21</sup> ANDRES IBAÑEZ, P.; “*Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*”, *op. cit.*, p. 89.

magistrados, ha de ser configurado de un modo específico en la LOPJ por *mor* del art. 122 de la Constitución<sup>22</sup>.

## 2.2. Intervención de las asociaciones judiciales en el ámbito del Poder Judicial

Con respecto a la intervención de las asociaciones judiciales en el ámbito del Poder Judicial, constatamos que las asociaciones de jueces y magistrados habían conseguido un gran protagonismo (fuera ya del mero hecho asociativo del art. 401 LOPJ)<sup>23</sup>. Y digo habían, puesto que las modificaciones operadas en la LOPJ por la reforma de la LO 4/2013 de 28 de junio de reforma del CGPJ, dejó sin efecto el art. 110.2.a) LOPJ (por disposición derogatoria nº 2), que hacía referencia a la integración en el Consejo Rector de la Escuela Judicial de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados. No obstante, no se ha modificado el Reglamento 2/1995, de 7 de junio de la Escuela Judicial, por lo que siguen formando parte de dicho Consejo Rector tres miembros nombrados a instancia de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados<sup>24</sup>. Por otro lado, también quedó sin efecto la participación de las mencionadas asociaciones profesionales en el sistema de nombramiento de los miembros del CGPJ, que proponía los candidatos conforme al derogado art. 112 LOPJ<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Esta Ley orgánica, ya en su exposición de motivos, parágrafo VI, señala que “la materialización de los principios de pluralismo y participación de qué se quiere impregnar el gobierno del Poder Judicial impone una profunda modificación de la actual regulación del derecho de asociación profesional que el artículo 127.1 de la Constitución reconoce a jueces, magistrados y fiscales. El régimen transitorio de libertad asociativa hasta ahora existente contiene restricciones injustificadas a las que se pone fin. De ahí que esta Ley Orgánica reconozca el derecho de libre asociación profesional con la única limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos. Las asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el registro que será llevado al efecto por el Consejo General del Poder Judicial”

<sup>23</sup> *Vid.* El Acuerdo de 28 de febrero de 2011 (BOE de 18 de marzo) del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento 1/2011 de Asociaciones judiciales y profesionales.

<sup>24</sup> En concreto el Consejo Rector de la Escuela Judicial está integrado, además de por el presidente del CGPJ, que lo preside, por cinco vocales del Consejo -entre los que se encontrarán los Vocales que tengan atribuidas competencias en materia de Selección, Formación Inicial y Formación Continuada-, tres miembros de la Carrera Judicial, un miembro designado por el Ministerio de Justicia, un miembro de la Carrera Fiscal designado por la FGE, tres miembros nombrados a propuesta conjunta de las Comunidades Autónomas con competencia transferidas en materia de justicia y tres miembros nombrados a instancia de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados.

<sup>25</sup> El antiguo artículo 112 de la LOPJ fue derogado por D. Derogatoria nº 3 LO 4/2013 de reforma

Actualmente continua vigente, por un lado, el que los proyectos de reglamentos de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dicte el CGPJ se someterán a informe de las asociaciones de jueces y magistrados (art. 560.2 LOPJ). Por otro lado, y con arreglo al sistema vigente en la actualidad, el Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo presidirá, y por veinte vocales, de los cuales doce serán jueces o magistrados en servicio activo en la carrera judicial y ocho juristas de reconocida competencia (art. 566 LOPJ). Los veinte vocales del CGPJ serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la CE y en la LOPJ atendiendo al principio de presencia paritaria entre hombres y mujeres. Cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial (art. 567 LOPJ).

Por lo que se refiere a los avales de los candidatos a vocales del CGPJ, regulado en el art. 574 LOPJ, los jueces o magistrados que desee presentar su candidatura podrá elegir entre aportar el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una asociación judicial legalmente constituida en el momento en que se decreta la apertura del plazo de presentación de candidaturas<sup>26</sup>.

El Consejo General del Poder Judicial se renovará en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. A tal efecto, y con cuatro meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo, su Presidente se dirigirá a los de las Cámaras (Presidente del Congreso y del Senado), interesando que por éstas se proceda a la elección de los nuevos vocales y poniendo en su conocimiento los datos del escalafón y del registro de asociaciones profesionales de jueces y magistrados obrantes en dicha fecha en el Consejo (art. 568 LOPJ).

La comprensión del derecho de asociación de jueces y magistrados obliga a tener en cuenta que las asociaciones judiciales, en las que sus asociados son

---

del CGPJ.

<sup>26</sup> Tanto los Jueces o Magistrados, así como las Asociaciones judiciales a los que se refiere el art. 574.1 LOPJ podrá avalar hasta un máximo de doce candidatos (art. 574.2 LOPJ).

los titulares de la función jurisdiccional, se insertan en una estructura participativa de notable entidad en la actividad del gobierno del poder judicial. Es decir, hemos de tener en cuenta que se trata de asociacionismo profesional y algo más. Las asociaciones judiciales pueden avalar candidaturas en el proceso de elección de miembros de las Salas de Gobierno (art. 151.2º de la LOPJ)<sup>27</sup>, o pueden ostentar legitimación extraordinaria en el recurso contencioso administrativo, cuando impugnan las sanciones disciplinarias que el CGPJ pueda imponerles a sus asociados (art. 425.8 LOPJ).

### 2.3. Elementos esenciales del derecho de asociación

En el tratamiento de los elementos esenciales del derecho de asociación profesional de jueces y magistrados, distinguimos un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo. Hasta aquí hemos relacionado el asociacionismo profesional de jueces y magistrados con el derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, por considerar que éste ha de ser su incardinación<sup>28</sup>. Ello no es óbice para que también hayamos hecho referencia a la libertad sindical del art. 28 CE, entendiendo que existe un contenido esencial de la misma que podemos alumbrar –al amparo de lo dispuesto en el art. 53.1 de la CE- y organizar más adecuadamente por la naturaleza profesional de los intereses a que sirve, con referencia al derecho de libertad sindical, en los términos que resultan de la doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 28 de la Constitución, es decir derecho a fundar asociaciones profesionales, afiliarse a la de su elección, y la libertad negativa de no ser obligado a afiliarse a una de ellas.

Ya hemos dicho que el art. 127 de la CE prohíbe a los miembros de la carrera judicial, mientras se hallen en activo, la pertenencia a partidos políticos y

---

<sup>27</sup> Vid. Artículo 151 LOPJ relativo a la elección de miembros de las Salas de gobierno de los Tribunales.

<sup>28</sup> En el mismo sentido se expresa FERNANDEZ FARRERES, G., en su trabajo “*Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados*”, VVAA, El Poder Judicial, Vol. II, Madrid, 1983, p. 1225, que considera que “las asociaciones profesionales de jueces y magistrados son asociaciones cuyo contenido básico e irrenunciable, sin perjuicio de ciertas limitaciones que por su especialidad –al igual que para partidos políticos o sindicatos, por ejemplo- puedan imponerse, hay que encontrarlo en lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución.”

sindicatos<sup>29</sup>, siendo esta una limitación acertada por cuanto que persigue la independencia de los jueces y magistrados. Se trata de una norma que representa una excepción a la regla general en materia de libertades y derechos fundamentales y, por lo tanto, de interpretación restrictiva pero que, como hemos señalado, aparece justificada por su finalidad. La conducta de la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleo o cargos a su servicio, tiene también relevancia disciplinaria, por lo que, de darse, sería tipificada como falta muy grave del art. 417.2 de la LOPJ.

El derecho de asociación de jueces y magistrados se regula en el capítulo IV del Título II de la LOPJ<sup>30</sup>, recogiendo el art. 401 de la LOPJ, que, de acuerdo con el art. 127 de la CE, se reconoce el derecho de libre asociación profesional de jueces y magistrados integrantes de la Carrera judicial<sup>31</sup>, sin que se pueda afiliarse a más de una asociación. Solo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de jueces y magistrados en el servicio activo. Es pues esta, la carrera judicial, la que indica el ámbito subjetivo de las asociaciones profesionales, y esto por delimitación del derecho constitucional del que a su vez se infiere que el ámbito nacional de las asociaciones profesionales no deviene del ámbito objetivo de su actuación sino del subjetivo de su integración.

Las asociaciones de jueces y magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Dichos fines ya se limitan en el texto legal teniendo como “fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general<sup>32</sup>. No podrán llevar

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido se expresa el art. 395 LOPJ. Por otro lado, el art. 1.4 de la LOLS (Ley Orgánica de Libertad sindical) dice que “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo”.

<sup>30</sup> *Vid.* También el Acuerdo de 28 de febrero de 2011 (BOE de 18 de marzo) del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento 1/2011 de Asociaciones judiciales profesionales.

<sup>31</sup> Sobre el derecho de Asociación de Magistrados y Jueces no pertenecientes a la Carrera Judicial, ya tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de marzo de 2003 (Recurso 510/2001) (RJ 2003\3062), en la que dejó establecido que los magistrados suplentes y jueces sustitutos ejercen su función de forma temporal, pero mientras la ejercen gozan del derecho de asociarse profesionalmente.

<sup>32</sup> Sobre el tema de las funciones de las Asociaciones Judiciales *Vid.* MARÍN CASTÁN, F., “Funciones de las Asociaciones de Jueces y Magistrados”, *Poder Judicial número V, especial*, p. 67; en la misma revista, BELLOCH JULBE, J.A., “Notas sobre el Asociacionismo...”, *op. cit.* p. 35 y siguientes y MAZA MARTIN, *Asociaciones de Jueces y Magistrados* p. 71 y siguientes.

a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos políticos o sindicatos” (art. 401.2º LOPJ). También se limita la extensión territorial de las asociaciones, señalándose que tendrán ámbito nacional, aunque podrán tener secciones coincidentes con el territorio de un Tribunal Superior de Justicia (art. 401.3º LOPJ), y han de inscribirse en un registro del CGPJ al que incorporarán una copia de los estatutos, que deberán ajustarse a los requisitos exigidos en el art. 401.7º LOPJ<sup>33</sup>.

Hay que precisar que cuando la Ley Orgánica habla del ámbito nacional de la asociación, no se predica en relación con el ámbito objetivo de su actuación sino con el subjetivo de su integración. Lo que el legislador pretende no es otra cosa que la constitución de asociaciones amplias de carácter nacional, y por ello mismo aunque disfrutarían del carácter de asociaciones nacionales aquellas asociaciones de una sola categoría de la Carrera Judicial o circunscrita a determinados destinos judiciales u órganos judiciales, o a determinadas especialidades, éstas no satisfarían la condición legalmente requerida de que sean asociaciones de jueces y magistrados en el sentido y con el alcance subjetivo general que requiere la Ley Orgánica.

### **3. Derecho a participar en los órganos de gobierno interno del Poder Judicial**

Los jueces y magistrados son directamente órganos gubernativos y, a la vez, participan en los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales, siendo electores y elegibles para el CGPJ, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y determinados Decanatos.

En lo que se refiere al CGPJ, es el art. 122 de la CE el que prevé que de los veinte miembros que han de componer este órgano, doce serán jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, cuyo procedimiento de selección

---

<sup>33</sup> Las menciones que han de contener los estatutos de las Asociaciones de Jueces y Magistrados son las siguientes: nombre de la asociación; fines específicos, organización y representación de la asociación, su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos, régimen de afiliación, medios económicos y régimen de cuotas, formas de dirigir los cargos directivos de la Asociación.

será previsto por Ley Orgánica, y dicha previsión constitucional se contiene en el artículo 566 de la referida LOPJ.

Por lo que se refiere a la composición de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia habremos de estar a lo dispuesto en los artículos 149-151 LOPJ, y asimismo a los artículos 1 y 18 a 23 del Reglamento 1/2000 de 26 de julio de los Órganos de Gobierno de los Tribunales. Podemos distinguir entre miembros natos<sup>34</sup> y miembros electivos. En el caso de las Salas de Gobierno de los TTSSJJ, los Presidentes de dichos órganos y los Presidentes de las Salas en ellos existentes, y los Presidentes de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma. Son miembros electores todos los magistrados designados en las Salas del Tribunal a que se refiera la elección, así como los magistrados y jueces destinados en los órganos jurisdiccionales sitos dentro del ámbito territorial de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Y son elegibles los mismos electores salvo que se trate de miembros natos de las Salas de Gobierno por razón de su cargo. Se precisa para tomar parte en esta elección estar en servicio activo y haber sido nombrado, más no es necesario haber tomado posesión del órgano judicial para el que se ha sido nombrado.

El legislador de 1994 aumentó la composición de las Salas de Gobierno de los TSJ, incorporando a ella a los Presidentes de las AP y los jueces decanos liberados, con lo que se potencia la representación de los órdenes civil y penal, frente a las carencias de la situación previa. Pero, para mantener la línea “democratizadora” de la Ley de 1985, aumenta el número de los miembros directa “aunque corporativamente” elegidos. Así mismo y para los casos en que la Sala de Gobierno alcance unas dimensiones, que obstaculicen su operatividad<sup>35</sup>, se crea una Comisión Permanente integrada por seis miembros, tres natos y tres electos, y de la que formará parte en todo caso el Decano

---

<sup>34</sup> Miembros natos serán los Presidentes del Tribunal Supremo y de la Audiencia nacional, y los presidentes de las Salas en ellos existentes.

<sup>35</sup> Es decir, cuando el número de miembros exceda de diez, y la operatividad se dificulte, aunque sólo sea por la dificultad de reunir a todos los miembros sin menoscabo de las funciones jurisdiccionales.

liberado<sup>36</sup> (art. 149 LOPJ). Por su parte, la reforma de 2003 ha introducido un apartado 4º para reconocer expresamente al Secretario de Gobierno (del TS, de la AN y de los respectivos TTSSJJ) como Secretario de la Sala de Gobierno.<sup>37</sup>

Por lo que se refiere a los jueces decanos, en las poblaciones donde haya diez o más Juzgados se podrá elegir y ser elegido Juez Decano por mayoría de tres quintos. Si no se obtuviere dicha mayoría en la primera votación bastará la mayoría simple en la segunda, resolviéndose los empates a favor de quién ostente mejor puesto en el escalafón (art. 166 LOPJ)<sup>38</sup>.

Por otro lado, ya hemos señalado anteriormente que todos los presidentes de las Salas de Justicia y los jueces, son órganos de gobierno de sus respectivos órganos jurisdiccionales, y sobre ellos y de conformidad con el art. 165 de la LOPJ ejercen la dirección e inspección de todos los asuntos, adoptando las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, ejerciendo dentro del marco legal las funciones disciplinarias sobre el personal adscrito al órgano judicial, así como sobre los profesionales que se relacionan con el Tribunal<sup>39</sup>. Tras la reforma operada en la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, por la que se redactó completamente el libro VI de dicha ley, se han suprimido las facultades gubernativas de los Presidentes de las

---

<sup>36</sup> La coordinación entre el Pleno y la Comisión tiene lugar a través de un método de dación de cuenta, haciéndose también expresa referencia a la posibilidad de una cierta modalidad de avocación.

<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta que tras la LO 19/2003, el Secretario de Gobierno es el máximo responsable de la organización de la oficina judicial y a tal fin el art. 153.2 LOPJ le reconoce legitimación para instar la reunión de la Sala de Gobierno con el objeto de tratar cuestiones que afecten a oficinas judiciales o a secretarios judiciales que de él dependan, pues, en este caso, el Secretario de Gobierno tendrá voto en el acuerdo que pueda llegar a adoptarse (art. 153.2 LOPJ). Ahora bien, para evitar colisión de criterios entre la competencia gubernativa o judicial que corresponde a jueces y magistrados y la organizativa y funcional que compete al Secretario de Gobierno, es claro que en cuanto miembro de la Sala está vinculado en su esfera de actuación por los criterios que se adopten, y por razón de jerarquía descendente, también vinculará el Acuerdo de la Sala de Gobierno al resto de los Secretarios que de aquél dependan, cualquiera que fuere la Administración que haya propuesto y designado al Secretario de Gobierno. Con ello se pone de manifiesto la superior dirección de la oficina judicial que compete a las correspondientes Salas de Gobierno.

<sup>38</sup> El procedimiento electoral de Juez Decano se regula en los artículos 64 y 72 a 80 del Reglamento de los Órganos de Gobierno de Tribunales, aprobado por Acuerdo del CGPJ de 26 de julio de 2000 (BOE nº 216 de 8 de septiembre de 2000; corrección de errores en BOE nº 237 de 3 de octubre).

<sup>39</sup> Sobre las Facultades inspectoras véanse los artículos 174 y 175 de la LOPJ, también y para lo que se denomina policía de estrados respecto de los intervinientes en el Tribunal que no sean Abogados o Procuradores, los artículos 190-195 de la LOPJ, y para el caso de que sean abogados y procuradores los artículos 552-557 del mismo texto legal.

Salas de Justicia y de los jueces sobre el personal al servicio del órgano judicial, disponiendo actualmente de dichas competencias el Ministerio de Justicia y los órganos que se determinen por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos territoriales (art. 539 de la LOPJ)<sup>40</sup>.

#### **4. Las asociaciones de jueces y el derecho de huelga**

##### **4.1. Las asociaciones de jueces y su participación en la vida política judicial**

El asociacionismo judicial consagrado en el artículo 127 de la CE constituye, con la excepción de las asociaciones empresariales aludidas junto con los sindicatos en el art. 7 de la CE, la única concreta modalidad asociativa que ha merecido una singular consagración constitucional. Por tanto, hay que entenderlas diferenciadas por un lado de los partidos políticos y de los sindicatos; y por otro lado, de los colegios profesionales que regula la Constitución en el artículo 36, presentando además peculiaridades respecto de las restantes asociaciones.

Dicho esto, hemos de recordar con SERRA CRISTOBAL<sup>41</sup> que “en aras a la salvaguardia de tal independencia e imparcialidad – de los jueces y magistrados-, a priori existe una convicción sociopolítica generalizada de que el juez debe abstenerse de involucrarse en actividades de naturaleza política”. Por ello no se permite a un Juez la afiliación a un partido político o sindicato, y está constitucionalmente previsto el asociacionismo judicial, en el que las connotaciones políticas son de sobra conocidas, razón por la cual este autor entiende que “el asociacionismo constituye el grado inferior, en cuanto a implicación política, frente a la pertenencia a un sindicato o partido político”<sup>42</sup>. Por nuestra parte podemos concluir que el asociacionismo judicial se ha

<sup>40</sup> Cfr. con el art. 464 de la LOPJ anterior a la reforma de la LO 19/2003.

<sup>41</sup> SERRA CRISTOBAL, R., “El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, mayo-agosto 2008, p. 116.

<sup>42</sup> SERRA CRISTOBAL, R., *op. cit.* Pág. 118.

establecido constitucionalmente como el mecanismo de agrupación de jueces y magistrados en defensa de los intereses de la judicatura.

En lo que se refiere a la situación europea sobre la materia, en Alemania existe la Asociación Federal de Jueces (*Deutscher Richterbund*), que agrupa a un total de 25 asociaciones judiciales y que, según se dice, es independiente de cualquier partido político. En Francia se produjo la transformación del asociacionismo en sindicalismo, pues se consideró que la estructura sindical servía mejor a la defensa de los intereses profesionales. En Italia, hasta el año 2005 no había prohibición legal respecto a la posibilidad de afiliarse a partidos políticos o sindicatos<sup>43</sup>. Y, por último, en Gran Bretaña no hay asociaciones de jueces, por lo que se entiende que cualquier reivindicación referida a las condiciones del servicio debe ser defendida y solventada por el gabinete del *Lord Chancellor*.

Por lo que se refiere a España, es el artículo 127 de la CE el que, junto a la prohibición de los jueces de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, hace referencia al asociacionismo judicial. Este precepto fue muy debatido durante la elaboración de la carta Magna, la prohibición de los jueces de pertenecer a partidos políticos fue lo que apareció en primer lugar en el borrador, mientras que la prohibición de pertenecer a sindicatos se introdujo por la Comisión Constitucional del Congreso. Por último, fue una enmienda transaccional *in voce* del diputado Sr. Roca la que abrió la posibilidad de que fuera una futura ley la que estableciera el sistema y modalidad de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales, así es como acabó resultando el artículo 127 CE<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> El artículo 98.2 de la Constitución Italiana dice que “se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados”. El legislador no hizo uso de esta opción hasta el año 2005 mediante Decreto Legislativo posteriormente modificado por la Ley 269/2006 en el sentido de prohibir “la inscripción o la participación sistemática y continuada en un partido político o la directa colaboración en la actividad de sujetos operantes en el sector económico y financiero, que puedan condicionar el ejercicio de las funciones o comprometer la imagen del magistrado”.

<sup>44</sup> *Vid.* GALLEGO MORALES, A., y MONEREO PEREZ, J. L.; “La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en MONEREO PEREZ y otros (coords.): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, p. 1161.

Las asociaciones de jueces y magistrados “podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos políticos o sindicatos” (art. 401.2 LOPJ). No obstante “nada es tan próximo a la actividad sindical como la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos. De hecho, no se ha dudado en afirmar que las asociaciones judiciales tienen una innegable vertiente sindical”<sup>45</sup>. En definitiva, está bastante extendida la convicción de que *de facto* se trataría de “sindicatos con régimen especial”<sup>46</sup>, o de que su cometido funcional es materialmente sindical (defensa de los intereses profesionales). Lo que resulta incuestionable, al margen de la posible naturaleza de las asociaciones profesionales, es que las mismas son para los jueces y magistrados “el instrumento fundamental a cuyo través resulta posible para ellos la actualización del vector promocional de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos incorporado en los artículos 9 y 23 de la CE, toda vez que pesa sobre estos colectivos la interdicción de pertenencia a los partidos políticos y de los sindicatos. De modo que tales asociaciones profesionales también han de contribuir a la realización de la idea participativa, compensando la imposibilidad de acudir a otros canales de los que expresamente se hallan privados”<sup>47</sup>.

En la misma línea argumental BELLOCH JULBE<sup>48</sup> entiende que el movimiento asociativo judicial es una nueva especie del derecho de asociación llena de peculiaridades, que responde a la necesidad de colmar el derecho constitucional de jueces y magistrados a participar directamente en la vida política a través de los grupos en que como ciudadanos se integran<sup>49</sup>. El

<sup>45</sup> SERRA CRISTOBAL, R., “El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo...”, *op. cit.* p. 125. *Vid* en el mismo sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “La Huelga de los jueces”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 2, febrero de 2009, p. 53.

<sup>46</sup> OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia nº 16-17*, 1992, p. 138, y en *Actualidad Laboral nº 6/8* de 14 de febrero de 1993, pp. 87-92.

<sup>47</sup> MONEREO PEREZ en GALLEGO MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L.; “La asociación profesional y el derecho de huelga...”, *op. Cit.* p. 1172.

<sup>48</sup> BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga, op.cit.*, p. 133.

<sup>49</sup> Por otro lado, la CE y la LOPJ sólo se refieren a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, pero nada impide que un juez pueda solicitar su admisión en una asociación no profesional. En este sentido se puede ver la LO 1/2002 reguladora del derecho de asociación

alejamiento del juez de la política y, por ende, el de las asociaciones judiciales de actividades de carácter político o sindical viene a garantizar, entre otras cosas, la imagen de independencia que debe acompañar a la justicia. Coadyuva a salvaguardar una imagen del poder judicial en el que la sociedad ha depositado su confianza, de unos jueces que son los garantes últimos de sus derechos y pieza insustituible del Estado de Derecho.

Pero lejos de mantener a los jueces alejados de los asuntos políticos las asociaciones judiciales han servido precisamente para permitir a los jueces inmiscuirse en un terreno que su estatuto profesional les veta. Por ello BELLOCH JULBE entiende que “las Asociaciones Profesionales deben limitar su función de instrumento fundamental de participación en la vida política a la que podríamos denominar -vida política judicial- no entrando más que en aquellos aspectos que realmente resultan inseparables de cualquier concepto racional o razonable de Poder Judicial, en particular la teoría de los derechos y libertades fundamentales, no abarcando fuera de sus concretos aspectos otras facetas de la llamada política general”<sup>50</sup>. Desde esta óptica, hay que entender que el artículo 127 de la CE tiene como objetivo garantizar la imparcialidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ante las diversas opciones políticas globales que se proyectan tanto en los partidos políticos como en los sindicatos. Por tanto, la limitación del artículo 127 de la CE constituiría una prohibición referida a jueces y magistrados considerados como individuos aislados, y no como colectivos asociativos y además, referida al ejercicio de la función jurisdiccional. Y el verdadero motivo de esta limitación no puede ser otro que la doble condición de los jueces, de los asociados a esa modalidad específica de asociación que, por un lado, supone que los jueces son funcionarios y por otro son integrantes de un poder del Estado.

A la vista de lo expuesto, las asociaciones profesionales pueden ser entendidas como el instrumento fundamental para la participación de los jueces

---

que, al referirse a la capacidad para asociarse, simplemente señala que “los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales”, (art. 3.d). Por lo tanto, no hay ninguna limitación adicional para jueces y magistrados en lo que se refiere al derecho de asociación, más allá de lo que se ha prohibido por nuestra Constitución.

<sup>50</sup> BELLOCH JULBE, J.A., *op. Cit.* p. 133.

en la vida política judicial y, por lo tanto, pueden ser el cauce idóneo para la defensa de los intereses de sus asociados. Ahora bien, dicho esto, la cuestión no estaría en la legitimidad o no de las asociaciones profesionales para la defensa y promoción de esos intereses, sino que el problema radicaría en qué instrumentos son susceptibles de ser utilizados por las asociaciones, por los jueces, para que el derecho no carezca de contenido.

#### **4.2. La polémica en torno al derecho de huelga de jueces y magistrados**

Al hablar del derecho de huelga de los jueces y magistrados, abordamos una polémica de profundas raíces que algún autor denomina “caso especial”<sup>51</sup>, pues, “los jueces como colectivo y la huelga como fenómeno jurídico” en nuestra experiencia y en nuestra cultura, también jurídica, casaban mal.<sup>52</sup> Hablar de huelga de jueces parecía algo extraordinario, a pesar de que ya hemos vivido alguna, disfrazada de reunión simultánea de Juntas de Jueces el 21 de noviembre de 2008, y posteriormente otra huelga que tuvo lugar el 14 de noviembre de 2012, y que según datos del CGPJ fue seguida por un 23’57 % de jueces. Por otro lado, el derecho de huelga de los jueces ha sido siempre y hasta nuestros días un debate de poco consenso y con poca proyección mediática, aunque esto último si ha cambiado radicalmente.

Todo esto requiere que, en este tema que nos ocupa, y como hace PEREZ BENITEZ<sup>53</sup> adoptemos algunas prevenciones, entendiendo que hace tiempo que se abandonó el paradigma de la existencia de una única solución correcta, y por tanto, no es cierto que cuando dos juristas discuten sobre una solución, aportando respuestas divergentes, necesariamente uno esté equivocado y el otro resulte amparado por la letra y el espíritu de la ley. Y de la misma forma, hemos de considerar que, tampoco la falta de una prohibición expresa en la norma fundamental es argumento de peso para apoyar el ejercicio del derecho

---

<sup>51</sup> GONZALEZ DE LA ALEJA, R. *La Titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la Función Pública: Perspectivas jurídico críticas.*, Ed. Comares. Granada 1999, p. 354 y ss.

<sup>52</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *La Huelga de los jueces... op. Cit.*, pág. 48.

<sup>53</sup> PEREZ BENITEZ, J. J., “Jueces y Huelga” *La Ley* nº 225 de 5 de febrero de 2009, p. 1.

de huelga por los jueces. La tesis de que, en materia de derechos fundamentales, todo lo no prohibido ha de resultar permitido, es extraordinariamente débil. Desde estas consideraciones y prevenciones podemos iniciar el análisis de la cuestión.

En primer lugar, hay quien mantiene que, al hablar del derecho de huelga de jueces, existe un vacío normativo, “si se entiende por él la inexistencia de una disposición específica, constitucional o legal, sobre esta materia”<sup>54</sup>, sin que esto signifique que el ordenamiento jurídico “no pueda ofrecer una respuesta normativa que explique el aparente vacío dejando de ser tal.” Por el contrario, otros autores como PEREZ ROYO<sup>55</sup> mantiene que no hay “ningún vacío en el ordenamiento español respecto del derecho de huelga de jueces y magistrados. Hay mucho más que una prohibición expresa. La huelga de un juez o magistrado es la negación de su propia condición como poder del Estado”.

Como ya he señalado, es el artículo 28 de la CE el que concede el derecho de huelga a los trabajadores, y es una cuestión pacífica para la doctrina y la jurisprudencia que dentro de este término se incluyen los funcionarios y por lo tanto están legitimados para el ejercicio del mencionado derecho<sup>56</sup>. Así mismo el derecho de huelga es considerado como un derecho social<sup>57</sup> y por lo mismo “instrumento para la consecución de los fines que persigue hasta el punto de que esos fines pueden dar sentido y convertirse en instrumento de otros mandatos constitucionales, como la igualdad y participación social, debidamente promovidas por los poderes públicos a las que hace referencia el artículo 9.2 de la propia Constitución Española”<sup>58</sup>.

Hasta la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 no se dispuso de una primera referencia legal expresa a la huelga de los funcionarios<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> CAMARA VILLAR, G. “El tercer poder del Estado amenaza con la huelga”, *Diario La Opinión de Granada*, 16 de enero de 2009.

<sup>55</sup> PEREZ ROYO, J., *Burdo fraude de Ley*, diario el País, sábado 17 de enero de 2009.

<sup>56</sup> Vid. entre otros MONEREO PEREZ, J.L. “Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas”, *Relaciones Laborales, Tomo 1993-II*, pp. 89-113.

<sup>57</sup> MONEREO PEREZ lo denomina “derecho social fundamental de libertad”, en “*La Huelga...*” *op. Cit.* p. 1058.

<sup>58</sup> LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios públicos y el código penal*, Ed. Bomarzo, Albacete 2005, p. 155.

<sup>59</sup> Sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos, Vid. por todos a CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. *El derecho de Huelga de los funcionarios públicos*, Ed. Thomson- Aranzadi, Madrid 2006.

Hoy el artículo 15. c) del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>60</sup>, reconoce expresamente a los empleados públicos el siguiente derecho individual que se ejerce de forma colectiva: “el ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. El Estatuto básico del empleado público se aplica al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, y en lo que pueda a su personal laboral incluidos en su ámbito de aplicación, teniendo carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación<sup>61</sup>. Sin embargo, esta ley recoge expresamente que como “...c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia” disponen de legislación específica propia, “este Estatuto sólo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica” (art. 4. c. RDL 5/2015). En ningún precepto de la LOPJ hay la más mínima referencia al ejercicio de la huelga para jueces y magistrados ni remisión alguna al Estatuto básico o cualquier otra norma que pudiera regular este derecho.

A la hora de abordar el problema hemos de recordar como hizo SOLDEVILA<sup>62</sup>, que “se ha llegado a negar que jueces y magistrados sean funcionarios, habida cuenta la naturaleza del cometido que desempeñan, como titulares de un poder del Estado y la imprescindible nota de independencia que el mismo exige, que es, conceptualmente incompatible con la configuración del juez como funcionario público, por definición dependiente de una organización administrativa”. Esta negación pone de manifiesto la doble naturaleza de los jueces y magistrados como trabajadores pertenecientes a una organización administrativa y como titulares y ejercientes de la potestad jurisdiccional. Es por ello, que “el problema técnico surge del difícil equilibrio entre la laboralidad originaria del derecho de huelga y la participación funcional en uno de los poderes del Estado”<sup>63</sup>. Esta doble naturaleza del juez funcionario y del juez titular

---

<sup>60</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>61</sup> Art. 2, apartados 1 a 5 del RDLegislativo 5/2015

<sup>62</sup> SOLDEVILA FRAGOSO, S., “Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993, p. 414.

<sup>63</sup> SANCHEZ PEGO, F.J., La huelga en la función pública y las huelgas judiciales, *Documentación Laboral* nº 42, 1992, p. 96.

del poder del Estado es la que planea a la hora de abordar la problemática del derecho de huelga de los jueces y magistrados, debiendo de entender que una faceta no anula o hace desaparecer a la otra.

Como punto de partida dejemos dicho que el derecho de huelga es un derecho fundamental, siendo la norma general que todos los ciudadanos tienen derecho a su ejercicio y que las restricciones al mismo tendrán carácter excepcional y motivado. Dicho esto y para justificar que los jueces y magistrados no pueden ejercer ese derecho, en un primer momento se argumentó que la titularidad del derecho de huelga no reside en las personas físicas individuales sino en los sindicatos, pues estos carecerían de sentido si no tuvieran la exclusividad para convocar todas las huelgas, por ello se decía que al prohibir el artículo 127 de la Constitución la sindicación de los jueces y magistrados, se estaría prohibiendo por esta vía el derecho de huelga de los mismos. Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 (RTC 1981\11) en la que definió el derecho de huelga “como un derecho de titularidad individual, aunque de ejercicio colectivo” (FJ nº 11), distinguiendo el tribunal entre la titularidad del derecho, que únicamente corresponde a los trabajadores y las facultades que integran el mismo que corresponderían tanto a los trabajadores individuales como a los sindicatos<sup>64</sup>.

Hay que señalar que el artículo 28.2 CE se refiere específicamente a los trabajadores, personas físicas como titulares del derecho de huelga, sin que el precepto haga referencia alguna a las organizaciones sindicales. En definitiva, el artículo 28 de nuestra Carta Magna consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta, sin que el derecho de huelga como instrumento de defensa haya de estar vinculado de forma exclusiva a los sindicatos, es decir los sindicatos pueden convocar una huelga, pero para convocar una huelga no son imprescindibles los sindicatos<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Sobre la titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga *Vid.* LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios... op. Cit.*, pp. 158 y siguientes.

<sup>65</sup> OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia nº 16-17*, 1992, pp. 136-137. *Vid.* mismo trabajo en *Actualidad Laboral nº 6/8* de 14 de febrero de 1993, pp. 87-92.

Por otro lado, la LOPJ, en su artículo 496 establece que los funcionarios tienen distintos derechos colectivos, en los términos establecidos por la Constitución y las Leyes, recogiendo en el apartado d) del precepto el derecho “de huelga, en los términos contenidos en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, garantizándose el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia”. Ahora bien, este precepto se encuadra en el capítulo I del Título IV, dedicado a los derechos, deberes e incompatibilidades, del Libro VI de la LOPJ, que se ocupa de los “Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal”, es decir, del personal al servicio de la Administración de Justicia, excluyéndose por tanto a los jueces, magistrados y secretarios judiciales<sup>66</sup>. No obstante, esto no significa que el legislador haya querido privarles de ese ejercicio, puesto que como señala el TC, el ejercicio de un derecho fundamental no depende del desarrollo legislativo que del mismo se haga ya que las normas constitucionales en las que se encuentran recogidos son directamente invocables ante los tribunales ordinarios de justicia, siendo título suficiente para su ejercicio<sup>67</sup>.

Otra cuestión a destacar es que el derecho de huelga no tiene carácter ilimitado pudiendo el legislador prohibirlo o imponerle limitaciones o condiciones para su ejercicio.<sup>68</sup> Ahora bien, la cuestión no es si los jueces y magistrados son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución consagra, que lo son, sino a qué límites se hallan éstos sometidos, dónde se hallan contemplados tales límites, cómo operan, con qué criterios han de ser interpretados y, sobre todo, con qué limitaciones han de ser aplicados tales límites.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Cfr. Art. 470 LOPJ.

<sup>67</sup> Vid. Fundamento jurídico Número 7 de la STC 8 abril de 1981.

<sup>68</sup> Es el caso de la policía (LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado Art. Sexto número “8. *Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios*”) y del personal militar (Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas Es el artículo 7 dedicado a la *neutralidad política y sindical* el que señala en su apartado 2, párrafo segundo que “*Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas*”.

<sup>69</sup> AGUIAR DE LUQUE, L., “Poder judicial, estatuto del juez y libertad de expresión”, en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia*

#### 4.2.1. Limitaciones del derecho de huelga de jueces y magistrados

Entiende OJEDA AVILES<sup>70</sup> que “aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios abarca una parte, quizá la principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como es el de controlar la legalidad de las huelgas de este personal. *¿Quid custodiat custodes?*, podríamos interrogarnos. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud ¿no vendrán, con razón, recusados para tal menester?”. Por otro lado, otra parte de la doctrina entiende que una primera limitación constitucionalmente implícita sería la de que no caben huelgas judiciales “políticas”, lo que supondría que “las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de tal instrumento como forma legítima de articular su –participación en la vida política judicial- ni, en consecuencia, como medio de presión, encaminado a favorecer o imponer su propio modelo de política judicial”<sup>71</sup>.

Otro de los argumentos que se han utilizado para razonar la imposibilidad del ejercicio de la huelga por los jueces y magistrados es la necesidad permanente de sus servicios. Sin duda alguna la labor y función que desarrollan el personal juzgador es de una importante trascendencia para toda la sociedad. Pero entonces no se podría entender que al personal funcionario de las oficinas judiciales si se les reconozca el derecho de huelga, por cuanto que la misma también impediría la prestación del servicio de la administración de justicia, habida cuenta que su inactividad paraliza plenamente el funcionamiento de los juzgados. Por ello, aquellos que mantienen la posición de la posibilidad del ejercicio de la huelga por jueces y magistrados señalan que es precisa una

---

constitucional: Doctorado de “Justicia Constitucional y Derechos fundamentales”, Valencia 2005, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 273.

<sup>70</sup> OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga...”, *op. Cit.*, p. 139. Vid mismo trabajo en *Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, pp.. 87-92

<sup>71</sup> BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga, op. Cit.*, p. 134.

completa y detallada regulación de los servicios mínimos necesarios, pero que no cabría imposibilitar el ejercicio del derecho. No obstante, hemos de recordar que el personal destinado en las oficinas judiciales no es titular del Poder Judicial.

Por último, los jueces y magistrados son titulares de un poder del Estado, el Poder Judicial, y son Poder Judicial todos y cada uno de los jueces y magistrados considerados individualmente cuando ejercen jurisdicción. Desde este punto de vista del Juez como titular de un poder del Estado parece inadmisibile que pueda ejercitar el derecho de huelga, pues el ejercicio de la misma para poder hacer efectivas sus pretensiones relativas a la determinación de sus condiciones de trabajo conlleva una situación de dependencia, ya que la huelga reivindicativa se ejercita por el subordinado respecto de su empleador<sup>72</sup>. Otra cuestión distinta es la realidad constatada de esa relación de dependencia por cuanto existe la incidencia del poder ejecutivo en los ingresos económicos de jueces y magistrados, y por lo tanto “es notablemente distinto el trato que reciben los titulares de los otros poderes del Estado, parlamentarios y miembros del gobierno, fijando unos sus propias retribuciones y proponiendo los otros las mismas, directamente a las Cortes, y efectuando ellos materialmente el pago”.<sup>73</sup>

Por su parte, PEREZ ROYO<sup>74</sup> mantiene que el derecho de huelga de un poder del Estado es algo constitucionalmente impensable, en su opinión “de los poderes del Estado son portadores personas físicas que tienen que tener la condición de ciudadanos. Hay que ser ciudadano español para ser presidente

---

<sup>72</sup> CAMARA VILLAR, G. *El tercer poder del Estado amenaza... op. Cit.* El profesor Cámara indica que “el caso de los jueces es distinto. No se trata aquí ni de trabajadores por cuenta ajena ni de personas que estén en una relación “de especial sujeción” ante la Administración de Justicia, sino de personas que son portadoras de un poder del Estado. Y lo son no como colectivo, sino singularmente todos y cada uno de los mismos... Por consiguiente, por mucho que estiremos el concepto y, aunque evidentemente los jueces trabajen como profesionales de la Administración de Justicia (probablemente muchos de ellos más de lo que sería razonable exigirles), no son ni mucho menos trabajadores que tengan que defender sus intereses frente a un empleador, sino un poder del Estado independiente de cualquier otro poder. Precisamente por ello no podrán desempeñar otros cargos públicos mientras estén en activo ni pertenecer a partidos o sindicatos, si bien pueden canalizar sus reivindicaciones profesionales a través de su modalidad específica de asociación profesional (art. 127 de la Constitución)”. En su opinión, si los jueces acuden a la huelga no ejercitan un derecho fundamental, sino que lo que hacen es abandonar temporalmente el ejercicio del poder jurisdiccional del que son portadores por mandato constitucional, dejando en el vacío ese concreto poder del Estado.

<sup>73</sup> SOLDEVILA FRAGOSO, S., *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados, op. cit.*, p. 416.

<sup>74</sup> PEREZ ROYO, J., *Burdo fraude de Ley*, diario el País, sábado 17 de enero de 2009.

del Gobierno o ministro, o diputado o senador o juez o magistrado. Pero una vez que un ciudadano se convierte en portador de un poder del Estado, es esta perspectiva y no la condición de ciudadano la determinante para la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales”, y entiende este autor que el primer mandato, que contiene la Constitución para todos los poderes del Estado, es que el poder no puede dejar de ser ejercido, es decir ha de haber continuidad en el ejercicio del mismo, y esta es una de las premisas sobre las que descansa el Estado en cuanto forma de organización del poder. Por ello considera que los jueces y magistrados son conocedores de que no pueden ejercer el derecho de huelga, puesto que no son titulares del mismo y porque sería incompatible con su propia condición de juez, entendiéndose que “están recurriendo a –tretas- para convocar la huelga obviando el control de las juntas de gobierno de los tribunales superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y del Consejo General del Poder Judicial, que constituyen un burdo fraude de ley, ya que una asamblea de jueces no es una asamblea de trabajadores de las que se contempla en el Real Decreto-ley 17/1977”.

Por último y a modo de conclusión, recordemos que el TC en su ST de 8 de abril de 1981 (FJ nº 12) concretaba que el art. 28 de nuestro texto constitucional no es de aplicación a los llamados trabajadores independientes, auto-patronos o profesionales, es decir no son trabajadores por cuenta ajena. Y es que esta concepción sería de aplicación a jueces y magistrados si tuvieran una dependencia exclusiva del CGPJ en todo lo que se refiere a su estatuto personal y asumiendo este órgano de conformidad con el artículo 122 de la CE más competencias y específicamente las que afectan al pago de sus retribuciones, haciéndolas efectivas e incluyendo la facultad de propuesta de las partidas que se consideren necesarias para su aprobación por las Cortes Generales en la correspondiente ley de presupuestos<sup>75</sup>. En definitiva, de lo que

---

<sup>75</sup> El supuesto de una autonomía presupuestaria del CGPJ con competencias plenas en la materia, podría ser criticado desde la óptica que esta autonomía escaparía del control parlamentario. Y no hemos de olvidar que de la gestión de los fondos públicos se deriva una responsabilidad política basada en las competencias que el artículo 97 de la CE residencia de forma irrenunciable en el Gobierno de la Nación. Por ello podría pensarse que al concebirse el CGPJ como un órgano políticamente irresponsable no puede exigirse la misma, quebrando un principio general del sistema parlamentario, y conformándose un Estado dentro de otro Estado. Ante esta situación y aunque no está previsto constitucionalmente un mecanismo que permita a

se trata aquí no es de la prohibición del ejercicio del derecho de huelga para jueces y magistrados, sino de la imposibilidad de aplicación del artículo 28 de la Constitución a los mismos.

#### 4.2.2. Posición del CGPJ

Llegado este punto hemos de hacer mención a los Acuerdos Adoptados por el Pleno del CGPJ en sesión extraordinaria del día 9 de febrero de 2009, y reiterados por la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión de 13 de noviembre de 2012 con motivo de la Huelga convocada para el 14 de noviembre de ese mismo año. En dicha sesión el Pleno del CGPJ tuvo que dar respuesta a una serie de peticiones y comunicaciones recibidas en relación al seguimiento de una jornada de huelga prevista para el día 18 de febrero siguiente, resolviendo que no procedía tener por anunciada la convocatoria de huelga y por lo tanto tampoco había lugar para fijar servicios mínimos. En definitiva, el Pleno del CGPJ consideró la huelga ilegal o, más exactamente, sin soporte normativo alguno, y en este sentido en el fundamento jurídico 2 del acuerdo que comentamos expresa textualmente los siguientes argumentos; “(...) lo cierto es que el ejercicio de ese posible derecho carece, en el momento actual, de soporte normativo.

Ninguno de los escritos presentados contiene una referencia al marco regulador del referido ejercicio, limitándose a una simple mención a los artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, cuya posible aplicación a las peticiones que se efectúan, aparece huérfana de cualquier motivación.

Esta norma se refiere a un tipo distinto de relaciones jurídicas, sin que por tanto puedan encuadrarse en ellas las medidas que se pretenden”.

Señala el Pleno del CGPJ en su fundamento jurídico 3, que es conclusión obligada de lo expuesto que no puede proceder a la fijación de servicios mínimos

---

las Cortes forzar la dimisión del Consejo por una mala gestión de los fondos públicos, esta no ha de ser necesariamente la única forma de control y de exigencia de responsabilidad posible. Tengamos en cuenta que el Tribunal de Cuentas, y demás órganos de fiscalización del Estado, así como la comparecencia ante las Cámaras de los vocales del Consejo para responder de su gestión, pueden entenderse como medios de fiscalización suficientes. Así mismo también quedan las facultades de las Cortes de aprobación anual de la ley de presupuestos, y las consecuencias políticas que tendría para el CGPJ una aprobación a la baja de sus asignaciones por una mala gestión de los fondos.

ni tener por tales aquellos que pudieran señalar quienes suscriben los escritos, y en el fundamento jurídico cuarto dice que “el Consejo, en el cumplimiento de sus funciones, velará siempre para que, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se garantice el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos”.

Finalmente, el Pleno del CGPJ aprobó en el acuerdo que nos ocupa y en un segundo punto una Declaración Institucional, que es digna de mención por cuanto que una vez declarado que la huelga carece de soporte normativo, muestra en ella su apoyo a las peticiones de jueces y magistrados, advirtiendo “que la respuesta efectiva a tales peticiones no se inscribe en el ámbito de sus medios propios ya que la cobertura presupuestaria de las medidas a adoptar está en manos del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en esta materia”. Es decir, hace un difícil equilibrio, dando como se dice coloquialmente “una cal y otra de arena”, para finalizar diciendo que “el CGPJ, como el órgano de gobierno del Poder Judicial, por tanto, no comparte medidas de presión que perjudiquen el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva y cuyo ejercicio no tiene una específica cobertura legal”.

En definitiva, los jueces y magistrados participan de la vida política judicial mediante las asociaciones profesionales, por lo que la prohibición de pertenencia a un sindicato no supone que no puedan defender sus intereses profesionales. Ahora bien, una vez dicho esto, la cuestión es si en esta defensa se puede hacer uso de determinados instrumentos y en concreto, de la huelga, es decir, la cuestión no es la titularidad de la huelga sino la concreción de su posible ejercicio, y, respecto de este tema es esencial partir de la naturaleza bifronte de los jueces y magistrados que son, al mismo tiempo, funcionarios públicos y titulares de un poder del Estado, sin que uno de los perfiles pueda anular o minorar al otro.

Desde esta perspectiva nuestro marco jurídico actual no permite, ni reconoce el ejercicio del derecho de huelga por jueces y magistrados, lo que no significa que no sean titulares del mismo. El centro del debate estaría en la necesidad de profundizar y avanzar en los límites del ejercicio de este derecho

por jueces y magistrados, que requeriría como elemento previo la autonomía del CGPJ en materia presupuestaria.

## Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, L. (2005). "Poder judicial, estatuto del juez y libertad de expresión", en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional: Doctorado de "Justicia Constitucional y Derechos fundamentales"*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ALMAGRO NOSETE, J. (1978). "Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I., ed. De T.R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, pp. 283-344.
- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, A. (1997). "Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho", *La Ley* 1997- 6, pp. 1434-1437.
- ANDRES IBAÑEZ, P. (1996). "Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial", *Jueces para la Democracia*, nº 25, marzo, pp. 88-94.
- ANDRES IBAÑEZ, P. (1988). *Justicia/Conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid.
- ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C. (1986). *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid.
- BELLOCH JULBE, J. A., "Notas sobre el Asociacionismo Judicial", *Poder Judicial número V, especial*, pp. 35-64.
- BELLOCH JULBE, J. A. (1992). "Jueces y derecho de huelga", *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, pp. 132-135.
- CAMARA VILLAR, G. (2009). "El tercer poder del Estado amenaza con la huelga", artículo publicado en el *diario La Opinión de Granada*, 16 de enero.
- CANO BUESO, J. (1985). *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)* Ministerio de Justicia, Madrid.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (2006). *El derecho de Huelga de los funcionarios públicos*, Ed. Thomson- Aranzadi, Madrid.
- CAVERO LATAILLADE, Í. (1978). «Artículo 127», en Alzaga Villaamil, Ó. (ed.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978* (tomo IX). Madrid, EDERSA-Cortes Generales, pp. 617-644.
- DE LA PLAZA, M. (1954). *Las garantías de la independencia Judicial*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid.

- FERNANDEZ FARRERES, G. (1983). "Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados", VVAA, *El Poder Judicial, Vol. II*, Madrid, pp. 1213-1252.
- FERRAJOLI, L. (1999). «*Jueces y política*». *Derechos y Libertades*, 7, pp. 63-80.
- GABALDÓN LOPEZ, J. (1996). "Implicación de las Asociaciones y Colegios profesionales en la reforma de la Justicia". *LA LEY*, nº 1, pp. 1629-1633.
- GALLEGO MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L. (2002). "La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada, Ed. Comares, pp. 1157-1192.
- GIMENO SENDRA, V. (1981). *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid.
- GONZALEZ DE LA ALEJA, R. (1999). *La Titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la Función Pública: Perspectivas jurídico críticas.*, Ed. Comares. Granada.
- GONZALEZ GRANDA, P. (1993). *La independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- HUERTAS CONTRERAS, M. (1995). *El poder judicial en la Constitución*. Ed. Universidad de Granada, Granada.
- LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. (2005). *La huelga de funcionarios públicos y el código penal*, Ed. Bomarzo, Albacete.
- MARIN CASTAN, F. "Funciones de las Asociaciones de Jueces y Magistrados", *Poder Judicial nº V, especial*, pp. 65-69.
- MAZA MARTIN, J. M. "Asociaciones de Jueces y Magistrados", *Poder Judicial nº V, especial*, pp. 71-83.
- MONEREO PEREZ, J. L. (1993). "Limites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas", *Relaciones Laborales*, Tomo 1993-II, pp. 89-113.
- MONEREO PEREZ, J. L. y otros (coords) (2002). *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada, Ed. Comares, pp. 1057-1156.
- MONTERO AROCA, J. (1990). *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, en Libro Homenaje a Gabaldón López, Madrid, p. 187-228.

- MONTERO AROCA, J. (1990). *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Ed. Civitas Madrid.
- OJEDA AVILES, A. (1992). “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, pp. 136-139.
- OJEDA AVILES, A. (1993). “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Actualidad Laboral nº 6/8*, 14 de febrero, pp. 87-92.
- OLLERO TASSARA, A. (1982). “Poder Judicial y transición democrática en España”, en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*.
- PEREZ BENITEZ, J. J. (2009). “Jueces y Huelga” *La Ley nº 225*, 5 de febrero, pp. 8-9.
- PEREZ ROYO, J. (2009). *Burdo fraude de Ley*, publicado en el diario el País, sábado 17 de enero.
- RODRIGUEZ, A. (2022). “De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 50, pp. 185-217.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. (2009). “La Huelga de los jueces”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 2, febrero, pp. 48-55.
- RUBIO TORRANO, E. (2003). “Derecho de Asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos”, *Aranzadi Civil, Tribunas*, Vol. I., pp. 1843-1845.
- SANCHEZ PEGO, F. J. (1992). “La huelga en la función pública y las huelgas judiciales”, *Documentación Laboral*, nº 42, pp. 93-125.
- SERRA CRISTOBAL, R. (2008). “El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, mayo-agosto, pp. 115-145.
- SERRA CRISTOBAL, R. (2018). “Artículo 127”, en Pérez Tremps, P., Saiz Arnaiz, A. (dirs.). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario*

1978-2018, *Libro Homenaje a Luis López Guerra* (tomo II) (pp. 1779-1788).

Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1779 y 1780.

SERRANO ALBERCA, J. M., ARNALDO ALCUBILLA, E. (2016). "Artículo 127", en Garrido Falla, F. (ed.). *Comentarios a la Constitución* (pp. 2145-2155). Madrid: Civitas,

SOLDEVILA FRAGOSO, S. (1993). *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, pp. 413-424.

STAMLER, R. (1941). *El Juez*, Ed. Cultural S.A. La Habana.

TOMAS Y VALIENTE, F. (1996). Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid.

VALENCIA MIRON, A. J. (2007). *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada.

---

**LA CUESTIÓN DE LA HUELGA: A PROPÓSITO DE LA OIT Y EL  
CONVENIO 87**

**THE ISSUE OF STRIKE: ABOUT THE ILO AND CONVENTION  
87**

Anselmo COELHO HERNÁNDEZ

*Abogado, mención cum laude, e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la  
Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).*

[acoelhoh@ucab.edu.ve](mailto:acoelhoh@ucab.edu.ve)

Fecha de envío: 03/04/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## LA CUESTIÓN DE LA HUELGA: A PROPÓSITO DE LA OIT Y EL CONVENIO 87

Anselmo COELHO HERNÁNDEZ

*Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)*

---

**Resumen:** Luego de sufrir una crisis institucional sin precedentes en 2012, la Organización Internacional del Trabajo decidió, a finales de 2023, remitir a la Corte Internacional de Justicia una solicitud de opinión consultiva, relativa a la consagración del derecho de huelga por el Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). A la luz de esta controversia, el artículo comenta sobre el convenio en cuestión, el derecho de huelga y las aproximaciones a la interpretación jurídica que justificarían la protección del derecho de huelga a través del sistema de control normativo de la OIT, tal como ha ocurrido durante más de 5 décadas.

**Palabras clave:** Derecho de huelga - Interpretación jurídica - Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (núm. 87) - Derechos humanos - Corte Internacional de Justicia

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). 2.1. Contenido del convenio. 2.2. Carácter fundamental del convenio. 3. La controversia sobre el derecho de huelga. 3.1. Contenido del derecho de huelga y su protección. 3.2. Controversia alrededor del derecho de huelga en la OIT. 3.3. La remisión del asunto a la Corte Internacional de Justicia. 4. Un asunto de interpretación. 4.1. Interpretación de tratados o convenios internacionales. 4.2. Interpretación de instrumentos internacionales sobre protección de Derechos Humanos. 4.3. La interpretación de acuerdo con las tesis originalistas. 5. Conclusiones.

**Abstract:** Following an unprecedented institutional crisis in 2012, the International Labour Organization decided in late 2023 to refer a request for an advisory opinion to the International Court of Justice on the enshrinement of the right to strike in the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87). In light of this controversy, this article examines the Convention in question, the right to strike, and the approaches to legal interpretation that would justify the protection of the right to strike through the ILO's supervisory system, as has been the case for over 5 decades.

**Keywords:** Right to strike - Legal interpretation - Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention (No. 87) - Human rights - International Court of Justice

**Summary:** 1. Introduction. 2. The Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87). 2.1. Content of the agreement. 2.2. Fundamental nature of the agreement. 3. The controversy over the right to strike. 3.1. Content of the right to strike and its protection. 3.2. Controversy surrounding the right to strike at the ILO. 3.3. The referral of the matter to the International Court of Justice. 4. A matter of interpretation. 4.1. Interpretation of international treaties or agreements. 4.2. Interpretation of international instruments on the protection of Human Rights. 4.3. The interpretation according to the originalist theses. 5. Conclusions.

“Era su cántico, un cántico tan antiguo como la raza, una canción  
cargada de pena, de añoranza innumerables generaciones”

Jack London

## 1. Introducción

La huelga ha vuelto con fuerza al debate público -si es que en algún momento dejó de estarlo-. Mientras que durante buena parte de 2023 el poderío cultural de Hollywood quedó suspendido dada la concurrencia de la huelga de su sindicato de actores y escritores<sup>1</sup>, en el Reino Unido, el panorama postpandemia ha estado colmado de huelgas en casi todos los sectores de la economía<sup>2</sup>.

En nuestra región, el gobierno de Javier Milei en Argentina adoptó una nueva política “anti-piquete” que fue recibida con una huelga general por parte de los sindicatos más representativos del país<sup>3</sup>. En México, por su parte, trabajadores de la automotriz *Audi* entran en huelga para procurar un aumento de salarios<sup>4</sup>. En otras latitudes de América Latina, la cuestión social<sup>5</sup> sigue igual de vigente, si bien algunos marcos normativos complican la manifestación conflictiva por vía de huelga.

Como corolario de todo lo anterior, el Consejo de Administración de la OIT tomó la excepcional -por poco común- decisión de acudir a la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en su competencia consultiva, a fin de dirimir la controversia sobre la consagración del derecho de huelga en el Convenio sobre

---

<sup>1</sup> “Acuerdo pone fin a 118 días de huelga en Hollywood”, Deutsche Welle, acceso el 30 de marzo de 2024, <https://www.dw.com/es/acuerdo-pone-fin-a-118-d%C3%ADas-de-huelga-en-hollywood/a-67349823>

<sup>2</sup> “Strike action”, BBC, acceso el 30 de marzo de 2024, <https://www.bbc.com/news/topics/cym524y9ejpt>

<sup>3</sup> “Los sindicatos argentinos plantan cara al ajuste de Milei con huelgas de transporte, salud y educación”, El País, acceso el 30 de marzo de 2024, <https://elpais.com/argentina/2024-02-22/los-sindicatos-argentinos-plantan-cara-al-ajuste-de-milei-con-huelgas-de-transporte-salud-y-educacion.html>

<sup>4</sup> “La huelga de más de 4000 trabajadores en Audi pone en el punto de mira el alza de salarios en México”, El País, acceso el 30 de marzo de 2024, <https://elpais.com/mexico/2024-02-01/la-huelga-de-mas-de-4000-trabajadores-en-audi-pone-en-el-punto-de-mira-el-alza-de-salarios-en-mexico.html>

<sup>5</sup> Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo* (Caracas: Tipografía La Nación, 1939), pp. 1-3.

la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), habida cuenta la imposibilidad de resolver la diatriba en el foro tripartito<sup>6</sup>.

Tomando todo ello en cuenta, este ensayo pretende brindar luces al lector con respecto a la controversia suscitada en el seno de la OIT, y también, plantar postura con respecto a la existencia o no del derecho a la huelga en el contenido del convenio antes referido. Para estos efectos, se comentará sobre (i) el Convenio núm. 87, su carácter y contenido, (ii) el derecho de huelga y la controversia de su derivación -o no- del sistema normativo OIT, (iii) algunas herramientas de interpretación que pueden brindar una respuesta *prima facie* al conflicto, y (iv) las conclusiones a las que se puede arribar de lo descrito.

## 2. El convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (en adelante, el Convenio o C087), fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en julio de 1948, año a todas luces virtuoso desde la perspectiva del avance de los Derechos Humanos<sup>7</sup>, dentro de lo que se ha denominado el *tiempo de los derechos*<sup>8</sup>. El Convenio venía a cristalizar, en una norma internacional particular, el derecho fundamental de la libertad sindical.

La libertad sindical se encuentra en el génesis mismo de la OIT, tal como se constata del preámbulo de su Constitución (1919) al expresar

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que **es urgente mejorar dichas condiciones**, por ejemplo, en lo concerniente a[ ] [...] **reconocimiento del [...] principio de libertad sindical**<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> OIT. *Informe de referencia de la Oficina para la 349ª (bis) reunión (extraordinaria) del Consejo de Administración*, GB.349bis/INS/1/1, 2023, pp. 13-15.

<sup>7</sup> Hacia solo unos meses, se habían adoptado tanto la Carta de la OEA (abril) y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (mayo), un par de meses después, se adoptaría la celeberrima Declaración Universal de los Derechos Humanos (diciembre).

<sup>8</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Editorial Sistema, 1991), pp. 109-112.

<sup>9</sup> OIT. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Versalles, 1919.

Posteriormente, su carácter fundamental se reafirmaría en la célebre Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT -Declaración de Filadelfia- de 1944, en su parte I, del modo “La Conferencia **reafirma los principios fundamentales** sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: [...] **la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante** [...]”<sup>10</sup> .

A más de un lector acucioso podría sorprenderle que la adopción de la primera norma internacional propiamente referida al asunto de la libertad sindical<sup>11</sup> en el marco de la OIT se llevara a cabo casi treinta años después de su fundación, y cuatro después de la Declaración de Filadelfia. Esto ha sido adjudicado a (i) la preocupación compartida entre trabajadores y empleadores de evitar el *dumping* social, dirigiendo sus esfuerzos a mejorar las condiciones de trabajo y vida, y (ii) la resistencia de los trabajadores de la regulación internacional de la libertad sindical, ante el temor de que ello pudiera abrir paso a injerencias<sup>12</sup>.

Ambos obstáculos fueron superados en última instancia, y en la 31ª reunión de la CIT, llevada a cabo en la ciudad de San Francisco, la Comisión de Libertad Sindical y de Relaciones de Trabajo -que había sido constituida el año anterior- adoptó sin oposición -aunque con ciertas incidencias que fueron resueltas durante el debate<sup>13</sup>, y con la sola abstención de los representantes del gobierno y de los empleadores de Sudáfrica<sup>14</sup> el proyecto de Convenio, que sería

---

<sup>10</sup> OIT. Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia 1944, resaltados propios.

<sup>11</sup> Es de hacer notar, sin embargo, que la libertad sindical ya había sido referida con anterioridad en el Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), que pretendía igualar los derechos de asociación y coalición entre los trabajadores agrícolas y los industriales. Al respecto: Humberto Villasmil Prieto, *Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano* (Caracas: UCAB, 2003), p. 26.

<sup>12</sup> Aranzázu Roldán Martínez, “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* vol. 7, número especial en conmemoración del centenario de la OIT (2019), p. 200.

<sup>13</sup> Harold Dunning, “Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación”, *Revista Internacional del Trabajo* vol. 117, n°2 (1998), p. 181.

<sup>14</sup> OIT. *Actas: Conferencia Internacional del Trabajo, 31ª Reunión, San Francisco, 1948*. (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1950), p. 463.

de seguidas adoptado por la CIT con 127 votos a favor y 11 abstenciones, con ninguna oposición<sup>15</sup>.

## 2.1. Contenido del Convenio

Ahora bien, es oportuno hacer un breve comentario, más pormenorizado, con respecto al contenido del C087, con el objeto de enmarcar su objetivo y alcance, así como, por supuesto, los mecanismos de los que se vale para ello. De tal forma, haremos un repaso sobre la estructura que tiene el Convenio, para así diseccionar cada aspecto relevante.

En su preámbulo, el C087 hace referencia a las disposiciones normativas que hemos relatado *ut supra*, contenidas en la Constitución y la Declaración de Filadelfia, así como al catálogo de principios para la reglamentación internacional de la libertad sindical adoptado por la CIT en su 30ª reunión, como fundamentos para su adopción<sup>16</sup>. Ya dentro del texto, podemos observar que consiste de cuatro partes, las cuales analizaremos de seguidas.

La Parte I “Libertad Sindical”, sin dudas la más sustancial del Convenio, se compone de 10 artículos, los cuales traducen el principio de libertad sindical en derechos sustantivos<sup>17</sup>, no sin antes indicar, de forma general, la obligación de los Estados de poner en práctica sus disposiciones (art. 1). En cuanto al contenido de la libertad sindical definido por el Convenio, se apunta a que el mismo

[A]puesta por reconocer y desarrollar de forma contundente y explícita el conjunto de facultades que engloban los derechos de libertad sindical y que tutela su contenido de forma directa e inmediata sin necesidad de acudir al derecho de igualdad o a la prohibición de discriminación.<sup>18</sup>

De tal modo, desde una dimensión individual, consagra el derecho de trabajadores y empleadores -sin distinción- a constituir organizaciones y afiliarse

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>16</sup> OIT. Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (núm. 87). San Francisco, 1948. Preámbulo.

<sup>17</sup> Harold Dunning, *op. cit.*, p. 182.

<sup>18</sup> Esther Carrizosa Prieto, “Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* vol. 3, n°3 (2015), p. 7.

a ellas (art. 2). Desde la dimensión colectiva, señala el derecho de las organizaciones a redactar sus estatutos, elegir a sus representantes, organizar su administración y actividades, y formular sus programas de acción (art. 3.1); así como el de constituir o afiliarse a federaciones o confederaciones (art. 5) que gozan de los mismos derechos antes indicados (art. 6).

Por otro lado, se señala que la adquisición de personalidad jurídica - nacimiento- de las organizaciones no puede estar sujeta a condiciones que limiten el ejercicio de sus derechos (art. 7), ni pueden las mismas ser disueltas o suspendidas por vía administrativa (art. 4). También se reconoce que el ejercicio de todos sus derechos por parte de los sujetos -trabajadores, empleadores u organizaciones- está supeditado al respeto a la legalidad, en las mismas condiciones que las demás personas o colectivos (art. 8.1).

Como única excepción aplicable a la cláusula “sin distinción” en el goce de los derechos sindicales de los trabajadores, se avala a los Estados a determinar, vía legislación nacional, hasta qué punto pueden ejercer dichos derechos los miembros de los cuerpos de policía y fuerzas armadas (art. 9), lo que en más de una ocasión se ha correspondido con una prohibición total de su ejercicio, si bien en otros casos se ejerce con limitaciones.

Es menester indicar que, si bien el C087 delimita la libertad sindical, también parte de su objeto es su protección ante la injerencia estatal<sup>19</sup>, de tal modo, el mismo componente normativo que consagra los derechos que se derivan de la libertad sindical, impone límites a las autoridades estatales para interferir con su ejercicio. Así las cosas, impide la autorización previa para la creación de o afiliación a organizaciones sindicales (art. 2); consagra un deber de abstención de cualquier intervención que pueda afectar el ejercicio de los derechos de autarquía organizacional y funcional de las organizaciones (art. 3.2); y, con relación a la legislación nacional y su aplicación, indica que ninguna de las mismas puede menoscabar las garantías consagradas por el Convenio (art. 8.2).

---

<sup>19</sup> En contraposición, el C098 “se centra en garantizar y tutelar los derechos sindicales de individuos y organizaciones frente a las injerencias privadas, especialmente, frente a las agresiones que provienen del ámbito empresarial” (Esther Carrizosa Prieto, *op. cit.* p. 10).

En último lugar, no podemos dejar de dedicar un par de líneas al célebre artículo 10, que incluye la *tautología virtuosa*<sup>20</sup>, de la cual emana un elemento clave del C087 -y de toda la normativa internacional del trabajo, por extensión-, ello es, la pretensión de mayor *abarcabilidad*<sup>21</sup>, entiéndase, la idea de integrar, en una especie de efecto centrípeto, que busca incorporar a la mayor cantidad de trabajadores -y empleadores-, así como sus organizaciones, en el amparo protectorio de la norma.

De tal manera, señala el artículo 10: “En el presente Convenio, el término **organización** significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”<sup>22</sup>. Así, el Convenio adopta un criterio finalístico, más que nominal o estructural, a los fines de determinar cuáles organizaciones son titulares de los derechos que consagra; en ese sentido, cualquier asociación entre personas -u organizaciones- será titular de libertad sindical, en tanto su objeto se dirija al fomento y defensa de los intereses de sus asociados -empleadores o trabajadores-.

La Parte II del Convenio, titulada “Protección del Derecho de Sindicación” se compone de un solo artículo, cuyo objeto es consagrar la obligación de los Estados parte a adoptar medidas “necesarias y apropiadas” para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de sindicación de trabajadores y empleadores. Aunado a lo señalado por el artículo 1, compone así su elemento obligacional, consistente en la obligación de (i) poner en práctica sus disposiciones y (ii) adoptar medidas para garantizar el derecho de sindicación.

En relación con la Parte III “Disposiciones Diversas”, los dos artículos que forman parte de ella (arts. 12 y 13) hacen referencia a los territorios no metropolitanos. La Parte IV “Disposiciones Finales” contiene cláusulas referidas a la ratificación, entrada en vigencia, denuncia, presentación de memorias y

---

<sup>20</sup> César Augusto Carballo Mena. “Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)* n°2 (2021), p. 148.

<sup>21</sup> Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, *Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo* (Caracas: ABediciones, 2016), p. 38.

<sup>22</sup> OIT. Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (núm. 87), *supra* nota al pie n°16, resaltados originales.

derogación del Convenio. Así, dispuso su entrada en vigor 12 meses después de que fuera ratificado por 2 Estados<sup>23</sup>; en el mismo sentido, luego de este hito, la entrada en vigor del Convenio con respecto a nuevas ratificaciones ocurre 12 meses después de ésta (art. 15). También consagra, en relación con las denuncias, una vigencia mínima de 10 años, la necesidad de llevar a cabo las denuncias en un período de un año después de la vigencia mínima -so pena de comprometerse a un nuevo período de igual extensión-, y la efectividad de la denuncia hasta un año después de su notificación, además del procedimiento de denuncia (art. 16).

## 2.2. El carácter fundamental del Convenio

Cincuenta años después de la adopción del C087, la CIT tuvo su 86ª reunión, de la cual emanó, quizás, el documento más importante para la gobernanza laboral internacional desde la Declaración de Filadelfia. Nos referimos a la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), que vino a reconfigurar, desde un plano *ius fundamental*, el modelo del sistema normativo internacional del trabajo.

Esta modificación se sustenta, de acuerdo con el texto de la propia declaración, en

[Q]ue al incorporarse libremente a la OIT, **todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia**, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas<sup>24</sup>.

De tal modo, la Declaración identifica en la propia Constitución de la OIT -y en la Declaración de Filadelfia, que la compone-, una serie de principios y derechos de naturaleza fundamental -por su pertenencia al texto constitucional-

---

<sup>23</sup> Cosa que ocurrió, efectivamente, el 4 de julio de 1950, tras las ratificaciones del Reino Unido (27 de junio de 1949) y Noruega (4 de julio de 1949). Véase, al respecto: “Ratificación del C087”, OIT, acceso el 30 de marzo de 2024, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312232:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO)

<sup>24</sup> OIT. Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, *supra* nota al pie n°10, resaltados propios.

, que sirven de base para toda la actividad de la OIT, la cual los miembros deben coadyuvar, en búsqueda de la consecución de los objetivos constitucionales.

Ahora, la Declaración señala “que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”<sup>25</sup>. Es decir, los convenios han *traducido y definido* el contenido constitucional, a obligaciones específicas y derechos concretos, respectivamente. En virtud de ello, la pertenencia a la OIT no puede entenderse solo como un compromiso en abstracto con la Constitución, sino uno de naturaleza específica, dado que las normas constitucionales se configuran, de manera definitiva, a través de lo expresado por los convenios.

Ahora, la categoría de los convenios fundamentales, propiamente, se define de acuerdo con el contenido de los mismos, en ese sentido, tras su enmienda en 2022, la Declaración señala que son los que se refieren a:

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

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

c) la abolición efectiva del trabajo infantil;

d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación;

y

e) un entorno de trabajo seguro y saludable.<sup>26</sup>

Así, el C087 se convierte en uno de estos convenios fundamentales, que vienen a elaborar de forma específica el contenido de la Constitución de la OIT, en su caso, en relación con el derecho -y principio- de libertad sindical, estableciendo los derechos y obligaciones específicos que hemos referido en la sección anterior.

Sobre todos los convenios fundamentales, incluido el C087, la Declaración dispone que todos los Estados miembros de la OIT, incluso cuando no han ratificado los mismos, tienen un compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios

---

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> *Ídem*, resaltados propios.

relativos a los derechos fundamentales”<sup>27</sup>. Así, la Declaración concibe, en cuanto a los convenios fundamentales, una especie de obligación *erga omnes* – extensible a todos los Estados miembros de la OIT- con respecto a los principios relativos a los derechos fundamentales.

Sin embargo, es menester hacer un par de precisiones con respecto a ello. La Constitución de la OIT solo consagra una obligación para los Estados que no hayan ratificado algún convenio -en relación con este-<sup>28</sup>, que es el envío de informes sobre legislación y prácticas relacionadas con el objeto del convenio. Al no haber sido adoptada por vía de enmienda constitucional (art. 36), mal podría la Declaración dejar esto sin efecto<sup>29</sup>.

En ese tenor, la Declaración tampoco creó un mecanismo especial de control sobre los principios y derechos fundamentales, de modo que no existe un procedimiento claro para la exigencia del cumplimiento de los mismos. Tampoco podrían exigirse éstos a través de los mecanismos generales de control, dado que ambos -reclamación y queja<sup>30</sup>- requieren la ratificación del convenio. La única excepción a este último postulado lo encontramos en lo referente a la libertad sindical -tema que nos ocupa- por la existencia del mecanismo especial de control del Comité de Libertad Sindical<sup>31</sup>.

Todo lo anterior no obsta, en nuestra consideración, a que la Declaración identifique, en el contenido de los convenios fundamentales, un *contenido necesario e irreductible*<sup>32</sup> de los derechos fundamentales, es decir, desde una

---

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> Nos referimos a la disposición contenida en la Constitución de la OIT, *supra* nota al pie n°9, en su artículo 19, numeral 5, literal e: “*En caso de un convenio: [...] si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio*”.

<sup>29</sup> Miguel Canessa Montejó, *Derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, 3ra edición (Bogotá: Universidad Externado, 2020), p. 199.

<sup>30</sup> OIT. Constitución, *supra* nota al pie n°9, artículos 24 y 26.

<sup>31</sup> Miguel Canessa Montejó, *op. cit.*, p. 201.

<sup>32</sup> Jordi Bonet Pérez, *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal* (Barcelona: Atelier, 2007), pp. 176-177.

lógica *ius constitutionalista* los convenios fundamentales reflejarían el contenido mínimo de los derechos y principios expresados en la Constitución, razón por la que la mera pertenencia a la OIT obliga a los Estados a ello.

Si observásemos la misma premisa con una perspectiva de Derecho Internacional, lo que la Declaración identifica en el contenido de los convenios fundamentales, no es otra cosa que normas imperativas<sup>33</sup> o un *ius cogens* OITiano<sup>34</sup>, siendo que, entre los Estados parte de la OIT -para nuestros efectos, la comunidad internacional- reconocen los principios y derechos consagrados en su Constitución y la Declaración de Filadelfia -cuya concreción encontramos en los convenios fundamentales- como normas sobre las que descansa el andamiaje jurídico laboral internacional<sup>35</sup>, razón por la cual, es inadmisibles un acuerdo en contrario.

Ahora, independientemente de la eficacia de la Declaración al reconocer la existencia de un núcleo duro, o normas de *ius cogens* para la OIT, somos de la opinión de que la misma, tarde o temprano, se incorporará al texto constitucional, como otrora la Declaración de Filadelfia<sup>36</sup>. En cuanto al alcance de estas notas, de lo que no nos puede quedar duda es que el C087, un convenio fundamental, es una norma esencial para el funcionamiento de la OIT, más particularmente incluso, dado que, como hemos señalado antes, se ha creado

---

<sup>33</sup> ONU. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados A/CONF.39/27 (1969). Viena, 1969. Artículo 53: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

<sup>34</sup> César Augusto Carballo Mena, “Derechos humanos laborales”, consultado del original, Caracas, 2024, p. 9.

<sup>35</sup> En similar sentido se ha pronunciado la Corte IDH, con respecto al principio de igualdad y no discriminación. Cfr. Entre otros: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101 y *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184.

<sup>36</sup> En similar sentido: Miguel Canessa Montejo, *op. cit.*, p. 203: “En nuestra opinión, resulta difícil sostener que en la etapa actual la Declaración de la OIT de 1998 tiene carácter vinculante. Sin embargo, nada impide que la Declaración transite el mismo proceso que la Declaración de Filadelfia y sea incorporada a la Constitución de la OIT, o que la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados la reconozcan como una norma consuetudinaria internacional”.

incluso un mecanismo especial de protección, con el Comité de Libertad Sindical, para hacer seguimiento a éste<sup>37</sup>.

### **3. La controversia sobre el derecho de huelga**

Visto lo anterior, pasamos a lo que representa el punto neurálgico de este comentario, que es lo referente al derecho a huelga, y su consagración -o no- en el C087. No es baladí esta discusión, dado que, más allá del Convenio, no hay otra norma internacional del trabajo que regule el ejercicio de este derecho. Así, su protección en el sistema de control normativo de la OIT depende, en buena medida, de la posición última sobre esta polémica.

Procederemos, entonces, a pasearnos por la regulación de la huelga en otros sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, para comprender los contornos del derecho; luego, haremos mención a la seguidilla de hechos que culminan con la presentación a la Corte Internacional de Justicia de una consulta sobre la consagración del derecho a huelga en el C087.

#### **3.1. Contenido del derecho de huelga y su protección**

En el lenguaje común, huelga se entiende como la “interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta”<sup>38</sup>, y más concretamente, en términos jurídicos, se concibe como el “derecho al abandono colectivo del puesto de trabajo como medio de presión para la defensa de los derechos laborales”<sup>39</sup>. Podemos asociar estas dos definiciones a una concepción más clásica del derecho a huelga, aquel que consiste en la interrupción del trabajo, ejercida colectivamente, como mecanismo de presión.

---

<sup>37</sup> Vale señalar que el CLS-OIT también se pronuncia sobre el Convenio sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (n°98) de 1949, que ha sido denominado como convenio hermano del que nos ocupa.

<sup>38</sup> RAE. Diccionario de la lengua española (2023), definición de “huelga”, <https://dle.rae.es/huelga>.

<sup>39</sup> RAE. Diccionario panhispánico de español jurídico (2024), definición de “huelga”, <https://dpej.rae.es/lema/huelga>.

Por su lado, expresa el Comité de Libertad Sindical que se entiende por huelga: “una interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”<sup>40</sup>. Dicha afirmación es coherente, pero amplía la noción de la huelga.

De tal forma, se vislumbra que el derecho de huelga tiene dos elementos esenciales concurrentes, uno material, que consiste en la interrupción o disminución<sup>41</sup> -aunque consideramos que lo más acertado sería “alteración”<sup>42</sup>- del trabajo; y uno intencional, siendo que la acción debe llevarse a cabo con un fin determinado, que guarde relación con la exigencia y protección de los derechos laborales, en sentido amplio.

Hacemos referencia al sentido amplio, y coincidimos con la Corte IDH en que existen tres categorías de huelga, en relación con este elemento. Hablamos de huelgas de naturaleza laboral -que buscan mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores-, las de naturaleza sindical -que buscan reivindicaciones colectivas de las organizaciones- y las que impugnan políticas públicas<sup>43</sup>. Todas las anteriores son finalidades que, en última instancia, se refieren a la defensa de los derechos laborales, o en general, los derechos de los trabajadores.

En lo que refiere a la titularidad, el derecho a la huelga es un derecho subjetivo que se ejerce colectivamente. Este ejercicio colectivo suele materializarse a través de las organizaciones sindicales, pero excepcionalmente, puede ejercerse de forma pluriindividual, a través de grupos pequeños de trabajadores<sup>44</sup>, o también, a través de asociaciones gremiales.

---

<sup>40</sup> OIT. *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ta edición (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2018), párr. 783.

<sup>41</sup> Esta noción admite no sólo la idea clásica de huelga, sino también las conocidas como huelgas de brazos caídos, la “operación morrocoy” o la huelga de celo.

<sup>42</sup> Esto, en tanto existen modalidades de huelga, denominadas “a la japonesa”, en la que se eleva el ritmo de producción hasta tanto el mismo sea contrario a los intereses del empleador, como mecanismo para generar presión.

<sup>43</sup> Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, párr. 99.

<sup>44</sup> César Arese, *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo* (Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014), p. 355.

Si bien, como hemos señalado anteriormente, no existe una norma internacional del trabajo que refiera expresamente la consagración de la huelga, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, varios tratados de gran importancia hacen referencia a este derecho, tanto en el sistema universal de protección de derechos humanos, como en los sistemas regionales. A ellos aludiremos de seguidas.

Nos referiremos, para no adelantar ningún juicio, exclusivamente a las normas que explícitamente reconocen el derecho a la huelga, dejando de lado aquellas que consagran el derecho de asociación o, incluso, el derecho de libertad sindical. En tal sentido, encontramos manifiestamente el derecho a la huelga en:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8, numeral 1, literal d, al reflejar que los Estados se comprometen a garantizar, entre otros: “El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”<sup>45</sup>;
- La Carta de la OEA, en su artículo 45, literal c, que expresa: “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 [...]”<sup>46</sup>;
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que indica, en su artículo 8, numeral 1, literal b, que los Estados garantizarán: “El derecho de huelga”<sup>47</sup>;
- La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en cuyo artículo 27 se dispone: “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”<sup>48</sup>;

---

<sup>45</sup> ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York, 1966.

<sup>46</sup> OEA. Carta de la Organización de Estados Americanos. Bogotá, 1948.

<sup>47</sup> OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. San Salvador, 1988.

<sup>48</sup> Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador. Río de Janeiro, 1947.

- La Carta Social Europea, que consagra, en su artículo 6, numeral 4: “El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor”<sup>49</sup>;
- En cuanto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 28, encontramos:

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga<sup>50</sup>.

Y, por último;

- La Declaración Sociolaboral del Mercosur, que, en su artículo 18, expresa:
  1. Los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes en cada Estado Parte.
  2. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad.<sup>51</sup>

En cuanto al ámbito constitucional, de acuerdo con la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR), las normas constitucionales de 93 países consagran el derecho a la huelga, brindándole, de este modo, protección del más alto nivel<sup>52</sup>. Esta realidad se refleja, particularmente, en el caso americano, en donde el derecho de huelga encuentra amplísimo reconocimiento<sup>53</sup>.

### 3.2. Controversia alrededor del derecho de huelga en la OIT

---

<sup>49</sup> Consejo de Europa. Carta Social Europea. Estrasburgo, 1961.

<sup>50</sup> Unión Europea. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Niza, 2000.

<sup>51</sup> Mercosur. Declaración Sociolaboral de Mercosur. Montevideo, 2015.

<sup>52</sup> OIT. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones “Dar un rostro humano a la globalización”*, ILC.101/III/1B, 2012, párr. 123-126.

<sup>53</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 *supra* nota al pie n°43, párr. 97.

Tan pronto como en 1959, la CEACR hizo referencia a la relación entre la huelga y la libertad sindical, indicando que la prohibición de la primera podría “constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales”<sup>54</sup>, conculcando así la segunda. Esta posición se profundizó luego, lo que llevó a la CEACR a afirmar que el derecho de huelga se deduce del C087, específicamente, de sus artículos 3 y 10.

Lo anterior se inserta dentro de una ya cincuentenaria protección del derecho a la huelga dentro del sistema normativo de la OIT, lo que ha conllevado incluso a que el Comité de Libertad Sindical, conjunto a la CEACR, se haya pronunciado con respecto a la huelga, definiendo límites a la misma, y fijando estándares que han servido, incluso, a los mecanismos de protección de derechos humanos<sup>55</sup>.

Todo ello, sin embargo, trajo consigo una gran debacle, en medio de la 101ª sesión de la CIT, en el año 2012. La CEACR sostuvo, como en muchas ocasiones anteriores, que el derecho de huelga se derivaba del C087, incluso calificándolo como un derecho fundamental<sup>56</sup>. Esto causó gran disgusto entre los representantes de los empleadores, quienes postularon que del contenido del C087 no podía derivarse sino, como máximo, un derecho general de huelga, lo que impediría las exhaustivas reglas sobre éste desarrolladas por la CEACR<sup>57</sup>.

La oposición de los empleadores se tradujo en una abstención de [P]articipar en el examen de casos de incumplimiento grave del C87 por parte de [E]stados miembros [...] A causa de esa abstención de los empleadores, en aquel año la Comisión de Normas de la CIT no examinó ningún caso individual, lo que nunca había sucedido desde su creación en 1926.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> OIT. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ante la 43ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Informe III (Parte IV), 1959, párr. 68.

<sup>55</sup> Véase, por todos: Corte IDH. *Caso de los extrabajadores del organismo judicial vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021.

<sup>56</sup> OIT. *Informe de la Comisión...* ILC.101/III/1B, 2012, párr. 117.

<sup>57</sup> Carlos Ernesto Molina. “¿Establece el Convenio 87 de la OIT el derecho de huelga?”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 4 n°12 (2024), p. 7.

<sup>58</sup> *Ídem*.

Aquello representó, sin dudas, lo que fue denominado como “una crisis institucional de gran envergadura”<sup>59</sup> en el seno de la OIT, lo que llevó al Consejo de Administración a plantearse dos propuestas de solución, en sesiones llevadas a cabo en noviembre de 2023. Las dos posibles soluciones consistían en (i) incluir un punto normativo en el orden del día de la 112ª sesión de la CIT, para la adopción de un protocolo al C087 referido al derecho de huelga o (ii) remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia para que se pronuncie al respecto, de conformidad con la Constitución de la OIT<sup>60</sup>.

La segunda opción fue la adoptada por el Consejo de Administración, tras haber sostenido sesiones extraordinarias a finales del año 2023, remitiéndose así, por primera vez a la Corte Internacional de Justicia, una solicitud de opinión consultiva en el marco de lo dispuesto por el artículo 37 de la Constitución de la OIT<sup>61</sup>.

### 3.3. La remisión del asunto a la Corte Internacional de Justicia

En su documento referido a las medidas a adoptar, el Consejo de Administración hace un comprehensivo resumen del conflicto, así como las posiciones antagónicas no sólo con respecto al fondo del asunto, sino, en general, sobre los mecanismos a adoptar para disipar la discrepancia<sup>62</sup>.

En síntesis, la divergencia gira en torno a dos aspectos: (i) el amparo del derecho de huelga por el C087, y (ii) la función de la CEACR en relación con la aplicación de los convenios<sup>63</sup>. Las posiciones de los empleadores y trabajadores son absolutamente incompatibles, tal como quedará demostrado de seguidas.

Los empleadores sostienen, con respecto al primer punto, que “la historia legislativa del C087 es indiscutiblemente clara en que el derecho de huelga no fue pasado por alto, sino que los constituyentes tripartitos, que fueron los

---

<sup>59</sup> OIT. *Informe de referencia...*, p. 9.

<sup>60</sup> Carlos Ernesto Molina, *op. cit.*, p. 9.

<sup>61</sup> Con anterioridad, se remitieron 6 solicitudes de opinión consultiva al Tribunal Permanente de Justicia Internacional -creado, como la OIT, por el Tratado de Versalles-, entre 1921 y 1932, cuando ocurrió la última solicitud de esta naturaleza. Véase: OIT. *Informe de referencia...* Apéndice II, pp. 50-51.

<sup>62</sup> OIT. *Informe de referencia...*

<sup>63</sup> *Ídem.*

legisladores del Convenio intencionalmente no incluyeron el derecho de huelga implícita o explícitamente”<sup>64</sup>. En relación con el segundo, los empleadores sostienen que la CEACR no tiene autoridad para interpretar los convenios y recomendaciones adoptados por la OIT, y por lo tanto “las interpretaciones de la CEACR no pueden, ni deberían, ser utilizadas como fundamento para determinar el alcance y los límites del derecho de huelga a nivel internacional”<sup>65</sup>.

En contraposición, los trabajadores sostienen, con respecto al primer punto, que “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones es fundamental y un corolario indisoluble de la libertad sindical y [ha encontrado protección] en varios instrumentos nacionales, internacionales y regionales de derechos humanos”<sup>66</sup>, y sobre el segundo aparte, consideran que la función de la CEACR -y los demás mecanismos de control-, pasa, necesariamente, por hacer una interpretación de la normativa aplicable, dígase, las normas internacionales del trabajo<sup>67</sup>.

Y en ese mismo tono, las posibles soluciones aportadas por cada grupo son igualmente dicotómicas, mientras que los empleadores proponían que la solución del conflicto yace en la CIT, que debe, a través de un diálogo social comprometido, dar claridad al asunto<sup>68</sup>; los trabajadores sostienen que la continuación del diálogo no traería ninguna solución, por la naturaleza de la disputa<sup>69</sup>.

Los trabajadores optaron, así, por apoyar decididamente la sumisión de la controversia a la competencia consultiva de la CIJ, que consideran vinculante para la OIT<sup>70</sup>; los empleadores mostraron resistencia, en tanto postulaban que

---

<sup>64</sup> OIE. *Comments to the Background report prepared by the Office* (2023), p. 5, del original: “The legislative history of C87 is indisputably clear that the right to strike was not overlooked but that the tripartite constituents who were the drafters of the Convention intentionally did not include the right to strike in any implicit or explicit way”.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 13, del original: “CEACR’s interpretations cannot and should not be used as the basis for determining at the international level the scope and limits of the right to strike”.

<sup>66</sup> CSI. *Comments of the International Trade Union Confederation on the Office Background report* (2023), párr. 49, del original: “[...] That the right to strike for workers and their organizations is fundamental and intrinsic corollary of freedom of association and the right to organize has found expression in the scope of various national, international and human rights instruments [...]”.

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> OIE. *Comments...*, p. 15, original en inglés.

<sup>69</sup> CSI. *Comments...*, párr. 45-48, original en inglés.

<sup>70</sup> CSI. *Comments...*, párr. 16-18, original en inglés.

la remisión del conflicto a un órgano jurisdiccional debería constituir únicamente una medida de *ultima ratio*<sup>71</sup>, y que incluso aquello no permitiría una resolución absoluta del mismo, dado que, por naturaleza, las opiniones consultivas de la CIJ no son vinculantes<sup>72</sup>.

En última instancia, y como hemos descrito antes, ninguno de los puntos de desencuentro encontró respuesta por vía de consenso. Así, el Consejo de Administración adoptó su decisión en la materia, haciendo énfasis en que “toda remisión a la Corte Internacional de Justicia tiene por objeto la resolución de las cuestiones o dificultades que se le sometan”<sup>73</sup>, dispuso remitir la solicitud de opinión consultiva con la siguiente pregunta: “**¿Está amparado el derecho de huelga de los trabajadores y de sus organizaciones en virtud del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)?**”<sup>74</sup>.

#### 4. Un asunto de interpretación

Siendo que ahora corresponde a la Corte Internacional de Justicia decidir, con carácter vinculante, sobre el derecho de huelga, debemos optar por echar mano de las herramientas de la interpretación jurídica para dilucidar, o al menos intentarlo, la posible respuesta que podría brindar este órgano jurisdiccional ante la cuestión planteada.

Así, haremos una revisión singularizada de las reglas de interpretación de los tratados, para luego proceder a comentar las modulaciones de las mismas cuando la interpretación se ejerce sobre el contenido de tratados en materia de Derechos Humanos, y nos referiremos, en último lugar, a las herramientas de interpretación que utiliza la teoría del originalismo. Todo lo anterior, con ánimos de evaluar los posibles argumentos de la CIJ.

---

<sup>71</sup> OIE. *Comments...*, p. 15, original en inglés.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 6, original en inglés.

<sup>73</sup> OIT. *Decisión de la 349ª (bis) reunión (extraordinaria) del Consejo de Administración*, GB.349bis/INS/1/1/Decisión, 2023.

<sup>74</sup> *Ídem.*

#### 4.1. Interpretación de tratados o convenios internacionales

La CIJ es un órgano jurisdiccional en materia de derecho internacional público, razón por la cual, debe atenerse a éste para decidir sobre sus controversias. Si bien no existe una lista exhaustiva y única de las fuentes del derecho internacional público, se ha reconocido ampliamente que el Estatuto de la CIJ brinda, en su artículo 38, las nociones fundamentales necesarias, siendo así, enumera las siguientes:

1. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
2. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
3. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
4. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59<sup>75</sup>.

Así, nos remitiremos, como indica el numeral 1 de la norma transcrita, a las convenciones o tratados internacionales como fuente principal de derecho internacional público. Acudiremos, entonces, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la norma más completa sobre la materia, la cual, además, ha sido reconocida por la OIT como norma de referencia para dirimir el asunto ante la CIJ<sup>76</sup>.

La Sección Tercera de la Parte III de la Convención, intitulada “interpretación de los tratados” incluye tres artículos, de los cuales, nos referiremos a dos, dada su relevancia. Indica el artículo 31: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe **conforme al sentido corriente que haya de**

---

<sup>75</sup> ONU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Haya, 1945. Artículo 38, numeral 1.

<sup>76</sup> OIT. *Informe de referencia...*, pp. 33-36.

**atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. [...]**<sup>77</sup>.

Así las cosas, se constituye la regla de interpretación, que consiste en atribuir a los términos su sentido -o significado- corriente, teniendo, al mismo tiempo, en cuenta el objeto y fin del tratado. Consideramos que se configura entonces una regla necesariamente compleja, es decir, no puede darse por satisfecha cuando sólo se atribuye a los términos su significado común, o cuando solo se atiende al objeto y fin del tratado.

De seguidas, la Convención señala, en su artículo 32, que cuando la interpretación derivada de esta regla resulte en oscuridades o ambigüedades, o arroje resultados manifiestamente absurdos o irrazonables, “Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, **en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración**”<sup>78</sup>. Se erigen, consecuentemente, ambas herramientas como mecanismos complementarios o auxiliares para la interpretación.

Para aplicar la regla al C087, primero debemos determinar cuál es el objeto o fin del mismo. Tal como hemos referido en la parte II de este comentario, el fin del C087 no es otro que proveer un marco mínimo universal de protección de la libertad sindical. Sería absurdo intentar reducir este marco mínimo exclusivamente a la constitución de organizaciones sindicales, dado que ello vaciaría de contenido el Convenio, puesto que no protegería la libertad sindical, sino un fatuo derecho a establecer organizaciones sin fin alguno.

Y esto se refleja en el texto del Convenio, cuando hace referencia al derecho de las organizaciones a “formular sus programas de acción”<sup>79</sup>. La lectura de dicho derecho debe hacerse coordinadamente con lo dispuesto por el artículo 10, al indicar que el término organización se refiere a toda aquella que tenga por objeto “fomentar y defender los intereses”<sup>80</sup> de sus asociados.

---

<sup>77</sup> ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota al pie n°33, artículo 31, resaltados propios

<sup>78</sup> ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota al pie n°33, artículo 32, resaltados propios

<sup>79</sup> OIT. Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (núm. 87), *supra* nota al pie n°16, artículo 3.

<sup>80</sup> OIT. Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (núm. 87), *supra* nota al pie n°16, artículo 10.

Al hacerlo, consideramos que, efectivamente, al término *programas de acción*, debe atribuírsele el sentido más amplio posible, no solo por el principio *favor libertatis* que está reflejado implícitamente en el texto del Convenio, sino porque lo contrario reduciría a un mínimo casi exclusivamente teórico el ámbito de protección del C087. De este modo, coincidimos con la CEACR y los trabajadores, en que debe entenderse el derecho de huelga como un corolario indisociable de la libertad sindical, que encuentra protección en el C087, a través de lo que se ha denominado como una interpretación dinámica, que a nuestro juicio no es otra cosa que la interpretación derivada de la correcta aplicación de la regla general dispuesta por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

#### **4.2. Interpretación de instrumentos internacionales sobre protección de Derechos Humanos**

Ahora bien, la regla analizada anteriormente se aplica, de forma general, a todos los tratados o convenios internacionales, sin importar su objeto. Sin embargo, la naturaleza de los tratados en materia de Derechos Humanos implica que la regla debe ser modulada para atender al objeto especialísimo de dichos instrumentos.

En primer lugar, debemos rescatar que, de forma inobjetable, el C087 constituye un tratado en materia de Derechos Humanos. Si bien la OIT no es, *stricto sensu*, un organismo destinado a la promoción y protección de los mismos, consideramos que, producto de su labor, se ha constituido como una instancia que también puede llevar a cabo dichas actividades, razón por la cual le son aplicables los principios generales de la materia.

El carácter de tratado de Derechos Humanos del C087 deviene de dos fuentes, (i) internamente, para efectos de la OIT, su clasificación dentro de la categoría de convenios fundamentales, que ya hemos comentado y (ii) externamente, para efectos de los sistemas internacionales de protección, que

el objeto que regula es, indudablemente, un derecho humano<sup>81</sup>, y en ese sentido, su contenido se ha utilizado como guía para la determinación del alcance y los límites de la libertad sindical en varios organismos de protección<sup>82</sup>.

Tal como ha referido la Corte IDH en reiterada jurisprudencia, la interpretación de tratados de Derechos Humanos no se escapa de las reglas generales de interpretación, que la misma ha calificado como interpretaciones literal -atribuir el sentido común a los términos-, sistemática -ateniendo a su contexto- y teleológica -refiriéndose a su objeto y fin-<sup>83</sup>.

La modulación de esta interpretación se origina en el principio *pro persona*, que a su vez se extrae de la característica de progresividad de los Derechos Humanos. En ese sentido, se han pronunciado la Corte IDH y el Tribunal Europeo similarmente, al señalar que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>84</sup>.

Esto ha sido categorizado como una interpretación evolutiva, compatible con las reglas dispuestas por la Convención de Viena<sup>85</sup>, y se erige como un mecanismo para ampliar el ámbito de protección de los Derechos Humanos, de acuerdo con el avance de los tiempos, evitando también que se pueda

---

<sup>81</sup> Véase, entre otros: Miguel Canessa Montejo, *op. cit.*, pp. 80-81; César Augusto Carballo Mena, *Derechos laborales... op. cit.*, p. 145 y; César Arese, *op. cit.*, pp. 349-352.

<sup>82</sup> Véanse, por todos: TEDH. *Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers vs. Reino Unido*, No. 31045/10. Sentencia de 8 de abril de 2014, párr. 27-36; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 *supra* nota al pie n°43, párr. 96 y; CADHP. *Caso Ajavon vs. Benín*, No. 062/2019. Sentencia de 4 de diciembre de 2020, párr. 129-142.

<sup>83</sup> Véase Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 175 y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 75 y ss.

<sup>84</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 193 y *El derecho a la información sobre asistencia consultar*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114 con cita, *inter alia*, a TEDH. Casos *Tyer vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de abril de 1978; *Marckx vs. Bélgica*. Sentencia de 13 de junio de 1979 y *Loizidou vs. Turquía*. Excepciones preliminares. Sentencia de 23 de marzo de 1995.

<sup>85</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, *supra* nota al pie n°83, párr. 58 y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 245.

retrogradar el mismo, respetando la característica de no regresividad, también propia de la categoría.

Al aplicar esta regla de interpretación, concluimos que, incluso si para el momento de la adopción del Convenio no existiese una relación indisoluble entre la libertad sindical y la huelga, la misma se ha configurado con el paso del tiempo, y a día de hoy, es imposible entender el derecho de libertad sindical sin el corolario de la negociación colectiva y la huelga, que se insertan como componentes esenciales de la primera<sup>86</sup>.

Esto puede deberse, en buena medida, a la labor de aplicación de convenios y recomendaciones de la CEACR y los demás organismos de control de la OIT, lo cual podría desvirtuar el argumento. Pero, lo cierto es que, incluso sin ello, ya se han pronunciado autónomamente múltiples mecanismos de protección de Derechos Humanos<sup>87</sup>, y buena parte de la doctrina, en ese mismo sentido, calificándola incluso como el instrumento más poderoso en la protección de derechos laborales<sup>88</sup>.

De tal manera, siendo que, por las razones antes expuestas, postulamos que el C087, por su contenido y lugar en el sistema normativo laboral internacional, ha de ser observado y aplicado como un tratado de Derechos Humanos, consideramos que al mismo han de aplicarse los principios propios de dicha categoría.

Así, debe aplicarse sobre su contenido la interpretación evolutiva, que busca dotar de un significado acorde al avance de los tiempos al contenido del mismo. Ello llevaría a la conclusión a la que hemos arribado, de que la huelga está, necesariamente, protegida por cualquier instrumento que proteja la libertad sindical, así como la libertad sindical está protegida indefectiblemente por la categoría general de la libertad de asociación.

---

<sup>86</sup> César Augusto Carballo Mena. *Libertad Sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales* (Caracas: 2012), pp. 167-170.

<sup>87</sup> Véase, entre otros: CADHP. *Caso Ajavon vs. Benín*, supra nota al pie n°82, párr. 132; Corte IDH. *Caso de los extrabajadores del organismo judicial vs. Guatemala*, supra nota al pie n°55, párr. 107-109 y; TEDH. *Caso Ognevenko vs. Rusia*, No. 44873/09. Sentencia de 20 de noviembre de 2018, párr. 20-22.

<sup>88</sup> TEDH. *Caso Hrvatski Liječnički sindikat vs. Croacia*, No. 36701/09. Sentencia de 27 de noviembre de 2014, párr. 59.

### 4.3. La interpretación de acuerdo con las tesis originalistas

En este último apartado nos planteamos la posibilidad de que la CIJ deseche lo alegado con respecto a la interpretación de los tratados en materia de Derechos Humanos -lo que, a nuestro juicio- sería incorrecto-, y aplique estrictamente la regla de interpretación de la Convención de Viena sobre el C087, desatendiendo incluso a su objeto y fin. Nuestra hipótesis es que, incluso en un caso como éste, la conclusión arrojaría el reflejo del derecho de huelga en el Convenio.

Si bien la(s) tesis del originalismo son propias de la interpretación constitucional, consideramos que las mismas cabrían dentro de las reglas de la Convención de Viena, dado que no colisionaría con la misma, sino que la complementarían en la labor de determinación del significado corriente o común de los términos. Nos ocuparemos, así, de dilucidar, aplicando dicha metodología, el significado de los términos controvertidos.

Anteriormente hemos señalado que

De acuerdo a Solum [...] existen dos tesis que se representan como las ideas centrales del originalismo, en cualquiera de sus acepciones. La primera tesis es la de la fijación, que nos indica que el significado que busca obtener el intérprete es aquel que fue fijado en el momento de la adopción de la norma, dando certeza con respecto a la vinculación que tiene la norma con sus autores. Luego, la tesis de más reciente adopción, que es la del significado público original (*original public meaning*) [...] del cual derivamos que el significado, que entendemos fijado, es también aquel que, de la lectura de la norma, habría entendido el destinatario de esta, ergo, la gente común<sup>89</sup>.

Así, nos encontramos frente al originalismo “de intenciones originales” y al originalismo “de significado público original”. En el primero, nos remitiríamos a las intenciones expresadas por los legisladores -en las actas o diarios de debates, especialmente<sup>90</sup>- para encontrar su significado. En el segundo, que

---

<sup>89</sup> Anselmo Coelho Hernández, “El Derecho a La Fiel interpretación De La Constitución Y Una Mirada Hacia El Originalismo”, *Revista de la Facultad de Derecho* n°76 (2024), p. 317.

<sup>90</sup> En el caso de los tratados internacionales, serían los trabajos preparatorios.

consideramos más acertado, se hace caso omiso a las intenciones internas de los legisladores, y se atiende al significado común que habrían asignado los destinatarios de la norma a los términos.

Sin ánimos de convertir esto en una investigación histórica, valdría preguntarse en qué se podía traducir el término “programas de acción” visto desde la mirada de los receptores de la norma, es decir, de los trabajadores, empleadores y gobiernos. Es nuestra percepción, que, al hacer un análisis pormenorizado al respecto, la huelga seguiría apareciendo como consecuencia necesaria de la libertad sindical.

Y es que la huelga se encuentra en la propia génesis de la libertad sindical, al igual que la negociación colectiva -que, nadie duda, es un componente fundamental de ésta-, y de tal forma, está protegida por el Convenio. Ello se ve reforzado al afirmar que la redacción del C087 tiene un carácter más amplio que mínimo. Es decir, debemos observar las normas con la idea de que las mismas pretenden abarcar la mayor cantidad de manifestaciones de conducta posibles, no únicamente un grupo restringido de ellas, razón por la que los términos utilizados tienen una intencionada vaguedad.

Sostenemos, entonces, que es inadmisibles que se entienda el contenido del C087 como exclusivo del componente organizativo y el carácter autárquico de la libertad sindical. Su contenido debe incluir también las actividades, como la negociación colectiva, a través de las cuales las organizaciones defienden los intereses de sus agremiados. Y, de la misma manera, consideramos que la negociación colectiva no podría encontrar protección en ausencia de huelga, dado que “Sin huelga lo que hay es mendicidad colectiva”<sup>91</sup>.

## 5. Conclusiones

Procedemos, así, a esbozar algunas conclusiones. Debemos enmarcarlas en la actualidad del debate sobre la huelga, al que hemos hecho referencia al comenzar estas líneas. No queda duda de que, aunque el mundo del trabajo está

---

<sup>91</sup> Corte Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*). Caso 1 AZR 822/79. Sentencia de 10 de junio de 1980. Del original: “Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als kollektives Bettel (Roger Blanpain).”

sufriendo constantes transformaciones, hay ciertos *actores, escenarios e intervenciones*<sup>92</sup> que se mantienen como protagonistas, entre ellos, la huelga tiene un espacio especial.

La pacífica adopción del Convenio 87, en aquella Conferencia de 1948, venía influida por el que ha sido denominado como “espíritu de Filadelfia”<sup>93</sup>, en donde el tripartismo se encontraba en su máxima expresión alrededor de las ideas de dignidad, justicia y paz social. Este espíritu influyó también en la adopción de múltiples instrumentos de protección de Derechos Humanos, tanto universales como regionales.

Aquella época de concordia ha quedado, lamentablemente, atrás. Hoy nos enfrentamos al declive de las democracias, el aumento de la polarización y el ocaso tardío del Siglo XX, que se lleva consigo muchas de sus virtudes. En la OIT, la mayor evidencia de este hecho ocurrió con la crisis de 2012, pero sigue manifestándose, cuando incluso dentro del Consejo de Administración no se llegó a un acuerdo por consenso sobre las medidas a tomar.

Ahora recae sobre la Corte Internacional de Justicia una labor fundamental. Durante los últimos 90 años no tenemos un precedente de una decisión similar, pero si en algo coincidimos con parte importante de la doctrina<sup>94</sup>, es que estamos en un cambio de época, más que una época de cambios. Quizás esta sea tan sólo la primera serie de disputas ante la CIJ que emanen ahora de la OIT, y el sistema de control normativo deba desecharse para volverse a construir. Sería una fortuna equivocarnos con respecto a esto.

Lo cierto es que, se repita o no, esta situación ha develado lo débil del tripartismo, y, en consecuencia, lo débil de la democracia. Es posible que, con un diálogo social profundo y comprometido, se hubiera alcanzado una solución definitiva al respecto, bien sea por la vía de la adopción de un protocolo o,

---

<sup>92</sup> Juan Raso Delgue, “Actores y escenarios de las relaciones laborales del Siglo XXI”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 4 n°12 (2024), p. 170.

<sup>93</sup> Alain Supiot, *El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total* (Barcelona: Península, 2011).

<sup>94</sup> Al respecto, véase: Juan Raso Delgue, “El Derecho Del Trabajo del Siglo XXI Y la Caída de los Paradigmas: Seis Propuestas para el Cambio”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 3 n°9 (2022) y comentarios de César Carballo, María Bernardoni de Govea, Humberto Villasmil y Rafael Albuquerque en “Transición Digital y Derecho del Trabajo” (coloquio internacional) organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, el 1 de marzo de 2023.

incluso, un convenio específico sobre la huelga. Los temores -fundados- de cada parte con respecto a la alteración del *status quo* evitaron que esto ocurriera, lo que conllevó a dirimir el asunto por otras vías.

La CIJ tiene frente a sí un asunto de máxima relevancia, no sólo en el marco de la OIT y su sistema de control normativo, sino, en general, sobre la vigencia y aplicación de las normas de derecho internacional. Esto conllevará, predecimos, a que la Corte opte por un razonamiento restringido, de compromiso, que les evite ser los causantes de un gran movimiento telúrico en las bases mismas del Derecho Internacional.

Nuestra posición es que el derecho de huelga está protegido por el Convenio 87, y tal como hemos argumentado, consideramos que la interpretación que la CIJ realice sobre el Convenio no podría arrojar un resultado diferente. Es probable, sin embargo, que la relevancia de la materia genere en la Corte la necesidad de encontrar un razonamiento más restringido, de compromiso, para no afectar su legitimidad. Esto podría traducirse, y no nos oponemos a ello, a la concepción de un derecho de huelga más genérico en el C087<sup>95</sup>, del cual no pueda derivarse toda la doctrina que han establecido los órganos de control de la OIT, especialmente la CEACR.

Independientemente de la decisión de la Corte, volveremos a necesitar de los consensos del tripartismo, si no es con respecto a la huelga, lo será con respecto a los nuevos retos del mundo del trabajo, que abundarán conforme sigamos avanzando. Y de vuelta, así como la huelga sigue estando en el escenario, lo debe volver a estar el espíritu de consenso y el compromiso por la justicia social que han transitado a lo largo de la historia de la OIT.

---

<sup>95</sup> Carlos Ernesto Molina, *op. cit.*, p. 14.

## Bibliografía

- ARESE, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- CALDERA, R. (1939). *Derecho del Trabajo*. Caracas: Tipografía La Nación.
- CANESSA MONTEJO, M. (2020). *Derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, 3ra edición. Bogotá: Universidad Externado.
- CARBALLO MENA, C. A. (2021). “Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)* n°2: 136-162.
- CARBALLO MENA, C. A. (2012). *Libertad Sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales*. Caracas.
- CARBALLO MENA, C. A. (2024). “Derechos humanos laborales”, consultado del original. Caracas.
- CARRIZOSA PRIETO, E. (2015). “Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* vol. 3, n°3: 1-30.
- COELHO HERNÁNDEZ, A. (2024). “El Derecho a La Fiel interpretación De La Constitución Y Una Mirada Hacia El Originalismo”, *Revista de la Facultad de Derecho* 76: 311-337.
- DUNNING, H. (1998). “Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación”, *Revista Internacional del Trabajo* vol. 117, n°2: 167-187.
- BONET PÉREZ, J. (2007). *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal* (Barcelona: Atelier)
- MOLINA, C. E. (2024). “¿Establece el Convenio 87 de la OIT el derecho de huelga?”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 4 n°12: 1-15.
- OIT (1950). *Actas: Conferencia Internacional del Trabajo, 31ª Reunión, San Francisco, 1948*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- OIT (2023). *Decisión de la 349ª (bis) reunión (extraordinaria) del Consejo de Administración*, GB.349bis/INS/1/1/Decisión.
- OIT (2012). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones “Dar un rostro humano a la globalización”* (ILC.101/III/1B).
- OIT (1959). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ante la 43ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Informe III (Parte IV).
- OIT (2023). *Informe de referencia de la Oficina para la 349ª (bis) reunión (extraordinaria) del Consejo de Administración* (GB.349bis/INS/1/1).
- OIT (2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ta edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- RASO DELGUE, J. (2024). “Actores y escenarios de las relaciones laborales del Siglo XXI”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 4 n°12: 148-171.
- RASO DELGUE, J. (2022). “El Derecho Del Trabajo Del Siglo XXI Y La caída De Los Paradigmas: Seis Propuestas Para El Cambio”, *Revista Jurídica del Trabajo* vol. 3 n°9: 176-204.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2019). “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* vol. 7, número especial en conmemoración del centenario de la OIT: 197-217.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*. Barcelona: Península.
- VILLASMIL PRIETO, H. (2003). *Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano*. Caracas: UCAB.
- VILLASMIL PRIETO, H. y CARBALLO MENA, C. A. (2016). *Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo*. Caracas: ABediciones.

### Recursos electrónicos

BBC (2024). “*Strike action*”. Acceso el 30 de marzo. Disponible en:

<https://www.bbc.com/news/topics/cym524y9ejpt>

DEUTSCHE WELLE (2024). “*Acuerdo pone fin a 118 días de huelga en Hollywood*”. Acceso el 30 de marzo. Disponible en:

<https://www.dw.com/es/acuerdo-pone-fin-a-118-d%C3%ADas-de-huelga-en-hollywood/a-67349823>

EL PAÍS (2024). “*La huelga de más de 4000 trabajadores en Audi pone en el punto de mira el alza de salarios en México*”. Acceso el 30 de marzo.

Disponible en: <https://elpais.com/mexico/2024-02-01/la-huelga-de-mas-de-4000-trabajadores-en-audi-pone-en-el-punto-de-mira-el-alza-de-salarios-en-mexico.html>

EL PAÍS (2024). “*Los sindicatos argentinos plantan cara al ajuste de Milei con huelgas de transporte, salud y educación*”. Acceso el 30 de marzo.

Disponible en: <https://elpais.com/argentina/2024-02-22/los-sindicatos-argentinos-plantan-cara-al-ajuste-de-milei-con-huelgas-de-transporte-salud-y-educacion.html>

---

**EL NEXO CAUSAL ENTRE EL SUICIDIO Y LA VIOLENCIA  
LABORAL. SU PRUEBA MEDIANTE LA AUTOPSIA  
PSICOLÓGICA**

**THE CAUSAL LINK BETWEEN SUICIDE AND WORKPLACE  
VIOLENCE. ITS PROOF THROUGH PSYCHOLOGICAL  
AUTOPSY**

Ignacio Agustín BARLOCCI

*Licenciado en Psicología, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Maestrando en Psicología y Educación, Universidad de la República (Uruguay). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2328-9807>.*

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

Fecha de envío: 20/12/2023

Fecha de aceptación: 25/03/2024

---

## EL NEXO CAUSAL ENTRE EL SUICIDIO Y LA VIOLENCIA LABORAL. SU PRUEBA MEDIANTE LA AUTOPSIA PSICOLÓGICA

Ignacio Agustín BARLOCCI

*Universidad de la República (Uruguay)*

---

**Resumen:** Este trabajo aborda la prueba del vínculo causal cuando los suicidios de los trabajadores se atribuyen al entorno laboral. Este estudio se lleva a cabo mediante la práctica pericial conocida como autopsia psicológica, la cual, entre otros propósitos, busca determinar las razones que llevaron a una persona a tomar la decisión de suicidarse. Se trata estudio reflexivo que utiliza la doctrina del Derecho y de la Psicología, y analiza la jurisprudencia sobre el uso de las autopsias psicológicas en Uruguay. Se concluye que la prueba pericial a través de una autopsia psicológica es un medio de prueba válido y aceptado por la jurisprudencia de Uruguay.

**Palabras clave:** Violencia laboral - Prueba pericial - Autopsia psicológica - Suicidio

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Violencia y acoso laboral. 3. Vínculo entre violencia laboral y el suicidio. 4. Autopsia psicológica y la prueba del nexo causal. 5. Conclusiones.

**Abstract:** This paper addresses the proof of the causal link when worker suicides are attributed to the work environment. This study is conducted through the expert practice known as psychological autopsy, which, among other utilities, aims to determine the causes that led a person to decide to commit suicide. It is a reflective study that utilizes legal and psychological doctrine, while analyzing jurisprudence concerning the use of psychological autopsies in Uruguay. It is

concluded that expert evidence through a psychological autopsy is a valid and admitted means of evidence by the jurisprudence of Uruguay.

**Keywords:** Workplace violence - Expert evidence - Psychological autopsy - Suicide

**Summary:** 1. Introduction. 2. Workplace violence and harassment. 3. Link between workplace violence and suicide. 4. Psychological autopsy and the proof of the causal link. 5. Conclusions.

## 1. Introducción

La violencia laboral, en su amplio espectro, representa un atentado a los derechos fundamentales de aquellos que desempeñan roles laborales, ejerciendo un impacto directo en su bienestar físico y, más aún, socavando sus fuentes de ingresos mediante sanciones injustas, licencias médicas forzadas o despidos, ya sea que estos sean injustificados o realizados de manera encubierta.

Esto genera distintas consecuencias, médicas, psicológicas, jurídicas y/o económicas. Dentro de ellas la más importante es la afectación al derecho a la vida, derecho sin el cual no se podría gozar de los otros. Y en este punto me estoy refiriendo al suicidio como consecuencia de la violencia laboral.

La gran pregunta aquí es cómo probar que el suicidio de una persona trabajadora fue a causa de la violencia en el trabajo.

Y es que en muchas ocasiones la práctica indica que ya de por sí es difícil probar, a modo de ejemplo, una situación de acoso moral mediante la exclusión social del trabajador por parte de sus compañeros. Más complejo de acreditar se torna demostrar que debido a esto un trabajador se haya suicidado.

Posiblemente tengamos testigos en el trabajo, en el hogar de la persona trabajadora, quienes podrán alegar ante un tribunal que el fallecido se sentía angustiado en el trabajo. ¿Este caudal probatorio alcanza para probar la relación causal entre la violencia laboral y el suicidio? En mi opinión sí, sin perjuicio de que hay que estudiar el tema caso a caso. A su vez hay que considerar que “en la mayoría de los casos, la conducta acosadora busca generar un daño al trabajador, éste puede no manifestarse debido a la fortaleza y personalidad del prestador de servicios”<sup>1</sup>.

Pero sea la posición que se tenga al respecto, entiendo que es oportuno probar mediante prueba pericial una cuestión que tiene que ver con la salud mental y la medicina, y que por lo tanto escaparía del conocimiento jurídico de los magistrados.

---

<sup>1</sup> Marquina Gutierrez, K. (2020). La prevención del acoso laboral como manifestación del poder empresarial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 1(3), p. 79.

En algunos casos los suicidios se producen debido a diferentes causas. ¿Cómo saber (y probar) que a pesar de todos los conflictos que pueda padecer una persona se debe a episodios de violencia laboral? Porque aunque probemos que el trabajador era maltratado en el trabajo eso no prueba per se que el suicidio se haya consumado por ese motivo y no por ejemplo, por problemas económicos o por otros padecimientos.

También podemos estar ante un escenario opuesto en el que el trabajador se haya suicidado pero queriendo encubrir el acto suicida como un accidente. Este es:

Uno de los escenarios que origina mayor confusión resulta el diagnóstico diferencial de aquellas muertes que aparentemente refieren la ocurrencia de un accidente y que, además, presentan elementos de interés criminalístico que orientan a los investigadores a pensar en un posible suicidio<sup>2</sup>.

Esto suicidio simulado, como por ejemplo, como un siniestro de tránsito en una zona rural, se puede deber a la intención de la persona de no querer generarle culpa a sus allegados, que no piense que ellos pudieron tener una actitud que evite el suicidio.

Y esto en un proceso judicial complejiza la reparación a los accionantes, volviendo complejo probar un suicidio que el trabajador realizó con la intención que no se pueda saber qué sucedió realmente: si un acto suicida o un accidente.

Ante todo este panorama probatorio que narre de manera introductoria, considero que la prueba idónea para determinar la causa del suicido es la autopsia psicológica.

Las autopsias psicológicas son herramientas fundamentales en el ámbito laboral, especialmente cuando se enfrentan situaciones delicadas como los casos de suicidio. Estas evaluaciones permiten un examen exhaustivo y multidisciplinario de los factores psicológicos, emocionales y situacionales que rodean la vida de una persona, así como las circunstancias que llevaron a su fallecimiento por suicidio.

---

<sup>2</sup> Ceballos-Espinoza, F. (2015). Aplicación forense de la autopsia psicológica en muertes de alta complejidad. *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, p. 68.

En el contexto laboral, las autopsias psicológicas proporcionan una comprensión más profunda de los eventos que pueden haber contribuido al suicidio de un empleado. Estas evaluaciones no solo se centran en la causa directa de la muerte, sino que buscan identificar y analizar los factores psicológicos, laborales, sociales y personales que podrían haber desencadenado o contribuido al acto fatal.

## 2. Violencia y acoso laboral

Dentro del ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el artículo 1, numeral 1 del Convenio 190, no establece una distinción clara entre los conceptos de violencia y acoso, considerándolos como términos que abarcan las diversas formas de agresión hacia los trabajadores, ya sea por parte de sus superiores, de sus compañeros, de su personal a cargo o de clientes. No obstante, en el siguiente numeral de esta norma se plantea que “la violencia y el acoso pueden ser definidos en la legislación nacional como un concepto único o separado”. En cuanto a esta amplitud de la definición jurídica “podría decirse que la ambigüedad amenaza contra la aplicación concreta y precisa de la norma”<sup>3</sup>.

A los efectos de este trabajo, el estudio de la autopsia psicológica, es indiferente si concibe a la violencia laboral y al acoso como dos conceptos iguales o subsumidos. Sin importar la distinción jurídico, en el plano de la psicología ambas conductas pueden causar que un trabajador atente contra su vida.

Sin perjuicio se definirá las distintas formas de manifestación de la violencia en el trabajo.

Es así que la violencia laboral se concibe como cualquier acción u omisión que sea incompatible con el concepto de un trabajo digno y esté dirigida a un empleado, como resultado directo de su actividad laboral, con la intención de menoscabar su “dignidad, honor, integridad psíquica o física”<sup>4</sup> o que sea

---

<sup>3</sup> Arese, C. (2021). La poderosa y compleja definición de violencia y acoso laboral en el Convenio 190. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 2(6), p. 119.

<sup>4</sup> Mangarelli, C. (2022). El Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso y su importancia a nivel mundial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 3 (8), p. 193.

susceptible de causar de, existiendo una “Indiferencia de la efectivización del daño”<sup>5</sup>.

Puede manifestarse de diversas formas, como el acoso moral y el mobbing.

En lo referente al concepto de acoso moral en el ámbito laboral, en nuestro Uruguay no existe una definición específica, y son pocos los países que han definido jurídicamente estas conductas<sup>6</sup>. Esto sin perjuicio del abordaje de la Ley 18.561 respecto al acoso sexual.

El acoso moral, también conocido como acoso psicológico o acoso emocional, implica acciones repetitivas que degradan, humillan, intimidan o causan estrés a un trabajador, afectando su dignidad o creando un ambiente laboral hostil. Esta forma de violencia laboral puede incluir la exclusión, la manipulación de información, los insultos, la intimidación, entre otros comportamientos<sup>7</sup>.

Por otro lado, el mobbing se refiere a un tipo específico de acoso laboral que se caracteriza por una serie de acciones hostiles, recurrentes y prolongadas dirigidas hacia un individuo en el entorno laboral. Estas acciones pueden provenir de un superior, compañeros de trabajo o incluso subordinados, con el objetivo de aislar, desacreditar o marginar a la persona afectada.

### **3. Vínculo entre violencia laboral y el suicidio**

El vínculo entre la violencia laboral y el suicidio es un tema serio y preocupante que ha recibido atención en diversos estudios y análisis. Si bien la relación directa puede ser compleja de establecer debido a la multitud de factores que intervienen en un acto tan trágico como el suicidio, se ha observado una

---

<sup>5</sup> Arese, C. (2021). La poderosa y compleja definición de violencia y acoso laboral en el Convenio 190. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 2(6), p. 115.

<sup>6</sup> Giuzio, G. (2011). El mobbing o acoso moral en el trabajo. Un enfoque jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho*, 31, p. 187.

<sup>7</sup> Marquina Gutierrez, K. (2020). La prevención del acoso laboral como manifestación del poder empresarial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 1(3), 72-95.

correlación entre la exposición a situaciones de violencia laboral y un mayor riesgo de suicidio en algunos casos<sup>8</sup>.

La violencia laboral, que puede manifestarse como acoso moral, mobbing, discriminación, abuso de poder o condiciones de trabajo extremadamente estresantes, puede tener efectos devastadores en la salud mental de los trabajadores. Esta situación puede generar estrés crónico, ansiedad, depresión, disminución de la autoestima y sentimientos de desesperanza, todos los cuales son factores de riesgo para problemas de salud mental graves, incluido el suicidio<sup>9</sup>.

Los estudios han demostrado que las personas que experimentan violencia laboral de manera repetida y prolongada tienen una mayor probabilidad de experimentar problemas de salud mental y, en algunos casos, pueden llegar a considerar el suicidio como una salida a la situación de sufrimiento que enfrentan en el trabajo<sup>10</sup>.

Es esencial abordar y prevenir la violencia laboral no solo por sus efectos inmediatos en el bienestar de los trabajadores, sino también por el potencial impacto en la salud mental a largo plazo y el riesgo de suicidio. Las organizaciones, los empleadores y los gobiernos deben implementar políticas y medidas preventivas que promuevan entornos laborales seguros, respetuosos y saludables. Esto incluye brindar apoyo psicológico a los trabajadores afectados, implementar programas de prevención del acoso laboral, fomentar una cultura organizacional positiva y proporcionar recursos para abordar y manejar situaciones de violencia en el trabajo.

La concienciación, la formación en salud mental y la promoción de un entorno laboral que valore el bienestar de los empleados son aspectos cruciales para prevenir la violencia laboral y reducir el riesgo de problemas de salud mental

---

<sup>8</sup> Jasso, R. (2013). La dimensión espacial del suicidio y su vínculo con el mercado laboral mexicano (2000-2004). *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 11 (1), 189-216.

<sup>9</sup> Berenchein, N. (2014). Suicidio, trabajo y sociedad: la "muerte voluntaria" en el modo de producción capitalista. *Salud de los Trabajadores*, 22 (1), 29-38.

<sup>10</sup> Jasso, R. (2013). La dimensión espacial del suicidio y su vínculo con el mercado laboral mexicano (2000-2004). *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 11 (1), 189-216.

graves, incluido el suicidio, derivados de este tipo de situaciones en el lugar de trabajo.

#### **4. Autopsia psicológica y la prueba del nexo causal.**

Una autopsia psicológica (AP) se efectúa mediante un procedimiento minucioso realizado por uno o varios profesionales especializados, quienes emiten un informe técnico sobre aspectos psicológicos relevantes en casos en donde la persona objeto del examen no está presente, ya sea porque se desconoce su paradero o porque ha fallecido<sup>11</sup>.

Sin perjuicio de que hoy en día tiene distintas utilidades en la psicología forense, pues se utiliza en casos de homicidios, para determinar el perfil de secuestradores y poder hallar a las personas secuestradas, o incluso para determinar la capacidad civil de un testador fallecido en el momento en que otorgó un testamento, las autopsias psicológicas inicialmente fueron utilizadas con fines de investigación médica.

El objeto de estas pericias era determinar las causas de suicidio de los jóvenes de California, Estados Unidos, con la finalidad de desarrollar políticas sanitarias de prevención. También se consideraban de utilidad las autopsias psicológicas debido “el estudio psicológico de una víctima de suicidio y el esclarecimiento de sus circunstancias mentales al momento de su muerte pueden arrojar datos terapéuticos para familiares y allegados, e incluso para la comunidad”<sup>12</sup>.

La AP tiene como objetivos clave determinar las causas y circunstancias de la muerte en casos confusos y establecer el momento y la secuencia temporal del deceso<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Azambuya, F., Guerrero, M., Perazza, R., Sista, M., y Suárez, V. (2023). *Autopsia Psicológica. Adaptación Metodológica para Uruguay del Modelo de Autopsia Psicológica Integrado: MAPI*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.

<sup>12</sup> Jiménez, I. (2001). La autopsia psicológica como instrumento de investigación. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 30 (3), p. 273.

<sup>13</sup> Ebert, B. (1987). Guide to Conducting a Psychological Autopsy. *Professional Psychology. Research and Practice*, 18(1), 52-56.

Esta evaluación se fundamenta en la aplicación de métodos y técnicas científicas propias de la psicología, con el fin de analizar y comprender factores psicológicos asociados con el comportamiento humano<sup>14</sup>.

En este sentido, la autopsia psicológica puede explorar diversos aspectos, como la evaluación de la capacidad mental, el estado emocional o la personalidad en relación con un delito o un conflicto legal<sup>15</sup>.

En el ámbito de las autopsias psicológicas, se emplean distintas metodologías en donde se destaca la creada por la Dra. Teresita García Pérez: el Modelo de Autopsia Psicología Integrada (MAPI). Esta técnica requiere la colaboración de un equipo de expertos de diferentes áreas, como psicólogos, médicos, abogados, entre otros profesionales multidisciplinarios.

El MAPI es “Uno de los modelos de autopsia psicológica más difundidos en el ámbito hispanoamericano”<sup>16</sup>, y es el único que tiene adaptada su metodología para su uso en Uruguay.

Esta metodología consiste en entrevistarse con los familiares y allegados de la persona fallecida, conocer la escena del hecho (del suicidio en este caso, y del homicidio cuando corresponda), recolectar y analizar pertenencias del trabajador<sup>17</sup>, para así, por medio de un análisis pericial, conocer las causas de la decisión de la persona suicida. Desde la psicología forense se enseña que “el trabajo en la escena del crimen y la evaluación retrospectiva de la víctima constituyen los elementos de mayor consistencia a la hora de definir una causa de muerte como suicidio”<sup>18</sup>.

En Uruguay esta técnica pericial fue usada en un caso en donde la familia de un trabajador le atribuía el suicidio del mismo al ambiente laboral de su

---

<sup>14</sup> Álvarez, G. (2022). Dictámenes periciales y metapericias en Psicología Forense. Respuestas a las preguntas jurídicas. *Revista Crítica de Derecho Penal*, 2, 435-450.

<sup>15</sup> Álvarez, G. (2022). Dictámenes periciales y metapericias en Psicología Forense. Respuestas a las preguntas jurídicas. *Revista Crítica de Derecho Penal*, 2, 435-450.

<sup>16</sup> Abudi, S., Cortina, J., Mele, A., y Sánchez, P. (2021). Manual de práctica forense para profesionales de la psicología. Ed: Paidós. p. 170.

<sup>17</sup> Ghe, E. (2015). Autopsia psicológica: método de investigación criminal. VII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXII Jornadas de Investigación XI. Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

<sup>18</sup> Ceballos-Espinoza, F. (2015). *Aplicación forense de la autopsia psicológica en muertes de alta complejidad*. *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, p. 69.

trabajo. Los peritos se entrevistaron con tres familiares de la persona suicida y a un supervisor del trabajador.

En la Sentencia 110/2023 del Tribunal de Apelaciones Civil de 6º Turno se consignó que:

Dichos peritos explicaron que la autopsia psicológica se trata de un proceso de recolección y análisis de datos biográficos, sociales y contextuales de la vida del fallecido. La metodología consistió en la lectura exhaustiva del expediente judicial y la realización de entrevistas semi-estructurales a informantes calificados a los efectos de poder reconstruir la historia de vida de la persona fallecida (aspectos de la personalidad, estado de salud, relaciones familiares y laborales, etc.), haciendo hincapié especialmente sobre los últimos días de su vida.

De la pericia realizada se descartó el nexo causal entre la causa del suicidio y el ambiente laboral.

## **5. Conclusiones**

La violencia en el entorno laboral puede tener consecuencias muy graves para la salud de los trabajadores, llegando incluso a desencadenar situaciones extremas como el suicidio. Es fundamental reconocer que esta problemática puede influir en la salud mental y emocional de las personas que la experimentan, y en algunos casos, puede desencadenar decisiones trágicas como el acto suicida.

Determinar si existe un vínculo causal entre el suicidio y el ambiente laboral representa un desafío complejo para los involucrados en litigios o procesos legales. Especialmente en contextos judiciales, establecer esta conexión resulta complicado debido a la multitud de factores que pueden influir en la decisión final de una persona.

Las autopsias psicológicas, como herramientas periciales, pueden desempeñar un papel crucial en la investigación para confirmar o descartar las causas de un suicidio.

En Uruguay, estas autopsias se admiten y utilizan tanto en procesos penales como en casos relacionados con el ámbito laboral, brindando

información valiosa que contribuye a la comprensión de los factores involucrados en estos eventos lamentables.

## Bibliografía

- ABUDI, S., CORTINA, J., MELE, A., y SÁNCHEZ, P. (2021). *Manual de práctica forense para profesionales de la psicología*. Ed: Paidós.
- ÁLVAREZ, G. (2022). Dictámenes periciales y metapericias en Psicología Forense. Respuestas a las preguntas jurídicas. *Revista Crítica de Derecho Penal*, 2, 435-450.
- ARESE, C. (2021). La poderosa y compleja definición de violencia y acoso laboral en el Convenio 190. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 2(6), 104-124.
- AZAMBUYA, F., GUERRERO, M., PERAZZA, R., SISTA, M., y SUÁREZ, V. (2023). *Autopsia Psicológica. Adaptación Metodológica para Uruguay del Modelo de Autopsia Psicológica Integrado: MAPI*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.
- BERENCHTEIN, N. (2014). Suicidio, trabajo y sociedad: la “muerte voluntaria” en el modo de producción capitalista. *Salud de los Trabajadores*, 22 (1), 29-38.
- CEBALLOS-ESPINOZA, F. (2015). Aplicación forense de la autopsia psicológica en muertes de alta complejidad. *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, 65-74.
- EBERT, B. (1987). Guide to Conducting a Psychological Autopsy. *Professional Psychology. Research and Practice*, 18(1), 52-56.
- GHE, E. (2015). *Autopsia psicológica: método de investigación criminal*. VII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXII Jornadas de Investigación XI. Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- GIUZIO, G. (2011). El mobbing o acoso moral en el trabajo. Un enfoque jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho*, 31, 185-192.
- MANGARELLI, C. (2021). *Acoso y violencia en el trabajo: enfoque jurídico* (2da edición). Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.
- MANGARELLI, C. (2022). El Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso y su importancia a nivel mundial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 3(8), 179–202.

- MARQUEZ GARMENDIA, M. (2009). Acoso sexual en el trabajo y en la enseñanza, *rev. Der. Lab.LII*(235). pp. 509-528.
- MARQUINA GUTIERREZ, K. (2020). La prevención del acoso laboral como manifestación del poder empresarial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 1(3),
- JASSO, R. (2013). La dimensión espacial del suicidio y su vínculo con el mercado laboral mexicano (2000-2004). *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 11 (1), 189-216.
- JIMÉNEZ, I. (2001). La autopsia psicológica como instrumento de investigación. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 30 (3), 271-276.
- PERALTA, M. (2004). El acoso laboral – mobbing – perspectiva psicológica, *Revista de Estudios Sociales*, 18, pp. 111-122.
- ROSSI, R. (2022). *Tutela Judicial Efectiva en materia laboral. La carga de la prueba desde el derecho del trabajo*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.
- SASÍAS, L. (2015). *Acoso sexual en la Ley 18.561: Análisis de las penas y las reparaciones desde la perspectiva del derecho civil*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.

---

**LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS RIESGOS  
PSICOSOCIALES EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS DE LAS  
ÚLTIMAS NOVEDADES**

**THE REGULATION OF PSYCHOSOCIAL RISKS IN SPAIN: AN  
ANALYSIS OF THE LATEST DEVELOPMENTS**

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad  
de Santiago de Compostela (España).*

[silviafernandez.martinez@usc.es](mailto:silviafernandez.martinez@usc.es)

Fecha de envío: 25/04/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

*Universidad de Santiago de Compostela (España)*

---

**Resumen:** El presente artículo analiza la regulación jurídica de los riesgos psicosociales en España, desde la perspectiva de la tutela preventiva y reparadora, con especial atención a las últimas novedades normativas y jurisprudenciales sobre la temática.

**Palabras clave:** Riesgos psicosociales - Prevención de riesgos laborales - Patologías psicosociales - Enfermedad profesional - Accidente de trabajo

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Marco normativo aplicable a los riesgos psicosociales en España. 2.1. El tratamiento de los riesgos psicosociales en otros instrumentos. 2.2. El papel de la negociación colectiva. 3. El deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos psicosociales. 4. La tutela ofrecida por la Seguridad Social a las patologías derivadas de la exposición a riesgos psicosociales: entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. 5. Conclusiones.

**Abstract:** The paper analyses the legal regulation of psychosocial risks in Spain, from the Occupational Health and Safety and Social Security perspective, with special attention to the latest regulatory and case-law developments about the topic.

**Keywords:** Psychosocial risks - Occupational health and safety - Psychosocial pathologies - Occupational disease - Workplace hazard

**Summary:** 1. Introduction. 2. Regulatory framework on psychosocial risks in Spain. 2.1. The treatment of psychosocial risks in other instruments. 2.2. The role of collective bargaining. 3. The employer's duty to protect workers against psychosocial risks. 4. The protection provided by Social Security to pathologies derived from exposure to psychosocial risks: between workplace hazards and occupational diseases. 5. Conclusions.

## 1. Introducción

En España, el pasado mes de febrero de 2024 se celebró la primera reunión de la Mesa de Diálogo Social para tratar la reforma de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). Uno de los principales temas que la citada Mesa se propone abordar es la adaptación de la actual normativa de prevención de riesgos laborales para adecuarla a las nuevas formas de trabajo, prestando especial atención a los riesgos psicosociales<sup>1</sup>. De hecho, los riesgos psicosociales tienen un peso importante en la nueva Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2023-2027<sup>2</sup>, que se refiere a ellos en distintas ocasiones. En concreto, prevé una serie de medidas, como, por ejemplo, el desarrollo de campañas de la ITSS sobre estrés laboral, la elaboración de orientaciones prácticas y herramientas electrónicas para gestionar los riesgos psicosociales, la constitución de un grupo de trabajo sobre esta temática en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo o, en fin, la generación de conocimiento sobre el *burnout* y estrés postraumático en el sector sanitario, sociosanitario y asistencial.

En todo caso, en tanto no se produce la anunciada reforma de la LPRL, resulta necesario analizar cómo se regulan, en la actualidad, los riesgos psicosociales en España.

## 2. Marco normativo aplicable a los riesgos psicosociales en España

De manera muy similar a lo que ocurre a nivel internacional<sup>3</sup> y en el ámbito de la Unión Europea<sup>4</sup>, en España, no existe un tratamiento jurídico sistemático

---

<sup>1</sup> Véase la información publicada por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social: *Trabajo aborda con los agentes sociales la actualización de la Ley de prevención de riesgos laborales*, disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4297>

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027>

<sup>3</sup> Aunque, recientemente, la OIT ha adoptado Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190), no hay, en el plano internacional, ninguna norma internacional del trabajo que resulte de aplicación a todos los tipos de riesgos psicosociales.

<sup>4</sup> La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo

de los riesgos psicosociales. No contamos con un concepto general de riesgos psicosociales ni en la normativa preventiva (LPRL) ni en la de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Asimismo, tampoco se ha aprobado ningún Reglamento de desarrollo de la LPRL dedicado a este tipo específico de riesgo laboral.

Ante la ausencia de una regulación jurídica completa de los riesgos psicosociales, la jurisprudencia, la negociación colectiva y la labor de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) han sido fundamentales para poder ofrecer una tutela a los trabajadores frente a estos riesgos laborales.

Con todo, pese a que los riesgos psicosociales no se mencionan, de manera expresa, en la LPRL, como se verá después, la norma de referencia en el ámbito preventivo sí que contiene algunas referencias indirectas a aquellos. Asimismo, los riesgos, los factores de riesgo o los factores psicosociales también se citan, de forma aislada, en otras normas. Por último, también es posible encontrar referencias normativas a determinados tipos específicos de riesgos psicosociales.

En cuanto a las referencias generales a los riesgos psicosociales en normas distintas de la LPRL, cabe mencionar, por un lado, la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre<sup>5</sup>, que cita los riesgos psicosociales en la parte A del Anexo III, cuando se refiere a los tipos de riesgos que habrán de tenerse en cuenta en las evaluaciones de riesgos laborales. Por otro lado, la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario, menciona los factores psicosociales hasta en dos ocasiones. En primer lugar, en su art. 4.3, señala que “el empresario tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluyendo los factores psicosociales y la

---

(Directiva Marco) no se refiere, de manera expresa, a los riesgos psicosociales y, por el momento, tampoco se ha aprobado una Directiva específica sobre ellos.

<sup>5</sup> Por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas.

organización del trabajo”. En segundo lugar, el art. 5.3 establece que la evaluación de riesgos tiene que tener en cuenta, entre otros, los factores psicosociales laborales.

De manera más reciente, Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, ha sido la primera norma con rango de ley que, en la sección dedicada a la prevención de riesgos laborales, se ha referido, de manera expresa, a los factores psicosociales. En concreto, cuando regula la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, el art. 16 señala que deberán tenerse en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención, entre otros, en los factores psicosociales.

En cuanto a las alusiones a tipos específicos de riesgos psicosociales, en primer lugar, cabe citar el art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en el que se hace referencia al riesgo de fatiga informática. En concreto, el citado artículo indica que, en la política interna sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital que ha de elaborar el empresario, se deberán incluir acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, para evitar el riesgo de fatiga informática.

En segundo lugar, de manera reciente, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), ha sido la primera norma jurídica que se ha referido, de manera expresa, a la violencia sexual como un riesgo laboral. El citado artículo señala que “las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”. En concreto, en su art. 12.2, la LOGILS ha incluido una serie de obligaciones pertenecientes al ámbito de la prevención de riesgos laborales, como son, el deber de realizar la evaluación de riesgos laborales, el de informar a los trabajadores de los riesgos laborales y el de formarlos en esta materia. Ahora bien, las citadas obligaciones solo resultan de aplicación para las trabajadoras mujeres.

Por último, hay que mencionar el art. 1.2 del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que ha añadido una disposición adicional decimoctava a la LPRL, en la que se recoge una referencia a la violencia contra las mujeres. Ahora bien, dicha disposición resulta aplicable, únicamente, en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En concreto, la citada disposición señala las personas trabajadoras con la mencionada relación laboral de carácter especial, “tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres”.

### **2.1. El tratamiento de los riesgos psicosociales en otros instrumentos**

Pese a la ausencia de un marco normativo claro y sistemático sobre los riesgos psicosociales en España, sí que existen distintos instrumentos de carácter técnico dedicados a este tipo de riesgos.

En primer lugar, cabe destacar el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales<sup>6</sup>. La ITSS sigue la interpretación común a todas las inspecciones europeas, que entienden que los riesgos psicosociales están incluidos, tácita e implícitamente, en la Directiva Marco. Por lo tanto, este Criterio deja claro que la ITSS verificará que se cumplan las obligaciones del empresario en relación con los riesgos psicosociales. La ITSS considera que los riesgos psicosociales son uno de los riesgos frente a los que el empresario tiene que proteger al trabajador y, en el Criterio Técnico, aquella se refiere a las particularidades que existen en términos de evaluación de riesgos y de adopción de medidas preventivas, así como también a las consecuencias, desde la perspectiva de la responsabilidad, derivadas de las actuaciones de la ITSS.

---

<sup>6</sup>

Disponible

en:

[https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_104\\_21.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf)

En segundo lugar, como órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) también ha elaborado distintos documentos sobre los riesgos psicosociales, entre los que destacan las Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales<sup>7</sup>, del año 2022, así como diversas Notas Técnicas de Prevención (NTP), sobre distintos tipos de riesgos psicosociales, como, por ejemplo, el tecnoestrés o el acoso psicológico en el trabajo, entre otros<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, ante la ausencia de una definición legal o jurisprudencial clara de acoso psicológico, resulta de gran relevancia la definición del mismo contenida en la NTP 854, en la que se define como “la exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”. Tal y como puede apreciarse, en esta definición no se exige demostrar la intención del autor de provocar un daño a la víctima del acoso psicológico. Por último, el INSST también ha elaborado una serie de herramientas para evaluar los riesgos psicosociales, como, por ejemplo, el método FPSICO<sup>9</sup>.

Asimismo, de manera reciente, se ha publicado la norma UNE-ISO 45003:2021 sobre gestión de la seguridad y salud en el trabajo, seguridad y salud psicológicas en el trabajo, que contiene directrices para la gestión de los riesgos psicosociales.

## 2.2. El papel de la negociación colectiva

De conformidad con el art. 2.2 LPRL, la normativa preventiva tiene el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, por lo que los convenios

---

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/directrices-basicas-para-la-gestion-de-los-riesgos-psicosociales-ano-2022>

<sup>8</sup> En el siguiente enlace puede consultarse el listado de las NTP relacionadas con los riesgos psicosociales: <https://www.insst.es/normativa/riesgos-psicosociales/listado-de-ntp>

<sup>9</sup> Disponible en: <https://www.insst.es/documentacion/herramientas-de-prl/aip/fpsico-factores-psicosociales-metodo-evaluacion-version-4-1-2022>

colectivos solo podrán mejorar lo dispuesto en la LPRL y en su normativa de desarrollo. Ahora bien, la negociación colectiva también puede integrar lagunas legales. En consecuencia, a falta de un marco normativo sistemático sobre los riesgos psicosociales, la negociación colectiva juega un papel importante en la regulación de este tipo de riesgos. Así lo reconoció el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2015, 2016 y 2017)<sup>10</sup>, que incorporó en España el Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés ligado al trabajo, del año 2004, y señaló que los contenidos del Acuerdo Marco Europeo deberían servir de referencia cuando se aborden estas materias en los convenios colectivos.

En este sentido, son varios los convenios colectivos que recogen cláusulas específicas sobre los riesgos psicosociales<sup>11</sup>, en las que, por ejemplo, se incluyen referencias expresas a la obligación del empresario de llevar a cabo la evaluación de riesgos psicosociales, se regulan protocolos de actuación frente al acoso sexual o moral o, en fin, se prevé la impartición de formación específica.

### **3. El deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos psicosociales**

Tal y como ha podido apreciarse, con carácter general, las referencias normativas a los riesgos psicosociales se recogen en normas aplicables a determinados sectores de actividad, como, por ejemplo, el sanitario u hospitalario, o a modalidades específicas de prestación de servicios, como, por ejemplo, el trabajo a distancia. En consecuencia, cabe plantearse si existe o no un deber general del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos psicosociales o si la obligación de protección se limita a aquellos ámbitos en los que la normativa aplicable menciona expresamente a los riesgos psicosociales.

---

<sup>10</sup> Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017.

<sup>11</sup> Véase, UGT, *Guía. Identificación y análisis de las cláusulas incluidas en la Negociación Colectiva en materia de Riesgos Psicosociales*, 2018. Disponible en: <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiawebnegociacion.pdf>

Para responder a esta pregunta, es necesario tener en cuenta que, aunque no los cita de manera expresa, cabe entender que la LPRL sí contiene unas referencias indirectas a los riesgos psicosociales.

En primer lugar, el art. 4.7 LPRL define las condiciones de trabajo como “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”, entre ellas “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador” [art. 4.7.d) LPRL]. En consecuencia, es posible deducir que los factores psicosociales, susceptibles de dar lugar a factores de riesgo psicosocial, se identifican con las condiciones de trabajo citadas en el apartado d) del art. 4.7 LPRL. Aquellos están relacionados con la organización del trabajo e incluyen tanto aspectos psicológicos, entendidos como el conjunto de circunstancias que pueden influir en el estado de ánimo del trabajo (por ejemplo, realización de tareas inferiores a su categoría profesional, salario, aislamiento, sistema de gestión) como sociales (interrelación del trabajador con el superior jerárquico, con los compañeros o con los clientes).

En segundo lugar, de conformidad con el art. 14.2 LPRL, el empresario tiene el deber de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio “en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. Por lo tanto, tanto la jurisprudencia, en concreto el Tribunal Supremo<sup>12</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, como la doctrina<sup>14</sup> han venido admitiendo que la tutela preventiva frente a los riesgos psicosociales encaja en la LPRL, debido a que puede quedar incluida en la obligación general de seguridad del empresario, que le impone el deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, por lo que también quedarían incluidos los de

---

<sup>12</sup> STS de 16 febrero 2016 (núm. rcud. 250/2014). En concreto, en esta sentencia, el TS entendió que el empresario estaba obligado a identificar y evaluar los riesgos psicosociales, utilizando un método adecuado que aporte confianza en su resultado.

<sup>13</sup> STC 160/2007, de 2 de julio. En esta sentencia, el TC se refiere a la relación entre los riesgos psicosociales y la vulneración del derecho a la integridad física y moral regulado en el art. 15 CE, siempre y cuando exista relación de causalidad entre los hechos y el cuadro psicopatológico y el riesgo fuese previsible.

<sup>14</sup> Véase, por todos, BALLESTER PASTOR, A. (2013). “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, p. 17.

carácter psicológico, aunque el art. 14 LPRL no los mencione de forma expresa. En síntesis, cabe entender que el deber de protección del empresario se extiende a los riesgos psicosociales, por lo que todas las medidas preventivas previstas en la LPRL y, en primer lugar, la más importante -la evaluación de riesgos laborales- resultan de aplicación en el caso de los riesgos psicosociales.

La posición consolidada existente en España está en línea con lo que ocurre en el ámbito de la UE, dónde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya venía señalando, desde hace algún tiempo, que el empresario estaba obligado a evaluar todos los riesgos presentes en el lugar de trabajo<sup>15</sup>. En todo caso, el TJUE sí que ha mencionado de manera expresa los riesgos psicosociales en una sentencia reciente y ha determinado que, de la Directiva Marco se desprende que “los empresarios están obligados a evaluar y prevenir los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores vinculados a su entorno laboral, entre los que figuran ciertos riesgos psicosociales, como el estrés o el agotamiento profesional”<sup>16</sup>.

En tercer lugar, también es posible encontrar una referencia indirecta a los riesgos psicosociales en el art. 15.1.d) LPRL<sup>17</sup>, que configura, como uno de los principios de la acción preventiva, “la adaptación del trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”.

#### **4. La tutela ofrecida por la Seguridad Social a las patologías derivadas de la exposición a riesgos psicosociales: entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional**

---

<sup>15</sup> STJUE de 15 de noviembre de 2001 (Asunto C- 49/00). Si bien en esta sentencia el TJUE no hacía referencia, de manera expresa a los riesgos psicosociales, señalaba lo siguiente: “es preciso, asimismo, indicar que los riesgos profesionales que han de ser objeto de una evaluación por parte de los empresarios no están determinados definitivamente, sino que evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales”.

<sup>16</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021 (Asunto C-344/19).

<sup>17</sup> Igartua Miró, María Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, p. 31.

La exposición a riesgos psicosociales puede provocar daños para la salud de los trabajadores, que se conocen con el nombre de patologías psicosociales. De hecho, los últimos datos apuntan que el número de bajas laborales por problemas de salud mental está aumentando en los últimos años<sup>18</sup>. Como ejemplos de este tipo de patologías es posible citar la ansiedad, la depresión o el síndrome del trabajador quemado o *burnout*, situaciones que pueden llegar, incluso, a provocar el suicidio del trabajador que las padece.

En consecuencia, es necesario analizar qué tutela reparadora se ofrece desde el ámbito de la Seguridad Social a los trabajadores que han visto afectada su salud debido a la exposición a riesgos psicosociales en el trabajo. En concreto, en España, las patologías de carácter mental pueden ser calificadas como contingencias de carácter profesional (enfermedad profesional o accidente de trabajo) o común (enfermedad común).

La enfermedad profesional se define en el art. 157 LGSS como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006, siempre y cuando la citada enfermedad esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se especifiquen para cada una de ellas. Por lo tanto, en España, y sin perjuicio de las matizaciones que ha ido introduciendo el TS en supuestos específicos, el cuadro de enfermedades profesionales se configura como una lista cerrada<sup>19</sup>, ya que en el mismo tiene que estar incluida tanto la enfermedad como el agente que la provoca y la actividad en la que se desarrolla. Si se cumplen los tres requerimientos exigidos legalmente, la enfermedad se podrá calificar, de forma automática, como enfermedad profesional, en los términos previstos en el art. 157 LGSS, sin necesidad de que el trabajador pruebe la relación causal entre la exposición al agente y la patología sufrida.

---

<sup>18</sup> UGT, *Salud mental y trabajo*, 2023. Disponible en: <https://www.ugt.es/sites/default/files/SALUD%20MENTAL%20Y%20TRABAJO%202.pdf>

<sup>19</sup> TODOLÍ, A., MUÑOZ RUIZ, A.B., MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2023). *La salud mental y la prevención de riesgos laborales. Los problemas de salud mental como accidentes de trabajo*. UGT País Valencià. Universitat de València, p. 47.

En todo caso, el citado Real Decreto no incluye un grupo de enfermedades profesionales causadas por la exposición a factores de riesgo psicosocial, ni en su Anexo I, en el que se contiene el cuadro actual de enfermedades profesionales, ni tampoco en el Anexo II, que recoge una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro.

Por su parte, el accidente de trabajo se define en el art. 156.1 LGSS como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o consecuencia del ejecute cuenta ajena”. Asimismo, el art. 156.2.e) LGSS también atribuye la consideración de accidentes de trabajo a las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, pero que no cumplan los requisitos previstos en el art. 157 LGSS para ser consideradas enfermedades profesionales, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo. Este tipo de enfermedades que son consideradas, a efectos de tutela de la Seguridad Social, como accidentes de trabajo, han sido denominadas por la jurisprudencia como “enfermedades del trabajo”.

Por último, según el art. 158.2 LGSS, se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, según lo dispuesto en los arts. 156 y 157 LGSS.

Teniendo en cuenta el marco normativo actual, en España, las patologías derivadas de la exposición a riesgos psicosociales no pueden considerarse enfermedades profesionales, porque no aparecen recogidas en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006.

En consecuencia, para poder ofrecer una tutela reparadora a los trabajadores en estos casos, con carácter general, los tribunales han reconducido las patologías de carácter psicosocial al concepto de accidente de trabajo previsto en el art. 156.2.e) LGSS. Sin embargo, la consideración de las citadas patologías como accidente de trabajo plantea una serie de dificultades. Así, según la posición jurisprudencial mayoritaria, este tipo de dolencias de carácter mental solo podrán calificarse como accidente de trabajo si tienen como

causa exclusiva la ejecución del trabajo<sup>20</sup>. Así ha ocurrido en una reciente sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona<sup>21</sup>, que califica como accidente de trabajo el trastorno psíquico padecido por un moderador de contenidos de internet, al considerar que el contenido de su actividad tenía la aptitud para desencadenar la citada patología, y no se han acreditado otras circunstancias, ajenas al trabajo, susceptibles de provocarla.

Ahora bien, en la medida en que se trata de patologías en las que los factores extra laborales tienen una incidencia importante, no siempre es sencillo demostrar que el problema de carácter mental se ha producido por motivos exclusivamente laborales, por lo que se plantean grandes dificultades a la hora de probar el nexo causal entre el trabajo y la patología.

Los tribunales han utilizado una serie de criterios para apreciar la concurrencia de la causa exclusiva, tales como la existencia de problemas laborales, la inexistencia de patologías previas o de otras causas ajena al trabajo<sup>22</sup>. En consecuencia, si no se logra probar la existencia de causa exclusiva, la patología se calificará como enfermedad común<sup>23</sup>.

Ahora bien, también cabe mencionar que está empezando a desarrollarse una nueva posición jurisprudencial, por el momento, minoritaria, que realiza una interpretación flexible del requisito de la causa exclusiva al que alude el art. 156.2.e) LGSS, y se decanta por el criterio de la prevalencia, es decir, la patología psicosocial se calificará como accidente de trabajo cuando el trabajo sea la causa principal o prevalente de la misma<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (recurso núm. 1320/1999), confirmada por Auto TS de 26 de octubre de 2000 (recurso núm. 4379/1999). En el caso que resuelve la sentencia, el trabajador era jefe de taller con una personalidad perfeccionista y obsesiva surgida al estar en contacto con personas con las que trabaja. Queda probado que el desgaste anímico del trabajador es lo que ha dado lugar a la IT y se ha acreditado la naturaleza del procedimiento y su conexión directa y exclusiva con la prestación laboral, por lo que se califica la incapacidad temporal como derivada de accidente de trabajo.

<sup>21</sup> Sentencia núm. 13/2024, 12 de enero. Para un comentario de esta sentencia, véase: LOUSADA AROCHENA, J.F. (2024). "Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet". En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2.

<sup>22</sup> TODOLÍ, A., MUÑOZ RUIZ, A.B., MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. *op. cit.*, p. 53 y ss.

<sup>23</sup> STSJ Canarias (Las Palmas) de 17 de abril de 2015 (recurso núm. 1404/2014).

<sup>24</sup> STSJ Valencia de 15 de septiembre de 2015 (recurso núm. 159/2015), STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 de junio de 2017 (recurso núm. 1607/2016).

## 5. Conclusiones

Pese a que la LPRL no los cita de manera expresa, en los últimos años, en España, se han incluido menciones a distintos tipos específicos de riesgos psicosociales en normas ajenas al ámbito preventivo, como ha ocurrido, por ejemplo, en la LOGILS con la violencia sexual, o en el RD-ley 16/2022, que cita la violencia contra las mujeres. Ahora bien, con este tipo de intervenciones se corre el riesgo de mencionar algunos aspectos y olvidar otros igualmente relevantes, sin tener en cuenta las particularidades de la normativa preventiva, creando todavía más problemas para su ya de por sí compleja aplicación práctica.

En consecuencia, y sin perjuicio de que no cabe duda de que, en la actualidad, el empresario está obligado a proteger a los trabajadores frente a todos los riesgos psicosociales, pues así lo han venido defendiendo tantos los tribunales como la ITSS, desde un punto de vista sistemático, se entiende que sería conveniente realizar una reforma integral de la LPRL, para incluir una referencia expresa a los riesgos psicosociales. La apertura de la Mesa de Diálogo Social para la actualización de la LPRL representa la oportunidad idónea para que esa mención a los riesgos psicosociales finalmente se introduzca, por lo que solo cabe esperar que dicha reforma se materialice en los próximos meses. Con todo, hay que tener en cuenta que la reforma normativa no sería suficiente, si no viene acompañada de medidas dirigidas a promover la cultura preventiva sobre la relevancia de la salud mental en el trabajo.

En cuanto a la tutela reparadora, se entiende que la reforma de la LPRL debería venir acompañada de una modificación del cuadro de enfermedades profesionales, para incluir un grupo de enfermedades derivadas de la exposición a riesgos psicosociales. Con la citada inclusión se presumiría la conexión entre las citadas patologías y el ámbito laboral, por lo que serviría para acabar con los problemas prácticos que plantea la calificación de las patologías psicosociales como accidentes de trabajo, en particular, en relación con la prueba de la causa exclusiva. Si bien la elaboración de un listado de patologías psicosociales y de su vinculación con distintos agentes no sería una tarea sencilla, se entiende que,

en la actualidad, ya se cuenta con investigaciones rigurosas en el ámbito de la Ergonomía y Psicosociología aplicada que permitirían incluir un grupo de patologías psicosociales en el Real Decreto 1299/2006. Además, la inclusión de estas patologías en el cuadro reglamentario también resultaría positivo desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, ya que generaría una serie de obligaciones preventivas para el empresario, por ejemplo, en relación con la vigilancia de la salud.

## Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, A. (2013). “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2023). *Sistema de prevención de riesgos laborales*, 6ª edición. Tecnos.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2024). “Enfermedades del trabajo en la era digital: ¿están las leyes ajustadas a las nuevas realidades? Los trastornos psiquiátricos de un moderador de contenidos de Internet”. En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2.
- TODOLÍ, A., MUÑOZ RUIZ, A. B., MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2023). *La salud mental y la prevención de riesgos laborales. Los problemas de salud mental como accidentes de trabajo*. UGT País Valencià. Universitat de València.

## Recursos electrónicos:

Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales:

[https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_104\\_21.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf)

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2023-2027:

<https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027>

INSST, *Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales*, 2022.

Disponible en:

<https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/directrices-basicas-para-la-gestion-de-los-riesgos-psicosociales-ano-2022>

UGT, *Salud mental y trabajo*, 2023. Disponible en:

<https://www.ugt.es/sites/default/files/SALUD%20MENTAL%20Y%20TRABAJO%202.pdf>

UGT, *Guía. Identificación y análisis de las cláusulas incluidas en la Negociación Colectiva en materia de Riesgos Psicosociales*, 2018. Disponible en: <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiawebnegociacion.pdf>.

---

**AUTONOMIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y  
RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LA REFORMA  
LABORAL ENSAYADA EN ARGENTINA MEDIANTE EL  
DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 70/2023**

**AUTONOMIZATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP  
AND RESTRICTION OF THE RIGHT TO STRIKE IN THE LABOR  
REFORM TRIED IN ARGENTINA THROUGH THE NECESSITY  
AND URGENCY DECREE 70/2023**

Héctor Omar GARCÍA

*Titular de cátedra de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina).*

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

Fecha de envío: 21/05/2024

Fecha de aceptación: 21/05/2024

---

## AUTONOMIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LA REFORMA LABORAL ENSAYADA EN ARGENTINA MEDIANTE EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 70/2023

Héctor Omar GARCÍA

*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

---

**Resumen:** El artículo pasa revista a la reforma laboral contenida en el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 70/2023 emitido por el gobierno argentino y se detiene a examinar dos de los aspectos más problemáticos de esa reforma: la introducción de una figura laboral “deslaboralizada” y la nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales. El “trabajador independiente con colaboradores independientes” es un instituto sin precedentes en la legislación argentina que representa un caso de autonomización de la relación de trabajo y, por ello, plantea interrogantes sobre sus efectos jurídicos. El segundo aspecto controversial de la reforma se encuentra en la nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales, que obstaculiza el ejercicio de este derecho. En ambos casos, la nueva regulación afecta garantías constitucionales.

**Palabras clave:** Reforma laboral en Argentina - Trabajo autónomo y trabajo dependiente o subordinado - Trabajador independiente con colaboradores independientes - Regulación de la huelga en los servicios esenciales

**Sumario:** 1. Introducción: sobre la vigencia del DNU 70/2023. 2. Las materias alcanzadas por la reforma laboral contenida en el DNU 70/2023. 3. El trabajador independiente con colaboradores independientes. 3.1. La tendencia hacia la autonomización de la relación de trabajo. 3.2. Por qué un trabajador independiente con colaboradores independientes. 4. La huelga y el decreto del Poder Ejecutivo, compañeros de viaje históricos. 5. El DNU 70/2023 y la doctrina

jurídica de la OIT. 6. La calificación y enumeración de servicios y actividades productivas. 6.1. Los servicios calificados como “esenciales en sentido estricto”. 6.2. Las denominadas “actividades de importancia trascendental”. 7. La determinación de servicios mínimos. 8. Integración y funciones de la Comisión de Garantías. 9. Para finalizar.

**Abstract:** This article reviews the labor reform contained in the decree of necessity and urgency 70/2023, issued by the Argentine government, and examines two of the most problematic aspects of that reform: the introduction of a “de-regularized” labor figure and the new regulation of the right to strike in essential services. The “independent worker with independent collaborators” is an unprecedented institute in Argentine legislation that represents a case of autonomization of the work relationship and, therefore, raises questions about its legal effects. The second controversial aspect of the reform is the new regulation of the strike in essential services, which obstructs the exercise of this right. In both cases, the new regulation affects constitutional guarantees.

**Keywords:** Labor reform in Argentina - Self-employed and subordinated or dependent work - Independent worker with independent collaborators - Regulation on strike in essential services

**Summary:** 1. Introduction: on the validity of DNU 70/2023. 2. The matters covered by the labor reform contained in DNU 70/2023. 3. The independent worker with independent collaborators. 3.1. The trend towards the autonomy of the employment relationship. 3.2. Why a freelancer with independent collaborators. 4. The strike and the decree of the Executive Branch, historical traveling companions. 5. DNU 70/2023 and the legal doctrine of the ILO. 6. The qualification and enumeration of services and productive activities. 6.1. Services classified as “essential in the strict sense.” 6.2. The so-called “activities of transcendental importance”. 7. The determination of minimum services. 8. Integration and functions of the Guarantees Commission. 9. To end.

## 1. Introducción: sobre la vigencia del DNU 70/2023

El nuevo titular del gobierno argentino, a escasos diez días de haber asumido sus funciones, el 10 de diciembre de 2023, se propuso modificar drásticamente más de trescientas normas legales con el fin de iniciar una amplia reorganización del estado y liberalizar el mercado y la autonomía individual prescindiendo del Poder Legislativo. La gestualidad pletórica de simbolismo del Presidente de la República agrietando la solemnidad del acto de asunción al pronunciar su discurso de espaldas al Congreso fue puesta en acto mediante la emisión de un decreto de necesidad y urgencia (DNU)<sup>1</sup> que lleva el número 70 de 2023.

El contenido de dicho ordenamiento incluye una reforma laboral ambiciosa en objetivos pero indiferente a las reglas constitucionales que establecen la competencia legislativa; dos cualidades incompatibles entre sí que determinaron el veto jurisdiccional que puso en pausa la vigencia del instrumento normativo utilizado por el Poder Ejecutivo. El desentendimiento de la forma, y la desmesura del contenido, de la reforma legal perseguida por el gobierno predestinaron la eficacia del segmento laboral del régimen de excepción, que no pudo superar el examen de constitucionalidad al que fue sometido por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) en su integración destinada específicamente a cubrir la feria judicial de enero de 2024<sup>2</sup>.

El traspie gubernamental tuvo su causa en el intento de eludir al órgano al que la constitución asigna la función indelegable de sancionar las leyes, esto

---

<sup>1</sup> La emisión de decretos de necesidad y urgencia es una atribución otorgada al Poder Ejecutivo por la Constitución Nacional argentina (CN) a partir de la reforma de 1994. El art. 99.3 CN, luego de declamar enfáticamente, con carácter de regla general, que *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*, contempla la excepción con la expresión siguiente: *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...”* Sin embargo, en la práctica política institucional argentina, los jefes de estado han ejercido de manera habitual y crecientemente expansiva esta facultad excepcional.

<sup>2</sup> Las salas de feria de las cámaras, al igual que los juzgados de feria de primera instancia, se constituyen en los distintos fueros nacionales y provinciales al efecto de administrar justicia durante los recesos judiciales de enero (31 días) y julio (14 días) de cada año.

es, el Congreso<sup>3</sup>. La Casa Rosada privilegió la celeridad por sobre la calidad institucional y la seguridad jurídica, y así, en lugar de enviar un anteproyecto de ley al parlamento, precipitó la emisión de un DNU que, al menos en cuanto respecta a la modificación de la legislación laboral, la Cámara Nacional del Trabajo le hizo notar que no es un medio razonablemente adecuado para alcanzar ese objetivo.

El [DNU 70/2023](#) procura justificar su propia emisión mediante una declaración de emergencia pública de amplísimo alcance, que comprende las materias “económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social”, hasta el 31 de diciembre de 2025. La sala de ferias de la cámara laboral nacional tuvo que recordar al gobierno que la constitución no habilita a este para elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición célere de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto, por más que aleguen razones de necesidad y urgencia. Evocando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la CNAT subrayó que la sola invocación de una situación excepcional no inhabilita al Congreso para cumplir el papel que le es propio en su zona de reserva de actuación<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> En virtud del art. 75, inciso 12, de la constitución argentina enumera las atribuciones del Congreso, enunciando específicamente, en su inciso 12, la de “*Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social...*”; y el art. 76 del mismo ordenamiento constitucional inhibe con claridad y contundencia la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.*” Asimismo, el art. 29 de la constitución prohíbe, y apercibe con extrema severidad, a los poderes legislativos nacional y provinciales la concesión de facultades legislativas, respectivamente, a los poderes ejecutivos de la nación y de las provincias: “*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*”

<sup>4</sup> Entre otras sentencias: CSJN, 19/8/1999, “*Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/acción de amparo*” (Fallos: 322:1726); ídem, 19/05/2010 “*Consumidores Argentinos c/Estado Nacional – PEN – Decreto 558/02-SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986*” (Fallos: 333:633); ídem, 27/10/2015, “*Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/nulidad de acto administrativo*” (Fallos: 338:1048).

El nutrido conjunto de materias de índole laboral que se propone modificar el decreto del Poder Ejecutivo están reunidas en el título IV del propio régimen. Entre ellas hay varios derechos fundamentales del trabajador que se encuentran regulados en diversas normas legales cuya reforma demanda, inexorablemente, el dictado de otras *leyes* —en el sentido formal del término— como condición de validez. Esto ha sido señalado por la jurisdicción laboral nacional en dos pronunciamientos: la sentencia definitiva emitida en el proceso de amparo promovido por la central mayoritaria argentina, Confederación General del Trabajo (CGT), y la medida cautelar dictada en la acción análoga articulada por la minoritaria Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina (CTA).

La mencionada sentencia definitiva de la CNAT, basándose en la jurisprudencia del supremo tribunal argentino sobre las facultades excepcionales del Poder Ejecutivo para expedir decretos de necesidad y urgencia, cuestionó el vehículo normativo utilizado y la amplitud de materias comprendidas en él, destacando que “no se evidencia objetivamente la necesidad de dictar tan numerosas medidas y que, aunque ello pudiera —hipotéticamente— justificarse en las referencias genéricas a un ‘hecho demostrado’, lo cierto y jurídicamente relevante es que no se avizora que las que se alegan constituyan razones de ‘urgencia’ para eludir la debida intervención del Poder Legislativo en lo que hace a la legislación de fondo...”<sup>5</sup> (Párrafo este que resume los fundamentos de la declaración de “invalidez constitucional” pronunciada por el tribunal laboral de alzada.)

Contra las dos sentencias, definitiva e interlocutoria, de la CNAT, el estado nacional interpuso el recurso extraordinario que autorizan el art. 14 de la añeja ley n.º 48 y la construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia, lo que impide tener certeza sobre la vigencia, o la inaplicabilidad, de la reforma laboral ensayada mediante el DNU 70/2023.

---

<sup>5</sup> CNAT, sala de feria, 30/01/2024, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo” (expte. 56.862/23). La misma sala, el 4/01/2023, en la causa caratulada “Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina (CTA) c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/acción de amparo” (expte. 56.687/2023), emitió una medida precautoria, mediante la cual dispuso “la suspensión cautelar de los efectos del DNU 70/2023 (B.O. 21/12/2023) en lo que hace a la operatividad de las previsiones contenidas en su Título IV (Trabajo –arts. 53 a 97–)...”, que aún se encuentra vigente.

Al momento de finalizarse este trabajo se suma un factor que agrega incertidumbre: el Poder Ejecutivo envió al Congreso —cuatro meses después— un proyecto de ley de contenidos múltiples (conocido como proyecto de “ley Bases”)<sup>6</sup> que reproduce las normas de derecho individual del trabajo que integran el título IV del DNU, que ha sido invalidado por la justicia. Entre ellas, la que crea la figura más rupturista y controversial de la normativa sobre contratación laboral argentina de la que el autor de este trabajo tenga memoria; a ella dedicaré algunos párrafos luego de un repaso híper sintético del referido título IV del decreto 70/2023. A punto de finalizarse la elaboración de este trabajo, el [proyecto de ley “Bases”](#) ha obtenido ya una *media sanción* en la Cámara de Diputados y debe continuar su tratamiento en el Senado.

Paso ahora a presentar un enunciado de los contenidos de índole laboral del mencionado decreto presidencial, con la mera finalidad de brindar una ilustración panorámica sobre el alcance de la reforma acometida por el mencionado régimen de excepción, a modo de escala previa al examen crítico de los dos institutos seleccionados para este artículo: el “trabajador independiente con colaboradores independientes” y la nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales.

## **2. Las materias alcanzadas por la reforma laboral contenida en el DNU 70/2023**

De los numerosos aspectos de la legislación laboral argentina que el título IV del DNU 70/2023 somete a revisión, destaco a continuación los que a mi juicio tienen mayor importancia:

1) Afecta el desarrollo legislativo del principio protectorio, que surge del art. 14 bis de la Constitución Nacional, al poner en crisis la vigencia de tres subprincipios derivados de aquel que recepta la [Ley de Contrato de Trabajo](#) (LCT):

---

<sup>6</sup> Denominado rumbosamente “*Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*”, con pretensión reminiscente de la clásica obra del protoconstitucionalista argentino Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (Valparaíso, 1852).

- a) irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (arts. 7º, 12 y 15);
  - b) primacía de la realidad (arts. 13, 14, 21, 22, 23, 27, 28, 29 y concordantes);
  - c) aplicación de la norma más favorable al trabajador (art. 8º y 9º);
- 2) En lo relativo a la intermediación en la relación de trabajo, consigna la eliminación del precepto antifraude que responsabiliza como “empleador directo” al empresario que contrata a un trabajador valiéndose de un intermediario fraudulento (art. 29 LCT), y desvincula la contratación de personal por medio de empresas de servicios eventuales de las circunstancias que justifican el recurso al contrato de trabajo eventual, regulado en el art. 99 LCT y los arts. 77 a 80 de la ley 24.013;
- 3) Prevé suprimir la gratuidad de la cuenta bancaria en la que el empleador deposite periódicamente la remuneración del trabajador;
- 4) Introduce la disponibilidad colectiva de las normas legales que rigen el tiempo de trabajo:
- a) promoviendo la adecuación de la jornada laboral a los cambios que acontezcan “en las modalidades de producción” y “las condiciones propias de cada actividad”, contemplándose “especialmente el beneficio e interés de los trabajadores” (matización, esta, difícilmente compatible con la doble adecuación antes enunciada y la que se enuncia en el acápite subsiguiente);
  - b) habilitando, en particular, la modificación (eliminación) del régimen de horas extras y la introducción del banco de horas y francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral;
- 5) Afecta aspectos relevantes del régimen de extinción del contrato de trabajo:
- a) amplía el período de prueba legislado por el art. 92 bis LCT (durante el cual el despido injustificado no acarrea obligación de indemnizar) de tres a ocho meses;
  - b) modifica la base de cálculo de la indemnización del despido sin causa (art. 245 LCT) para los trabajadores con remuneraciones variables y habilita la sustitución del régimen indemnizatorio por un fondo de cese laboral a ser estatuido por convenio colectivo;

c) suprime los agravamientos indemnizatorios por despido en supuestos de empleo no registrado o registrado defectuosamente (previstos en las leyes [24.013](#), [25.323](#) y [25.345](#));

d) reinstaura la indemnización tarifada del despido viciado por móviles discriminatorios —que había sido derogada por el art. 41 de la ley 25.877—, los cuales enumera taxativamente, y se aparta de la sanción de nulidad del despido acompañada por la readmisión del trabajador discriminado, establecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup>;

6) Propone modificaciones a la [ley 27.555](#), que regula el teletrabajo, en los siguientes aspectos:

a) el derecho específico del teletrabajador a la compatibilización del horario de trabajo e interrupción de la jornada laboral con motivo del cumplimiento de tareas de cuidado<sup>8</sup> pasan a ser un derecho de goce esporádico y condicionado a la compensación del tiempo de manera acorde con las tareas asignadas por el empleador;

b) la reversibilidad al trabajo presencial deja de ser un derecho de ejercicio unilateral del trabajador, para ser objeto de acuerdo entre este y el empleador, y condicionado a las necesidades propias del puesto de trabajo o las características de la actividad;

c) en caso de teletrabajo transnacional, el contrato dejaría de regirse por la ley más favorable al trabajador, entre las del lugar de ejecución de tareas y del domicilio del empleador, para aplicarse solo la primera; y

d) suprime el párrafo final del art. 17 de la ley 27.555, que requiere autorización de la autoridad de aplicación para contratar personas extranjeras no residentes en el país, e impone a los convenios colectivos —soslayando la regla de negociación libre y voluntaria extraída del art. 4 del Convenio n.º 98 de la OIT— el deber de establecer un tope máximo para tales contrataciones.

---

<sup>7</sup> Véanse: CSJN, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud y otros/acción de amparo” (Fallos: 333:2306); *idem*, 20/05/2014, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo” (Fallos: 337:611), entre otras sentencias.

<sup>8</sup> Remito al artículo de mi autoría “El nuevo régimen jurídico del teletrabajo y los nuevos derechos específicos del teletrabajador”, publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Universidad de Buenos Aires, Año 46, N.º 102, 2021-1: *El derecho del trabajo en la actualidad* (coordinación a cargo de Adrián Goldin), pp. 60/64.

7) Crea un sujeto trabajador deslaboralizado, consistente en un conjunto de relaciones contractuales al que el propio DNU denomina “trabajador independiente con colaboradores independientes”, que permite al primero contratar hasta otros cinco trabajadores independientes con el objeto de llevar adelante un emprendimiento productivo, propio o ajeno; (El comentario sobre esta figura se vierte en el apartado III del presente.)

8) Abroga el régimen especial de los viajantes de comercio (ley 14.546);

9) En lo atinente a la negociación colectiva, el decreto:

a) Impulsa la descolectivización de las relaciones laborales individuales, o desregulación del contrato de trabajo por vía convencional<sup>9</sup>, mediante la utilización de dos dispositivos:

1. la disponibilidad colectiva sobre la regulación legal del tiempo de trabajo (con mención expresa del régimen de horas extra, los francos compensatorios y la introducción del banco de horas); y

2. el condicionamiento de la eficacia de las cláusulas convencionales que imponen un canon por negociación<sup>10</sup> (cláusula *agency shop*) —en Argentina, denominado “cuota de solidaridad”— a la manifestación expresa del consentimiento individual del trabajador; (Tales aportes se encuentran

---

<sup>9</sup> Goldin identifica la tendencia a la individualización, o “huida del derecho colectivo” con el neologismo “deslaboralización” y apunta su aplicabilidad a la utilización real o artificial del trabajo autónomo, que goza de preferencia generalizada entre los empleadores y no persigue “otra finalidad que la de producir la privación de derechos tratando a un vínculo dependiente como si no lo fuera”. *Vid.* Goldin, Adrián, “El derecho del trabajo, hoy. Tendencias y desafíos”, en Caparrós, Lucas y García, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2021, pp. 32/33, con citas a Rodríguez-Piñero, Miguel, “La huida del derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, Madrid, 1992, N.º 1, p. 85; e Ichino, Pietro, “La fuga del diritto del lavoro”, en *Democrazia e diritto*, 1990, p. 69, entre otros.

<sup>10</sup> La vigencia de este instituto, en las dos dimensiones de la praxis de las relaciones laborales y del debate teórico en la doctrina y la jurisprudencia, en Argentina es inversa a la que tiene lugar en España. Según leemos en las obras en que Sebastián de Soto aborda el tema, “la trascendencia del canon de negociación colectiva (...), en la actualidad del sistema de relaciones laborales español es, sin duda, sensiblemente menor en el plano de la práctica y de la realidad que en el terreno de su interés teórico y científico.” Existe, sin embargo, similitud entre ambos sistemas en cuanto el instituto de marras es la única modalidad susceptible de ser calificada como “cláusula de seguridad sindical” que encuentra recepción en sendas legislaciones de ambos países. *Vid.* De Soto Rioja, Sebastián, *La libertad sindical negativa*, primera edición, Civitas – Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1998, pp. 361/376; y, del mismo autor, *La sindicalización forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el derecho comparado*, Mergablum Edición y Comunicación S.L., Sevilla, 1999, pp. 243/265.

autorizados por el art. 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales, [n.º 23.551](#), y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup>.)

b) Interviene en la negociación colectiva desarticulando la integridad sinalagmática del instrumento negociado por las partes, mediante la afectación de la vigencia temporal de este en dos acciones:

1. el mantenimiento fraccionado de la ultraactividad legal supletoria —es decir, disponible para las partes— prevista en el art. 6º de la ley 14.250 (texto ordenado por [decreto 1135/04](#)), solamente para las cláusulas normativas, no para las obligacionales;

2. el otorgamiento, al Poder Ejecutivo, de potestad para prorrogar la vigencia de una convención colectiva.

10) En cuanto al derecho de huelga:

a) trata la convocatoria a asambleas o congresos sindicales como medidas de conflicto, condicionando el derecho a convocar a reunión de estos órganos sindicales “sin perjudicar las actividades normales de la empresa o afectar a terceros”;

b) dispone, de manera sobreabundante, la prohibición y punición de las siguientes conductas ilícitas:

1. “afectar” la libertad de trabajo de quienes no adhieran a una medida de fuerza, “mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas” (con lo cual parece comprender al piquete pacífico);

2. generar el bloqueo o la “toma” (sic) de un establecimiento;

3. impedir u obstruir total o parcialmente el ingreso o egreso de personas o cosas al establecimiento;

4. ocasionar daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (el decreto despliega una enumeración ejemplificativa de bienes: “instalaciones, mercaderías, insumos y

---

<sup>11</sup> CSJN, 12/04/1972, “Potenze, Pablo Luciano c. Federación de Empleados de Comercio s/despido” (Fallos: 282:269). El alto tribunal tuvo en cuenta que, el actor no había alegado ni demostrado que el aporte en cuestión “haya sido establecido autónomamente, con independencia de otras previsiones sinalagmáticas de interés común que rigen en la actividad”, y, asimismo, reiteró doctrina sentada en decisiones precedentes acerca de que “el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, con participación en sus beneficios, sin reserva alguna [...], determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional.”

materias primas, herramientas, etc.”), o retenerlas indebidamente, bajo apercibimiento de hacer pasible a la entidad sindical de “las sanciones que establezca la reglamentación (...), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales que pudieran corresponder”;

c) restringe el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales y en otras prestaciones a las que menciona como “actividades de importancia trascendental”, imponiendo en todos los casos altísimos porcentajes de servicios mínimos.

El resumen precedente hace visibles las dos tendencias de política jurídica, aparentemente opuestas, que animan la reforma laboral vehiculizada en el DNU 70/2023: la que impulsa la desregulación-deslaborización de la relación individual de trabajo y la que interviene sobre la autonomía colectiva y el ejercicio del derecho de huelga. Ambas tendencias, que parecen enfrentarse como fuerzas opuestas, no son sino coadyuvantes; el intervencionismo de la norma estatal sobre la negociación y acción sindical sirve decididamente al objetivo del nuevo régimen de liberar de regulaciones laborales al contrato de trabajo.

Cada una de esas orientaciones se destaca de manera especial en ciertos aspectos del contenido regulatorio del nuevo régimen: a) la primera, principalmente en la dispositivización de las normas de orden público laboral, cuyo ejemplo más destellante es el “trabajador independiente con colaboradores independientes”; y b) la segunda, en la habilitación heterónoma al Poder Ejecutivo para disponer la prórroga del ámbito temporal de los convenios colectivos de trabajo (en contra de lo establecido en los convenios de la OIT n.º 98, 151 y 154) y en la obstaculización severa del ejercicio del derecho de huelga, sirviéndose de la calificación de actividades como servicios esenciales o “de importancia trascendental”, con desprecio de la garantía constitucional que detenta ese derecho).

Hasta aquí mis comentarios de carácter general al DNU 70/2023. Lo que sigue en este trabajo será dedicado al tratamiento de dos de las numerosas materias que integran la reforma laboral contenida en el régimen de excepción: una, correspondiente a la vertiente individual del derecho del trabajo, y la otra, a la colectiva. Se trata, respectivamente, del ya mencionado “trabajador

independiente con colaboradores independientes” y de la regulación de la huelga en las prestaciones calificadas por el nuevo ordenamiento como “servicios esenciales en sentido estricto” y “actividades de importancia trascendental”.

En el apartado que prosigue (III) arriesgaré algunos comentarios críticos sobre la controversial figura plural enunciada en primer término, y, en el apartado subsiguiente (IV), me detendré en el art. 97 del decreto, que contiene una nueva regulación del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales.

### **3. El trabajador independiente con colaboradores independientes**

El art. 96 del DNU crea una figura laboral asaz polémica, de carácter autónomo en cuanto al estatus subjetivo, plural en su estructura y múltiple en cuanto a los vínculos contractuales que comprende, a la que el nuevo régimen asigna la denominación de “trabajador independiente con colaboradores independientes”<sup>12</sup>.

La introducción de un instituto que reúne complejidad y falta de antecedentes en la legislación argentina obliga a no apresurar una interpretación de la norma con apego a su literalidad, sino a riesgo de no poder revelar su finalidad y sus efectos.

Este instituto, rupturista para el ordenamiento jurídico y el sistema de relaciones laborales de la Argentina, se inscribe en las corrientes legislativas promotoras de la individualización y deslaboralización de las relaciones de trabajo, que determinan la teleología de la reforma laboral contenida en el título IV del DNU 70/2023. Con la introducción del “trabajador independiente con colaboradores independientes”, el régimen reformista argentino se alinea con

---

<sup>12</sup> “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros cinco [5] trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial que reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional.

‘El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación.’

otras regulaciones del trabajo autónomo, o del trabajo autónomo-dependiente, conocidas en el derecho comparado.

### 3.1. La tendencia hacia la autonomización de la relación de trabajo

Al respecto, las autoras milanesas Anna Mori y Renata Semenza afirman que la gran mayoría de los países europeos ha superado la categorización binaria del trabajo, que reconduce las relaciones a los estatutos puros de trabajo subordinado o autónomo, dado el crecimiento de “zonas grises” de ocupación, ubicables a mitad de camino entre dependencia y autonomía ha puesto en discusión los límites de la legislación de las relaciones contractuales<sup>13</sup>.

Dentro del marco legislativo europeo, las mismas autoras diferencian cuatro modelos de regulación<sup>14</sup>:

1) El primero, representado por la legislación de Suecia, que no solo no prevé una categoría intermedia sino tampoco hace ninguna distinción entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, adoptando un único enfoque definitorio del estatus jurídico de los trabajadores de tipo universal.

2) El segundo modelo, ejemplificado por el caso de Bélgica, es caracterizado como binario puro, en cuanto la Ley sobre Relaciones de Empleo, de 2006, circunscribe con nitidez las dos principales especies del trabajo, autónomo y subordinado, excluyendo cualquier otra categoría intermedia.

---

<sup>13</sup> Mori, Anna y Semenza, Renata, “Il lavoro autonomo professionale, la sfide e la risposte istituzionali in Europa”, en Perulli, Adalberto (A cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia. Collana del Centro Studi Giuridici 14, nuova serie, Wolters Kluwer, Millán, 2018, pp. 91 y 94.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 92/93.

3) El tercer modelo es el adoptado en Alemania<sup>15</sup>, España y Eslovenia<sup>16</sup> (al que agrego Italia, antes de la reforma introducida por la ley n.º 81/2017), cuyas legislaciones prevén un estatus intermedio entre subordinación y autonomía, individualizado eminentemente sobre la base de la dependencia económica. Es decir, que la categoría híbrida o intermedia se aplica a relaciones laborales de tipo autónomo en las cuales los trabajadores se encuentran, no obstante, en una condición de dependencia económica de la empresa contratante.

---

<sup>15</sup> El párrafo 12 de la Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*), de 1949, se refiere a las “Personas asimiladas a trabajadores” (*Arbeitnehmerähnliche Personen*), y el párrafo 15.1 de la Ley del Tribunal del Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*), de 1953, establece que sus preceptos se aplican “a las personas que son dependientes económicamente y están necesitadas de protección de seguridad social comparable a la de un trabajador (personas asimiladas a trabajadores), cuando estén ocupadas por otras personas al amparo de contratos de servicios o de obras y que realicen prestaciones debidas personalmente y en lo esencial sin la colaboración de trabajadores”, siempre y cuando “estén ocupadas principalmente para una persona” o “reciban de una persona, por término medio, más de la mitad de la retribución que les corresponda por toda su actividad profesional”. Vid. Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo S.L., Coruña, 2007, pp. 85/86.

<sup>16</sup> La ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, crea la muy comentada figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), que ocupa el título II, capítulo II (arts. 11 a 18) de dicho régimen. De manera similar, el artículo 213 de la ley eslovena de Reforma de las Relaciones Laborales, de 2013, incluye el estatus del trabajador económicamente dependiente. Vid. Mori y Semenza, op. cit., p. 92, nota 4.

4) El cuarto modelo, en el que las autoras citadas inscriben los ordenamientos de Italia<sup>17</sup>, Francia<sup>18</sup>, Reino Unido<sup>19</sup> y Países Bajos<sup>20</sup>, se caracteriza por la previsión de una o más categorías híbridas o intermedias, no formalmente asociadas al concepto de dependencia económica, sino —señalan Mori y Semenza— a características nacionales diversificadas.

Reúno en un quinto grupo la legislación de Portugal y de dos países sudamericanos: Brasil y Argentina; la de este último a partir de la reforma laboral instrumentada en el DNU 70/2023.

En Portugal, la ley n.º 101/2009, de 8 de septiembre, que disciplina el trabajo a domicilio, “seguramente por influjo del derecho alemán” —intuyen Martínez Girón y Arufe Varela—, contempla la situación de dependencia económica del trabajador que elabora un producto para quien le vende la materia prima. Así también, regula el supuesto de varios trabajadores que, sin subordinación jurídica ni dependencia económica entre sí, hasta un límite de

---

<sup>17</sup> El decreto legislativo n.º 276/2003, de 10 de septiembre, cuyo capítulo I del título VII regulaba el instituto del trabajador *parasubordinado* —término utilizado tradicionalmente por la normativa de seguridad social— bajo el rótulo genérico de “Trabajo a proyecto y trabajo ocasional”, con el objetivo de flexibilizar el mercado de trabajo y hacer frente al creciente desempleo, introdujo una serie de relaciones contractuales con características intermedias entre el empleo subordinado y el trabajo autónomo, tales como las colaboraciones a proyecto (“co.co.pro.”), posteriormente suprimidas en 2016, y las colaboraciones coordinadas y continuadas (“co.co.co.”). Este régimen fue reemplazado por el Estatuto del Trabajo Autónomo (*legge n. 81/2017*), inspirado en su homónimo español. *Vid.* Martínez Girón y Arufe Varela, op. y loc. cit.

<sup>18</sup> En Francia, el Estatuto del Autoempresario (*auto-entrepreneur*) fue introducido por la Ley de Modernización de la Economía (*Loi de Modernisation de l’Economie*), n.º 776/2008, con el objetivo de fomentar la creación de empresas individuales con ventajas en los regímenes fiscales y de contribuciones sociales. La posterior “ley Hamon” (n.º 344/2014) establece la figura del “empresario asalariado”, que había sido introducida en 1995 mediante prácticas de innovación institucional (*contrat d’entrepreneur-salarié associé*), aplicable a trabajadores formalmente autónomos pero que realizan su actividad profesional bajo la dependencia de una cooperativa de servicios y empleo. *Cfr.* Mori y Semenza, op. cit., pp. 92/93, nota 5.

<sup>19</sup> En el Reino Unido, la categoría intermedia entre las de empleado (*employee*) y autónomo (*self-employed*), proveniente de la *Employment Rights Act* de 1996, se refiere al estatuto de “*worker*”. La aplicación de tal estatuto garantiza una serie de derechos (salario mínimo, horas de trabajo limitadas, descansos diarios, restricciones al trabajo nocturno, protección contra la discriminación, vacaciones pagadas, licencias por maternidad y enfermedad) y deberes (de presentarse en el lugar de trabajo, de trabajar hasta la finalización del contrato y prohibición de subcontratar su trabajo a terceros) típicos de los trabajadores subordinados. Al mismo tiempo, los trabajadores que se ajustan a este estatuto no gozan de ciertas protecciones exclusivas del *status* de empleado, como preaviso en caso de despido, protección contra despidos sin causa, permisos retribuidos en caso de emergencia y compensaciones en caso de despido improcedente. *Vid.* Mori y Semenza, op. cit., pp. 92/93.

<sup>20</sup> En Países Bajos, la Ley de Desregulación de las Relaciones Laborales, de 2016, creó la figura híbrida del trabajador con contrato de servicio. *Vid.* Mori y Semenza, op. cit., p. 93.

cuatro, desempeñan actividades para el mismo empresario en el domicilio o instalación de alguno de ellos<sup>21</sup>.

En Brasil, la ley n.º 13.467, del 13 de julio de 2017, incorporó a la Consolidación de las Leyes del Trabajo una norma que puede ser considerada una de las referencias inspiradoras del art. 96 del decreto 70/2023: el art. 442-B, que permite la contratación de un trabajador autónomo por fuera de la condición de empleado prevista en el art. 3 de la consolidación, para desempeñarse de manera continua o no y llevar a cabo actividades relacionadas con el negocio de la empresa contratante.

El artículo agregado a la Consolidación advierte que el trabajador autónomo no se constituye en empleado de quien lo contrate aunque este sea la única persona para la que aquel presta servicios. También aclara que el trabajador autónomo podrá ejecutar servicios de cualquier naturaleza para otros contratantes, ya sea que desarrolle la misma actividad económica o no, bajo cualquier modalidad contractual, incluso como trabajador autónomo. El artículo legal enumera ciertas profesiones (conductores, representantes comerciales, corredores de bienes raíces, socios y trabajadores de otras categorías profesionales reguladas por leyes específicas relacionadas con actividades compatibles con el contrato autónomo) cuyo ejercicio priva de antemano de la calificación de trabajador dependiente. Finalmente, la ley deja abierta la posibilidad de reconocer la relación laboral en caso de existencia de subordinación jurídica.

El estatus del trabajador independiente con colaboradores independientes es el de trabajador autónomo (dejando aparte, obviamente, los supuestos de utilización fraudulenta de la figura legal). No encuentro, en el contenido del art. 96 del DNU, elementos que permitan caracterizarlo como un caso híbrido o intermedio entre trabajo autónomo y dependiente. Apenas un detalle le proporcionaría un matiz de dependencia a su configuración normativa como trabajador autónomo: la ubicación del instituto en el título IV del decreto 70/2023, que —como he señalado más arriba— reúne todas las normas de carácter laboral que integran este régimen, da lugar a inferir que las eventuales

---

<sup>21</sup> Martínez Girón y Arufe Varela, op. cit., p.53.

controversias litigiosas derivadas de las relaciones contractuales del trabajador independiente y sus colaboradores deberían transitar por la jurisdicción de los tribunales competentes en materia laboral; único rasgo en común que tendría con el TRADE español, cuyo estatuto encaja, como hemos visto, en la tipología de modelos de regulación que prevén figuras laborales intermedias entre subordinación y autonomía haciendo eje en la dependencia económica. En caso de que la vigencia del DNU fuese confirmada por la Corte Suprema, la señalada cuestión procesal debería ser aclarada por la reglamentación.

Todo lo demás relativo al examen de la nueva especie de trabajador se extiende a continuación.

### **3.2. Por qué un trabajador independiente con colaboradores independientes**

Para examinar al “trabajador independiente” del nuevo reglamento reformista argentino, conviene comenzar por subrayar —como lo hace Confalonieri, con acierto— la libertad de todo trabajador autónomo o independiente para vincularse con otras personas mediante contratos no laborales para que estas le presten servicios, así como también para celebrar contratos de trabajo con el objeto de llevar adelante un emprendimiento productivo<sup>22</sup>.

Ahora bien, si la finalidad del art. 96 del DNU fuese la de promover la ocupación de trabajadores verdaderamente independientes, no se explica por qué las relaciones contractuales de estos entre sí, y entre estos y “las personas contratantes de los servicios u obras”, deben ser sustraídas del [Código Civil y Comercial](#) (CCyC) e incluidas en el título IV del decreto, es decir, integradas a un cuerpo normativo específicamente laboral que, como tal, contradice varias reglas del derecho común, como las que establecen la prevalencia de la

---

<sup>22</sup> Confalonieri (h), Juan Ángel, “Los ‘trabajadores colaboradores’. Una manifestación del renacimiento del derecho social como ‘jerigonza jurídica’ y de un indiscreto retorno al arrendamiento de servicios. Inconstitucionalidad del artículo 96 del DNU 70/2023, del 20 de diciembre de 2023”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*. Suplemento digital *La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, dossier N.º 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 106.

autonomía de la voluntad sobre la norma legal y las que habilitan la concertación de contratos a título gratuito y a título oneroso aleatorios<sup>23</sup>.

La ubicación de la singular figura plural en el título IV del DNU, que — como ya se ha señalado— reúne todas las normas que integran la reforma laboral de dicho ordenamiento misceláneo, da lugar a observaciones críticas por el hecho de que las relaciones contractuales que pretende fomentar no parecen corresponder a genuinas contrataciones no laborales, sino al empleo de trabajadores en condiciones de subordinación bajo la sola instrumentación que semeja la de contratos sometidos a la legislación civil y comercial; concretamente, locaciones de obra y de servicios (arts. 1251 a 1279 CCyC)<sup>24</sup>.

El aspecto más problemático del art. 96 del DNU reside en que la libertad contractual del “trabajador independiente” es llevada al extremo inadmisibles — para el derecho constitucional del trabajo y el orden público laboral argentinos— de dejar librada a la voluntad unilateral de una persona la determinación del régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales que concierte tanto con quienes requieran su prestación de servicios como con las personas requeridas por ella con el mismo objeto (hasta el límite de cinco) desentendiéndose de las condiciones materiales de la prestación, lo que conduce a presumir que, en todos los casos, habrá trabajo en situación de real subordinación, que el legislador administrativo aparta del ámbito del derecho del trabajo por el interés de beneficiar a quien se sirva de él con una reducción de costos laborales y de la seguridad social. Conforme trae a colación Confalonieri, la nueva figura encaja

---

<sup>23</sup> El Código Civil y Comercial plasma el principio de la autonomía de la voluntad en los arts. 958, 959, 962, 963 y concordantes; define los contratos a título gratuito en el art. 967, *in fine*, y hace lo propio con los contratos a título oneroso aleatorios en el art. 968.

<sup>24</sup> Quizás alguna genealogía podría reconocerse entre la figura contractual en examen del DNU argentino y los artículos 10 y 11 de la ley española n.º 11/2013, de 26 de julio, *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, que preveían, respectivamente, la “contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos” e “incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven”, entre otras disposiciones destinadas a “mejorar el nivel de autoempleo e iniciativa empresarial entre los jóvenes para mejorar así su ‘empleabilidad’ y también su capacidad de ‘emprendimiento’”. Estos artículos fueron derogados por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, *para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*. Vid. Rodríguez-Piñero, Miguel, Casas Baamonde, Ma Emilia y Valdés Dal-Ré, Fernando, “La huida del derecho del trabajo hacia el ‘emprendimiento’, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013”, editorial del N.º 10 de la revista *Relaciones Laborales*, Madrid, Octubre de 2013, pp. 1/21.

en la especie de huida del derecho del trabajo que Rodríguez-Piñero Royo caracterizó por la “voluntad permisiva del ordenamiento que autoriza o incluso facilita esa huida”<sup>25</sup>.

No resulta convincente la figura concebida por el legislador administrativo, de un trabajador verdaderamente autónomo que, en goce de su libertad contractual, intenta poner en marcha un emprendimiento productivo para cuya realización se vincula —asociativamente o como locatario de obra o de servicios— con un grupo limitado de trabajadores igualmente autónomos a los que puede convocar para colaborar en un negocio propio de aquel. No implica un exceso de suspicacia entrever que el término “colaboradores” es un eufemismo de empleados que el nuevo régimen pone a disposición del titular del emprendimiento —sea el trabajador independiente principal o un tercero que lo contrate— sin las obligaciones y responsabilidades que la ley laboral impone a los empleadores y, por lo tanto, que el adjetivo “independientes” no puede leerse sino como dependientes deslaboralizados.

El conjunto molecular de seis (en total) trabajadores independientes es un grupo de personas predestinado a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en condiciones materiales de subordinación en el emprendimiento productivo del “trabajador independiente” o —más verosímilmente, a mi juicio— en el establecimiento o la explotación de un empresario comitente o usuario ante el cual el “trabajador independiente” desempeñará el papel de subcontratista o intermediario entre ese verdadero titular del emprendimiento productivo y los hasta cinco trabajadores “colaboradores”. De otro modo, no encuentro explicación, ni a la ubicación del art. 96 en el título IV del DNU 70/2023, que contiene la reforma laboral de este ordenamiento que regula múltiples materias, ni la creación del anunciado régimen especial unificado para el trabajador “independiente” y sus hasta cinco “colaboradores”.

Al permitir al trabajador independiente “acogerse” al futuro “régimen especial unificado”, a ser reglamentado por el propio órgano emisor del DNU —

---

<sup>25</sup> Confalonieri (h), op. cit., p. 107, con cita de Rodríguez-Piñero, Miguel, “La ‘huida’ del derecho del trabajo”, en *Relaciones Laborales*, n.º 12, Madrid, junio de 1992.

el Poder Ejecutivo Nacional—, subrayando que dicho régimen especial estará “basado en la relación autónoma” sin que exista vínculo de subordinación entre el denominado trabajador independiente y sus colaboradores ni entre estos últimos, la norma consiente el autoencuadre jurídico extralaboral del trabajador independiente y la imposición del mismo régimen a sus relaciones de trabajo con el conjunto de “colaboradores independientes” que él mismo contrate. El régimen especial a emitirse, “basado en la relación autónoma”, constituirá un marco legal ajeno al derecho del trabajo, en el que el trabajador independiente contratante podrá incluir hasta cinco “colaboradores independientes”, con la finalidad real de beneficiarse con el aprovechamiento del trabajo de estos en condiciones materiales de subordinación.

El beneficio económico del trabajador independiente podrá ser obtenido de manera directa, mediante la prestación de servicios o la ejecución de obras por parte de los “colaboradores” en su propio negocio o “emprendimiento productivo”, o de manera indirecta, mediante la puesta a disposición de tales colaboradores en el emprendimiento o explotación de un empresario contratante principal, o usuario, de los servicios de tales “colaboradores” o de todo el conjunto de trabajadores autónomos, es decir, incluyendo al propio “trabajador independiente” como empleado deslaboralizado de la empresa usuaria o contratante principal.

Huelga señalar que la situación real de un grupo de asalariados en condiciones de precariedad laboral que promueve el art. 96 del DNU implica una desprotección normativa que ofende al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuyo primer párrafo ordena a las leyes proteger el trabajo en sus diversas formas y, en particular, al trabajador contra el despido arbitrario<sup>26</sup>. También colisiona con el denominado principio de progresividad de los derechos sociales, extraído del art. 75.19 de la Constitución Nacional y de cláusulas de tratados internacionales que poseen igual jerarquía normativa (art. 75.22): el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este principio ha

---

<sup>26</sup> “Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] protección contra el despido arbitrario...”

tenido vigencia efectiva por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina<sup>27</sup>.

Parece inocultable que la finalidad que guio al Poder Ejecutivo al diseñar este instituto se cifró en la vocación de proveer a las empresas y a verdaderos cuentapropistas la posibilidad de contratar trabajadores deslaboralizados, para lo cual el DNU invierte los términos del orden público laboral haciendo prevalecer una forma contractual que capitalice la segregación de la legislación laboral para prestar servicios en condiciones materiales de subordinación.

El nuevo régimen procura investir de juridicidad la contratación de personal instrumentada como locación de obra o servicios aunque, en realidad, esos trabajadores se encuentren subordinados al poder de organización y dirección de la empresa o “persona contratante de los servicios u obras” —que sería la verdadera titular del emprendimiento productivo—, o para que el “trabajador independiente” oficie como contratista o intermediario entre la empresa contratante principal o usuaria y otros trabajadores igualmente calificados como independientes —siempre hasta el límite de cinco—, convocados por aquel para incorporarse al emprendimiento productivo organizado y dirigido por su propietaria real.

En resumidas cuentas, el “trabajador independiente” y sus “colaboradores independientes” vienen a constituir un conjunto de trabajadores *dependientes* desprotegidos por el ordenamiento laboral ante quien los contrate, si el objeto de esa contratación consiste en la “realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios” a cambio de una remuneración<sup>28</sup>. Dejando a salvo la hipótesis de reparación mediante sentencia judicial, los cinco “trabajadores colaboradores” estarían igualmente desprotegidos ante el trabajador independiente que hiciera las veces de contratista o intermediario y ante el

---

<sup>27</sup> Véanse, entre otros, CSJN, sentencias “Milone” (Fallos: 327:4607) , “Madorrán” (Fallos: 330:1989), “Badaro” (Fallos: 330:4866), “Medina” (Fallos: 331:250).

<sup>28</sup> El art. 21 LCT establece que: “Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”

contratante principal que se beneficiara con la prestación de servicios de aquellos.

El art. 96 del DNU completa el círculo de la desprotección laboral entablando un diálogo en articulación o complementariedad<sup>29</sup> con el art. 69 del propio régimen, que prevé la modificación del art. 29 LCT<sup>30</sup> en cuanto esta norma contiene el precepto antifraude que considera “empleador directo” a quien utilice la prestación de un trabajador que hubiese sido contratado por un tercero con vistas a proporcionarlo a las empresas, y suprime además la exigencia del registro habilitante ante la autoridad de aplicación laboral para las empresas de servicios eventuales, así denominadas en Argentina (en Uruguay, “empresas suministradoras de personal”; y, en España, “empresas de trabajo temporal”).

La norma omite aclarar si, en caso de haber contratado al número máximo de “colaboradores independientes” permitido (cinco), el “trabajador independiente” podría contratar empleados en condiciones de subordinación reconocida sin perder el beneficio que le deporta el encuadre en la figura especial deslaborizada. Debería haberlo aclarado, pues el crecimiento de la plantilla podría significar un consecuente aumento en el volumen del emprendimiento productivo que tornara inadmisibles la permanencia en un régimen promocional que apenas podría encontrar una misericorde justificación en emprendimientos de muy pequeña escala.

Para finalizar el escrutinio al art. 96 del decreto 70/2023, y en relación con los dos párrafos precedentes, resta señalar que el proyecto de ley “Bases” — que, al momento de ponerse punto final a este trabajo, ha obtenido media

---

<sup>29</sup> Utilizo la tipología de relaciones entre fuentes elaborada por Martín Valverde, Antonio, en “Concurrencia y articulación de normas laborales”, artículo publicado en *Revista de Política Social* n.º 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 5 a 31.

<sup>30</sup> “Art. 29. — *Interposición y mediación - Solidaridad - Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.*

*‘En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.*

*‘Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la ley nacional de empleo, serán considerados en relación de dependencia con carácter permanente contino, o discontinuo, con dichas empresas.’*

sanción legislativa— dispone incorporar al texto de su art. 93, que reproduce el del artículo 96 del decreto, un párrafo destinado a disuadir el uso abusivo de la figura examinada, prohibiendo la fragmentación o división de los establecimientos para obtener beneficios “en fraude a la ley”.

#### **4. La huelga y el decreto del Poder Ejecutivo, compañeros de viaje históricos**

Desde que la Argentina recuperó la vigencia del orden democrático — período que abarca cuatro décadas—, resulta una incongruencia que la regulación del derecho de huelga haya tenido en el decreto del Poder Ejecutivo su fuente predominante.

Así como el factor jurídico de mayor restricción de la huelga en la historia institucional argentina ha sido la jurisprudencia<sup>31</sup>, durante todo el período de estabilidad democrática la huelga —garantizada en forma directa por el poder constituyente desde 1957<sup>32</sup>— ha sido regulada eminentemente por reglamentos administrativos, cuyo contenido ha comprendido desde la instauración de regímenes integrales del ejercicio del derecho en los servicios esenciales hasta la determinación de los servicios mínimos. La excepción a esta regularidad ocurrió con la ley [25.877](#), promulgada el 18 de marzo de 2004, cuyo artículo 24 constituye el eje de un sistema complejo de regulación de la huelga en los servicios esenciales, integrado por el decreto reglamentario [272/2006](#) y los criterios de los órganos de control normativo de la OIT. El art. 97 del decreto 70/2023 propone sustituir el texto del citado art. 24 de la ley 25.877.

Enumero rápidamente tres decretos del Poder Ejecutivo, de los cuales dos (el decreto 2184/1990 y el DNU 70/23) configuran ordenamientos autónomos, es decir, que no reglamentan una norma legal dictada con anterioridad; el decreto que completa el terno (n.º 843/2000), si bien reglamentaba un artículo legal, el

---

<sup>31</sup> “En la jurisprudencia se puede encontrar una rica floración de huelgas declaradas ‘no huelgas’”. Cfr. López, Justo, “La huelga como acto jurídico colectivo”, en *Legislación del Trabajo*, 1972, N.º XX-A, p. 12.

<sup>32</sup> A diferencia del primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que ordena a “las leyes” cumplir el mandato de asegurar los derechos individuales del trabajador, el segundo párrafo deja directamente “*garantizado a los gremios: [...] el derecho de huelga*”.

texto de este era muy lacónico, y el dispositivo reglamentario constituía un régimen autosuficiente<sup>33</sup> que reguló la huelga en los servicios esenciales durante más de un lustro:

1) El decreto 2184/1990 fue la primera norma en utilizar el instituto de los servicios esenciales como elemento justificante de la restricción al ejercicio del derecho de huelga en la Argentina.

2) El decreto 843/2000, aunque era la norma reglamentaria del art. 33 de la ley 25.250<sup>34</sup>, configuraba un régimen integral y, como se acaba de señalar, casi autosuficiente de la huelga en los servicios esenciales, cuya regulación se distanciaba de la impronta intervencionista restrictiva del artículo legal que debía reglamentar para adecuarse a la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT.

3) El recientemente dictado DNU 70/2023.

Se pueden trazar ciertos paralelismos entre el decreto mencionado en primer término (2184/1990) y el reciente DNU 70/2023, pues existen características comunes entre ambos:

1) Los dos decretos han diseñado, cada uno a su tiempo, una regulación restrictiva del derecho de huelga con amplio alcance;

2) Los dos decretos recurren, como instrumento jurídico nuclear de la limitación al ejercicio del derecho, a la noción de *servicio esencial*, acompañada de la técnica asociada a este concepto, esto es, la exigencia de cumplimiento de servicios mínimos durante la ejecución de la medida de conflicto;

3) Los dos decretos comparten una motivación o causa-fin no explícita: al igual que el decreto 2184/1990, el DNU 70/2023 tiene por objeto el de anticiparse a impedir u obstaculizar, e ilegalizar, una conflictividad laboral que el gobierno

---

<sup>33</sup> No obstante que, en los fundamentos del decreto, se intentó justificar su dictado mediante la invocación de dos leyes que habían sido sancionadas entre 24 y 32 años de antes y, además, tenían por objeto la regulación de procedimientos aplicables al ejercicio de la huelga, no el fondo o contenido del derecho: la ley 14.786 (de 1958), sobre la conciliación obligatoria y el arbitraje voluntario, y la ley 16.936 (de 1966), que imponía el arbitraje obligatorio. La primera de ellas aún se encuentra vigente.

<sup>34</sup> Ley de reforma laboral promulgada por el presidente Fernando De la Rúa el 29 de mayo de 2000. Fue derogada y sustituida por la ley 25.877, promulgada el 18 de marzo por el presidente Néstor Kirchner.

de la respectiva etapa ha considerado inevitable como reacción adversa a reformas laborales en camino;

4) Los dos decretos incorporaron a su contenido —aunque no sin manipulación y distorsiones— fragmentos de la doctrina de los organismos de control de normas de la OIT.

## 5. El DNU 70/2023 y la doctrina jurídica de la OIT

Antes de adentrarme en el contenido del artículo 96 del decreto 70/2023, encuentro necesario hacer dos señalamientos. En primer lugar, que la sola mención del concepto de servicios esenciales lleva implícita una remisión al archivo hermenéutico de los órganos de control de normas de la OIT. La segunda observación se relaciona con los efectos jurídicos del concepto de servicio esencial.

Si bien este instituto es el más utilizado por las legislaciones comparadas para limitar el ejercicio del derecho de huelga —de ahí la importancia que le otorga al concepto la doctrina jurídica de la OIT— y, no obstante que este concepto es, por antonomasia, la contrafigura de la huelga en las mencionadas legislaciones, me encuentro obligado a hacer una vez más un doble señalamiento:

a) No todos los ordenamientos jurídicos limitan el ejercicio de la huelga apelando a la confrontación de este derecho con la idea o noción de servicios esenciales; (El instituto de los servicios esenciales no es utilizado, por ejemplo, en Alemania, Francia, México, Reino Unido y cabría incluir en la enumeración a Grecia, aunque contemplando algunos matices<sup>35</sup>.)

b) No basta la calificación de una actividad —por importante que esta sea— como servicio esencial, para neutralizar la garantía constitucional que recibe el derecho de huelga desde el artículo 14 bis de la constitución y otras normas de elevada jerarquía, dado que, a diferencia de otras constituciones — como, por ejemplo, las de Brasil, Colombia, España y Paraguay—, la utilización

---

<sup>35</sup> El art. 23.2 de la constitución de Grecia y la ley 1264/1982 del mismo país prevén la restricción de la huelga en las “*empresas de utilidad pública*”. La ley citada además establece la obligación de afectar una cantidad de personal a tareas de seguridad, denominado “*mínimo esencial*”.

del concepto de servicio esencial como condicionante del derecho de huelga no tiene fundamento en la Constitución Nacional argentina, que tampoco prevé una delegación al poder constituido —como lo hace expresamente el art. 28 de la Constitución del Perú— para que este regule el ejercicio del derecho en armonía con el interés social y señale sus excepciones y límites<sup>36</sup>.

El contrapeso necesario de cualquier garantía constitucional, con validez suficiente en términos jurídicos, no puede ser otro que la tutela de un derecho o interés de igual estatus normativo, como lo señaló la Corte Constitucional italiana a mediados de la década de 1980. En la Argentina, la justificación para restringir el alcance de la garantía constitucional al derecho de huelga puede extraerse de la salvaguarda equivalente, plasmada en el art. 42 de la Norma Fundamental, al derecho de los usuarios y consumidores a la protección, por parte de las autoridades del estado, en particular, de “su salud, seguridad e intereses económicos”, y en general, a “la calidad y eficiencia de los servicios públicos”.

La interpretación de ambas garantías constitucionales (a la huelga y a los derechos de usuarios y consumidores) no autoriza una interpretación que otorgue prevalencia a una sobre la otra, sino a procurar un equilibrio —mejor dicho, una compatibilización— entre sendas tutelas constitucionales. Los servicios mínimos son el instrumento ideado por la técnica jurídica más idóneo para alcanzar esa compatibilización entre garantías a derechos fundamentales.

Sin embargo, la atención prestada por los gobiernos a la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT suele no tener por finalidad *real* la adecuación de la normativa nacional a la internacional, que en la Argentina goza de jerarquía superior a la ley y, en algunos casos, de rango constitucional (art. 75.22, CN)<sup>37</sup>. En la mayoría de los casos, los criterios extraídos de la casuística

---

<sup>36</sup> “Artículo 28. Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga.

*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:*

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

<sup>37</sup> Art. 75: “Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

del Comité de Libertad Sindical o de las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones son incorporados a la legislación del respectivo país integrante de la OIT de manera fragmentaria y distorsionada, lo cual pone en evidencia que las remisiones al acervo jurídico de esos organismos son parte de un artificio que persigue una doble finalidad: ante la OIT, para simular el cumplimiento del Convenio n.º 87 y la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 por parte del estado miembro; y, en el ámbito interno del respectivo país, para investir a la normativa con una apariencia de legalidad, o constitucionalidad.

De convalidarse el texto del título IV del DNU 70/2023, la Argentina volvería a caer en ese lugar común del que la había apartado el art. 24 de la ley 25.877 y su doble reenvío a los “criterios” y “principios” del sistema de control normativo de la OIT. Las remisiones explícitas e implícitas a ese inventario de criterios interpretativos de las normas nacionales e internacionales que contiene el art. 97 del DNU, en sentido contrario al del efecto buscado, otorgan relieve a la violación de la normativa internacional y, por lo tanto, de la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 31 y 75.22).

Ejemplos de lo dicho abundan en el derecho comparado. Si se ilustrara mediante un gráfico simple, que ordenara en una línea las legislaciones occidentales que regulan el derecho de huelga en función de su grado de adhesión a la doctrina de los órganos de control de la OIT —partiendo desde una adhesión meramente simulada hasta un alineamiento genuino con los criterios de los referidos organismos internacionales—, podríamos ubicar, de izquierda a

---

*‘La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*‘Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.’*

derecha (es decir, de menor a mayor), en primer un extremo y a título de ejemplo, el caso de Chile (con la ley 20.940, de 2017), seguido por Colombia (ley 1210, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo en 2008), y en el extremo opuesto, se debería ubicar a Italia (con la ley n.º 146, de 12 de junio de 1990, modificada por la ley n.º 83, de 11 de abril de 2000) y, finalmente, a la Argentina (con el art. 24 de la ley 25.877). Si el título IV del DNU recobrara vigencia —en la hipótesis de que la Corte Suprema revocara la sentencia de la CNAT—, la ubicación del régimen argentino en el gráfico debería trasladarse 180 grados, situándose en el extremo opuesto, junto a los países que regulan el ejercicio de la huelga con mayor grado de limitación.

## **6. La calificación y enumeración de servicios y actividades productivas**

Ya se ha señalado que el art. 97 del DNU 70/2023 se propone sustituir el contenido del art. 24 de la ley 25.877, que contiene una lista breve de actividades enunciadas como servicios esenciales y delega en un órgano tripartito, denominado por el decreto reglamentario 272/2006 Comisión de Garantías<sup>38</sup>, la facultad de calificar a otras actividades, en casos excepcionales concretos, como servicios esenciales por extensión o servicios públicos de importancia trascendental con apego a los criterios de los órganos de control normativo de la OIT.

En el supuesto de que la vigencia del título IV del DNU fuera confirmada por la Corte Suprema, el art. 24 de la ley 25.877 pasaría a tener dos listados de actividades: uno, de “servicios esenciales en sentido estricto”, y otro, de “actividades de importancia trascendental”. En rigor, los listados de ámbitos de

---

<sup>38</sup> Órgano colegiado integrado por especialistas en derecho del trabajo, derecho constitucional y relaciones laborales designados a propuestas de los principales actores del tripartismo e instituciones académicas prestigiosas, creado por el decreto 272/2006 en cumplimiento de lo ordenado por el art. 24 de la ley 25.877, al cual el primero reglamenta. La Comisión tiene facultades de integración de la norma legal para determinar la aplicación de esta al ejercicio del derecho de huelga en casos concretos en los cuales la respectiva medida de conflicto pudiera afectar actividades que, sin estar incluidas en la nómina de servicios esenciales establecida en la propia ley, merezcan la calificación de “servicios esenciales por extensión” o “servicios públicos de importancia trascendental” de acuerdo con los criterios de los organismos de control de normas de la OIT.

restricción para el derecho de huelga vienen a ser tres, porque el artículo 97 del DNU contiene una tercera enumeración, en la que consigna cuatro supuestos de excepción —“circunstancias”, en los términos de la norma— en los cuales la Comisión de Garantías podría ejercer la función normativa que le otorgan el art. 24 de la ley 25.877 y el art. 2º, inc. a), del decreto 272/2006, que el art. 97 del nuevo decreto amplía, pero suprime implícitamente la función arbitral que el organismo independiente recibe de la normativa que aún rige el ejercicio de la huelga. Más abajo expresaré un comentario muy sintético sobre las facultades de la Comisión, debiendo remitirme a estudios desarrollados con anterioridad sobre el tema, que excede el propósito de este trabajo<sup>39</sup>.

El nuevo régimen, cuya vigencia se encuentra en suspenso por decisión de la CNAT, nada dice sobre la ley [27.161](#), que engrana complementariamente con el citado artículo 24, en tanto declara que “los servicios de navegación aérea, en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial en los términos del artículo 24 de la ley 25.877”.

Reafirmada la vigencia de la ley 27.161, sin perjuicio de que el máximo tribunal confirme o no la declaración de inconstitucionalidad del decreto 70/2023 pronunciada por la CNAT, la nómina de prestaciones que integran el servicio público de navegación aérea continuará conformando un listado complementario de la enumeración de servicios esenciales contenida en el art. 24 de la ley 25.877 —subrayo—, sea o no su texto sustituido por el art. 97 del DNU.

No está de más recordar que el servicio público de navegación aérea se desagrega en siete servicios que integran el concepto, los cuales reciben la calificación de servicio esencial por su relación con la preservación de la vida y la seguridad personal de pasajeros y trabajadores en aeropuertos y aeronaves. Esos servicios se encuentran expresamente mencionados en el art. 2º de la ley 27.161:

---

<sup>39</sup> Véanse los trabajos de mi autoría sobre “la huelga en los servicios esenciales” que integran las obras colectivas que menciono a continuación: Rodríguez Mancini, Jorge (director), *Derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, tomo 3, pp. 372/381; Ackerman, Mario E. (director) y Tosca, Diego M. (coordinador), *Tratado de derecho del trabajo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, t. VIII: *Relaciones colectivas de trabajo – II*, pp. 855/874.

- a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), (que incluye) los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS).
- b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM).
- c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS).
- d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM).
- e. El Sistema de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS).
- f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR) y
- g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET).

Volviendo a los listados del art. 97 del decreto 70/2023, este precepto, en primer lugar, hace una subdivisión de tipo cualitativo de actividades en las cuales el derecho de huelga queda sujeto a severas restricciones. Distingue los “servicios esenciales en sentido estricto” (haciendo propio el concepto construido por la Comisión de Expertos de la OIT) de las que denomina “actividades de importancia trascendental”, en versión libre de la subcategoría de “servicio público de importancia trascendental” correspondiente al léxico técnico del Comité de Libertad Sindical.

Es sabido que, en los repertorios de los órganos de control normativo de la OIT, la distinción entre los conceptos de servicio esencial en sentido estricto y servicio público de importancia trascendental —o el concepto equivalente de servicio de utilidad pública, en los términos utilizados por la Comisión de Expertos— tiene consecuencias significativas, tanto desde el punto de vista jurídico cuanto en la dinámica de las relaciones laborales: La huelga que afecta servicios esenciales en sentido estricto puede válidamente ser objeto de restricciones importantes que alcanzan hasta la prohibición, aunque, en tal hipótesis, los huelguistas deben poder usufructuar garantías compensatorias de tal impedimento<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> “En cuanto a la índole de las «garantías apropiadas» en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente.” Cfr. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición (2018), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 165, párr. 856.

En cambio, cuando se trata de actividades que no son servicios esenciales en sentido estricto, no es procedente una limitación absoluta del derecho de huelga. La huelga, en todo caso, puede ser objeto del requerimiento de servicios mínimos de actividad y de mantenimiento de instalaciones en los establecimientos afectados por la acción de conflicto.

En el texto del DNU, esa división de las actividades restrictivas en dos conjuntos da lugar, luego, a diferencias de tipo cuantitativo, ostensibles en los altos umbrales de “servicios mínimos” que el propio reglamento considera admisibles y que minimizan al extremo el campo de acción de la autonomía de las partes: 75% para las actividades calificadas como “servicios esenciales en sentido estricto”, y 50% para las “actividades de importancia trascendental”. Pasemos a revisar el enunciado de actividades contenido en sendos listados.

#### **6.1. Los servicios calificados como “esenciales en sentido estricto”**

Las siguientes son las actividades que el DNU califica como “servicios esenciales en sentido estricto”:

“a. Los servicios sanitarios y hospitalarios, así como el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos;

‘b. La producción, transporte y distribución y comercialización de agua potable, gas y otros combustibles y energía eléctrica;

‘c. Los servicios de telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales;

‘d. La aeronáutica comercial y el control de tráfico aéreo y portuario; incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques;

‘e. servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior; y

‘f. cuidado de menores y educación de niveles guardería, preescolar, primario y secundario, así como la educación especial.”

Sobre las actividades enunciadas en el acápite a), la inclusión de los servicios sanitarios y hospitalarios —enumerados también en el art. 24 de la ley

25.877— no presenta incompatibilidades con el Convenio n.º 87 ni con los denominados principios de los órganos de control. No así la mención de los “servicios farmacéuticos y de transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios” como servicios esenciales en sentido estricto, que parece un exceso del artículo, particularmente si no incluye elementos de tiempo y lugar que puedan dar cuenta de una eventual situación de peligro para la vida, la seguridad o la salud de la población. Estos servicios podrían ser calificados como servicios esenciales por extensión, enmarcados en ciertas circunstancias (v.gr., en un contexto de pandemia<sup>41</sup>, catástrofe natural o en zonas endémicas), o, en todo caso, como servicios públicos de importancia trascendental.

El inciso b) da lugar a interrogantes motivados en la inclusión de la “comercialización” de agua potable: ¿Comprende, por ejemplo, el transporte, distribución y venta de agua potable embotellada? En tal caso, ¿es pertinente la limitación del ejercicio del derecho de huelga en cualquier circunstancia de tiempo y zona geográfica? Quedan para mí entre signos de interrogación los motivos que llevaron al Poder Ejecutivo a incluir esa referencia en la lista de actividades en que la huelga está sometida al mayor grado de limitación. De todos modos, es pertinente señalar que el Comité de Libertad Sindical ha descalificado la inclusión de la actividad desarrollada por las “empresas de embotellamiento de agua mineral” como servicio esencial<sup>42</sup>.

En cuanto al “gas y otros combustibles”, hay que recordar que el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “el sector del gas [...] no constituye un servicio esencial en sentido estricto del término”<sup>43</sup>, no obstante lo cual este servicio se encuentra enlistado como tal en el art. 24 de la ley 25.877 por la importancia que tiene la explotación de este hidrocarburo para la economía argentina. Por otra parte, el Comité se pronunció en sentido contrario a la aplicación del arbitraje forzoso a un caso de *lock-out* en el “sector del gas y el

---

<sup>41</sup> He abordado el tema en “Las actividades y los servicios caracterizados como esenciales por la normativa de emergencia sanitaria: ¿Son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?”, publicado en la *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, Universidad de Málaga, Octubre 2020 – núm. 1, ISSN 2660-437X, pp. 146/162.

<sup>42</sup> Véase OIT, *La libertad sindical...*, recopilación cit., pp. 160/162, párr. 842 (con remisión a Recopilación de 2006, párrafo 587).

<sup>43</sup> OIT, recopilación cit., pp. 159/160, párr. 842.

petróleo”. El criterio sentado en esa oportunidad puede ser aplicado por analogía al ejercicio del derecho de huelga<sup>44</sup>.

El Comité de Libertad Sindical admite desde antaño que los “servicios de electricidad”, al igual que los “telefónicos”, son considerados esenciales en sentido estricto<sup>45</sup>, lo cual es justificado por la función que cumplen dichos servicios para la atención de la salud y el salvamento en situaciones de riesgo para la vida y la seguridad de las personas. No parece que esto sea directamente trasladable a la inclusión de los servicios de “telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales”, aunque tampoco pueden soslayarse los avances tecnológicos —que son posteriores a los referidos criterios interpretativos del Comité sobre el servicio telefónico, que aparecen recopilados desde 1985— ni menospreciarse el aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación para el salvamento de personas en situación de peligro para su vida, salud o seguridad. Por lo tanto, esas prestaciones podrían ser calificadas como servicios públicos de importancia trascendental o de utilidad pública, es decir, que en esas actividades la ejecución de la huelga puede ser condicionada por la exigencia de servicios mínimos<sup>46</sup>.

Salvo el control de tráfico aéreo<sup>47</sup> —que también se encuentra enumerado en el art. 24 de la ley 25.877—, ninguna de las actividades enunciadas en los incisos d) y e) es considerada servicio esencial en sentido estricto por el catálogo de criterios y principios de los órganos de control jurídico de la OIT<sup>48</sup>.

La referencia del inciso d) a “la aeronáutica comercial” —no al “transporte”, como en el listado subsiguiente, de “actividades de importancia trascendental”— me lleva a pensar que tiende a incluir al personal aeroportuario que presta tareas en tierra aunque estas no estén relacionadas con los vuelos

---

<sup>44</sup> “Si bien el impacto que un cierre patronal generalizado en el sector del gas y del petróleo podría tener [...] en la vida cotidiana, constituye sin duda una circunstancia nacional relevante, es necesario, para que se justifique el recurso al arbitraje obligatorio, que dichos impactos vayan más allá de una mera obstaculización del comercio y de los intercambios y que pongan en peligro la vida, la seguridad personal o la salud de toda o parte de la población.” Cfr. OIT, recopilación cit., p., 163, párr. 843.

<sup>45</sup> OIT, recopilación cit., pp. 160/161, párr. 840.

<sup>46</sup> Los servicios telefónicos estaban enumerados en el decreto 843/2000 pero fueron eliminados del listado de servicios esenciales en 2004, por el art. 24 de la ley 25.877.

<sup>47</sup> OIT, recopilación cit., pp. 160/161, párr. 841.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párr. 842.

de manera directa. El Comité de Libertad Sindical ha dicho que no son servicios esenciales: el servicio de “los pilotos de líneas aéreas”, ni “la carga y descarga en los puertos”, ni “la reparación de aviones”. Estos últimos, no obstante ser ajenos a la calificación como servicios esenciales “en sentido estricto”, pueden dar lugar a la obligación de cumplir servicios mínimos durante la ejecución de la acción de conflicto, como lo requirió de manera prudente la Comisión de Garantías en su dictamen N.º 3, de noviembre de 2011, con motivo de una huelga convocada por la Asociación de Personal Técnico Aeronáutico.

La prestación de servicios de dragado solo podría obligar al cumplimiento de servicios mínimos durante la huelga en función de una duración muy prolongada de la medida de conflicto; y, el servicio de balizamiento, dada la necesidad de despejar todo riesgo para la seguridad o la vida de pasajeros y tripulaciones de buques.

La inclusión de los servicios “aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior” en la nómina de servicios esenciales, a mi juicio, es merecedora de cuestionamiento. En principio, porque no compromete ninguno de los tres bienes jurídicos prioritarios reiteradamente enunciados en la doctrina técnica del sistema de control de la Oficina Internacional del Trabajo (“vida, seguridad y salud de la persona en toda o parte de la población”<sup>49</sup>). En relación con lo precedente, señalo que, en alguna decisión de las que se encuentran recopiladas desde 2006, el Comité ha apuntado que “los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos” no son esenciales en sentido estricto<sup>50</sup>.

Por lo demás, dado que el personal afectado al servicio de aduanas desempeña una función pública, es oportuno señalar que el Comité de Libertad Sindical ha aplicado a estos servidores de la administración estatal su conocida distinción entre funcionarios públicos que permite justificar la limitación del derecho de huelga en ciertos niveles jerárquicos<sup>51</sup>. El organismo internacional

---

<sup>49</sup> “Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.” Cfr. OIT, recopilación cit., párr. 836.

<sup>50</sup> OIT, recopilación cit., párr. 842.

<sup>51</sup> “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública solo en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.” “Los funcionarios que

que custodia la vigencia del principio de libertad sindical ha dicho, puntualmente sobre el personal de aduanas, que: “La prohibición de la huelga a los trabajadores en el servicio de aduanas, que pueden ser considerados como funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, no es contraria a los principios de la libertad sindical.”<sup>52</sup> Por otra parte, ha subrayado que no son esenciales “los servicios de exportación”<sup>53</sup>.

La pertinencia o no de la calificación de la educación como servicio esencial es fuente de discusión permanente en la Argentina. Al respecto, conviene comenzar por reiterar que la “esencialidad” de una actividad o servicio en el campo del derecho del trabajo se diferencia de lo que puede considerarse esencial en otras disciplinas jurídicas y en la política pública en general, porque posee una instrumentalidad exclusivamente destinada a limitar el ejercicio de la huelga, es decir, a acotar el alcance de la garantía constitucional de este derecho<sup>54</sup>.

Desde la óptica de los entes de contralor normativo de la OIT, corresponde advertir, en primer lugar, que el Comité de Libertad Sindical ha dicho que “el sector de la educación” no constituye servicio esencial en sentido estricto<sup>55</sup>. Incluso, en relación con la “esencialidad” de la educación —que está fuera de discusión en términos ajenos al derecho del trabajo y la garantía del art. 14 bis de la constitución—, el Comité puntualizó que: “Las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza no justifican su prohibición.”<sup>56</sup>

Ahora bien, el Comité también ha dado precisiones que constituyen verdaderas excepciones al enunciado general respecto de la educación como servicio no esencial en sentido estricto que alcanzan a las personas responsables de los establecimientos escolares. Así, ha señalado que: “Sin bien

---

*trabajan en la administración de justicia y en el poder judicial son funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, por lo que su derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, como la suspensión del ejercicio del derecho o incluso su prohibición.”* Cfr. OIT, recopilación cit., párr. 828 y 832.

<sup>52</sup> OIT, recopilación cit., párr. 833.

<sup>53</sup> *Ibidem*, párr. 842.

<sup>54</sup> Véanse los trabajos citados en la nota 39.

<sup>55</sup> OIT, recopilación cit., párr. 842.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 846.

el sector de la educación no constituye un servicio esencial, el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones o incluso ser prohibido”<sup>57</sup>. Y señaló también que son servicios esenciales en sentido estricto: “El suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares”<sup>58</sup>.

En síntesis, considerando las precisiones y matizaciones del Comité de Libertad Sindical, y que este órgano ha reiterado que: “Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”<sup>59</sup>, hay que concluir en que la educación no es servicio esencial en sentido estricto en ninguno de sus niveles, pero sí es admisible en esa actividad la exigencia de cumplimiento de servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga. Estos últimos, en magnitudes y condiciones acordes con la propia doctrina de los órganos de control jurídico de la OIT, que son excedidas por los porcentajes establecidos en el art. 97 del DNU, conforme se señala en los apartados V, VI y VII de este trabajo.

## **6.2. Las denominadas “actividades de importancia trascendental”**

El art. 97 del DNU considera que son “*actividades de importancia trascendental*” las que paso a enumerar:

- “a. Producción de medicamentos y/o insumos hospitalarios;
- ‘b. Transporte marítimo, fluvial, terrestre y subterráneo de personas y/o mercaderías a través de los distintos medios que se utilicen para tal fin;
- ‘c. Servicios de radio y televisión;
- ‘d. Actividades industriales continuas, incluyendo siderurgia y la producción de aluminio, actividad química y la actividad cementera;
- ‘e. Industria alimenticia en toda su cadena de valor;
- ‘f. La producción y distribución de materiales de la construcción, servicios de reparación de aeronaves y buques, todos los servicios portuarios y aeroportuarios, servicios logísticos, actividad minera, actividad frigorífica,

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 844.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 840.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 837.

correos, distribución y comercialización de alimentos y bebidas, actividad agropecuaria y su cadena de valor;

‘g. Los servicios bancarios, financieros, servicios hoteleros y gastronómicos y el comercio electrónico; y

‘h. La producción de bienes y/o servicios de toda actividad, que estuvieran afectados a compromisos de exportación.”

La norma extiende la calificación de servicios esenciales y de su secundaria, de “actividades de importancia trascendental”, al extremo de prestaciones cuya interrupción por causa de medidas de conflicto legítimas no podría poner en peligro la vida, la salud ni la seguridad de las personas, ni siquiera en circunstancias remotas. De modo tal que no pasa desapercibida la finalidad de impedir el ejercicio del derecho mediante la imposición de servicios que no admiten la calificación de “mínimos”, en tanto implican una virtual prohibición del ejercicio de la huelga. La fijación, impuesta imperativamente por el decreto, de mínimos de actividad del 75% para los “servicios esenciales en sentido estricto”, y del 50% para las “actividades de importancia trascendental”, da cuenta por sí misma de la neutralización de la eficacia del derecho con anticipación a su ejercitación.

El inventario de criterios interpretativos de los órganos de control de la OIT abunda en señalamientos acerca de la moderación inherente a los servicios mínimos. Estos deben consistir en actividades en las que no resulta justificada una “limitación importante” de la huelga, y en que, “sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”<sup>60</sup>.

Al margen de la cuantificación desmesurada de los servicios mínimos, el artículo 97 del DNU motiva objeciones de índole cualitativa por la inclusión en la nómina de “actividades de importancia trascendental” —entendido este concepto

---

<sup>60</sup> Gernigon, Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1987), núm. 4, p. 485, con cita de OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, párr. 162.

como lo que en el léxico del Comité de Libertad Sindical se denomina “servicios públicos de importancia trascendental” y para la Comisión de Expertos son “servicios de utilidad pública”<sup>61</sup>— de varias actividades (prácticamente todas) que no poseen entidad suficiente para ser calificadas como tales a los fines de limitar el alcance de la garantía constitucional al derecho de huelga.

Menos encajan esas actividades carentes de verdadera “importancia trascendental” en una enumeración de prestaciones que reciben un tratamiento propio de los “servicios esenciales en sentido estricto” puesto que parten de la imposición *ex lege* de un servicio mínimo del 50% de la actividad normal.

Los citados organismos internacionales han dicho y reiterado que no pueden dar lugar a limitaciones importantes al derecho de huelga, porque no son servicios esenciales en el sentido estricto del término, actividades como las que integran el segundo listado del art. 97 del DNU. Cito concretamente: “la radio-televisión”; “los puertos (carga y descarga)”; “los bancos”, en general, y “el banco central”, en particular; “los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos”; “la metalurgia y el conjunto del sector minero”; “el transporte en general” y, en particular, “los transportes metropolitanos” y “los servicios ferroviarios”; “la generación, transporte y distribución de combustibles”; “los servicios de correos”; “la recolección de basuras”; “los servicios de hotelería”; “la construcción”; “las empresas frigoríficas”; “la fabricación de automóviles”, “las actividades agrícolas” y “la producción de cerveza”<sup>62</sup>, entre otras.

## 7. La determinación de servicios mínimos

Las cotas tan altas fijadas como servicios mínimos por el DNU, tanto para los servicios calificados por el propio régimen como “esenciales en sentido estricto” cuanto para las denominadas “actividades de importancia

---

<sup>61</sup> Entre la categoría de servicios esenciales (en los cuales la huelga puede estar sujeta a restricciones severas e incluso llegar a ser prohibida) y los servicios no esenciales (donde no se puede prohibir), los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el de “servicios públicos de importancia trascendental” (terminología del Comité de Libertad Sindical) o “de utilidad pública” (terminología de la Comisión de Expertos). En estos, a juicio de los órganos de control de la OIT, no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento. Cfr. Gernigon, Odero y Guido, op. cit., p. 23.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 842.

trascendental”, tienen como consecuencia que la separación en dos listados de actividades se torne jurídicamente irrelevante, pues, en ambos casos, la limitación al derecho de huelga termina siendo omnímoda.

En el supuesto de que el DNU recuperase su vigencia, por una eventual revocación de la sentencia de la CNAT que resolviera la Corte Suprema, o porque el texto del art. 97 del decreto fuese reproducido en una ley posterior, el ejercicio del derecho de huelga quedaría prácticamente prohibido, dado que las enumeraciones que despliega el citado artículo 97 afectan, de manera directa, a decenas de servicios y actividades de los sectores industrial y agropecuario, en los cuales el derecho de huelga no podría ser materialmente ejercido por manifiesta carencia de eficacia, dados los umbrales de servicios mínimos extremadamente altos que preestablece el citado régimen.

A ello hay que sumar la capacidad concedida a la Comisión de Garantías para ampliar casi ilimitadamente la nómina de servicios considerados “esenciales en sentido estricto” y de “actividades de importancia trascendental” mediante fórmulas abiertas y en algunos casos difusas, diseñadas por la propia norma, entre las que cabe mencionar, a título ilustrativo, las “actividades industriales continuas” y “producción de bienes y/o servicios de toda actividad, que estuvieran afectados a compromisos de exportación”<sup>63</sup>.

El art. 97 del DNU no indica pautas de procedimiento para la determinación de los servicios mínimos, por lo que se debe interpretar que el DNU dejó ese aspecto librado a una eventual reglamentación. Dado que el nuevo régimen no afecta la vigencia de la Ley de Conciliación Obligatoria, n.º 14.786, es esperable que el cauce formal que establezca una hipotética norma reglamentaria no exceda el término del período de enfriamiento del conflicto, previsto en la referida ley 14.786.

El artículo tampoco da precisiones acerca del sujeto o entidad responsable de garantizar el cumplimiento de las prestaciones mínimas, que son indisponibles para las partes desde que, por debajo de los porcentajes

---

<sup>63</sup> Tribuzio, José Edgard, “Primeras impresiones sobre la regulación del derecho de huelga contenida en el artículo 97 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023”, en *Rubinzal-Culzoni digital* (RC D 741/2023).

preestablecidos, tienen vedada la autocomposición. Y, por encima de esos porcentajes, la hipótesis de acuerdo de voluntades es improbable.

Es improbable, pero no imposible. Por ello, no está de más señalar, anticipándome a la eventual reglamentación, que el modo más razonable de cubrir la laguna estaría en asignar a la Comisión de Garantías la función de establecer, en última instancia, los servicios mínimos definitivos<sup>64</sup>, a fin de no acentuar más aún el exacerbado intervencionismo del poder estatal. Aunque el margen residual en el que podría trabajar el colegio arbitral, acotado a porcentajes de servicio mayores a los prefijados por el DNU, no contribuiría a subsanar la ineficacia de la huelga ni la enervación de su garantía constitucional.

El DNU soslaya, de tal modo, la observación expresamente dirigida por la Comisión de Expertos de la OIT al estado argentino en el año 2003; oportunidad en la que este organismo dejó en claro que “la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, no corresponde al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente”<sup>65</sup>.

## 8. Integración y funciones de la Comisión de Garantías

Un aspecto para destacar positivamente en el DNU es la conservación de la Comisión de Garantías, cuyo desempeño desde 2006, aun descontándose un enigmático cuatrienio de inactividad por falta de convocatoria, demostró que la institucionalización del tripartismo —en este caso, ampliado— puede rendir frutos positivos al sistema de relaciones laborales.

El art. 97 del DNU reproduce los aspectos cuantitativo y cualitativo de la integración del organismo arbitral creado por el art. 2º del decreto 272/06, que este a su vez intentó reproducir las características de los miembros de la

---

<sup>64</sup> García, Héctor O. y Tribuzio, José E., “La nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales contenida en el DNU 70/23 y sus incompatibilidades con la garantía constitucional del derecho y la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT”, en vías de publicación en la *Revista de Derecho Laboral* de Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2024.

<sup>65</sup> OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión (2003), *Informe III (Parte 1 A). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (arts. 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe general y observaciones sobre ciertos países*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 239.

*Commissione di garanzia italiana*, creada por la ley n.º 146, del 12 de junio de 1990.

La comisión surgida del DNU mantendrá su integración de cinco miembros titulares. Dado que la norma —a diferencia del art. 5º del decreto 272/2006— no hace referencia a miembros suplentes o alternos, cabe suponer que la solución queda implícitamente librada a la reglamentación ulterior. El nuevo régimen mantiene los requisitos para integrar la Comisión que establece el decreto 272/2006 (tomados de la citada ley italiana), en tanto prescribe que sus miembros deben contar con “reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, de derecho laboral o de derecho constitucional y destacada trayectoria”.

En cuanto a las facultades de la Comisión, el art. 97 del DNU reacomoda la competencia del organismo que contempla la redacción original del art. 24 de la ley 25.877, al asignarle la atribución de calificar, mediante resolución fundada, como servicio esencial o como actividad de importancia trascendental una prestación no incluida en los listados que contiene el propio DNU, cuando se verifique alguna de estas tres circunstancias:

a) Que la extensión y duración de la interrupción de la actividad pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad;

b) Que la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública;

c) Que la interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de parte de la población;

d) Que la interrupción o suspensión de la producción pudiere poner en peligro el adecuado abastecimiento de productos críticos para la población y/o afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal.

El acápite b) debe ser interpretado por la propia Comisión evitando toda extralimitación en sus facultades, es decir, que una actividad que fuera incluida por los organismos de control de la OIT en alguno de los dos “conceptos intermedios” de la doctrina de estos órganos internacionales —“servicio público

de importancia trascendental” o “de utilidad pública”—, enunciado en la referida cláusula, no fuese calificada como “servicio esencial en sentido estricto” por el órgano arbitral argentino, es decir, exigiendo a los trabajadores huelguistas el cumplimiento de un servicio mínimo del 75% de la prestación normal.

El último inciso (d) es de una amplitud e imprecisión que parece tender a estimular la extralimitación de la Comisión de Garantías en el uso de sus facultades. Como si las extensas enumeraciones que contiene el artículo 97 no resultaran suficientes para estrechar al máximo el campo de acción de la huelga, el inciso opera como norma de clausura destinada a cerrar herméticamente toda posibilidad al conflicto laboral. Al dejar librada a la discrecionalidad del órgano arbitral la inclusión en la regulación restrictiva de una eventual actividad que no hubiere quedado comprendida en los supuestos enunciados en las referidas enumeraciones de la propia norma, se le otorga a dicho organismo una potestad reglamentaria del ejercicio de un derecho investido por una garantía constitucional, que la Constitución reserva a “las leyes” (art. 28 CN).

## **9. Para finalizar**

En los párrafos superiores se intentó brindar una somera información sobre la primera norma dictada por el nuevo gobierno de la Argentina: un DNU, cuyo vasto contenido comprende una reforma laboral que, al margen de las cavilaciones que motiva en cuanto a la constitucionalidad de algunos de sus institutos, debió haber sido instrumentado como anteproyecto de ley remitido al Congreso. El veto opuesto con firmeza por la CNAT, que se encuentra pendiente de revisión por el máximo tribunal federal, oscurece la vigencia del nuevo régimen.

En cuanto a la oportunidad de la reforma, son atendibles las posiciones que plantean la necesidad de una puesta al día de la Ley de Contrato de Trabajo, que este año alcanzó el medio siglo de antigüedad —la misma que están por alcanzar los convenios colectivos de mayor ámbito de cobertura—, además de que la legislación laboral argentina en general lleva dos décadas sin reformas de cierto alcance y profundidad, dejando a un lado el régimen legal del teletrabajo

—vigente desde abril de 2021— y esporádicos retoques puntuales de escasa trascendencia. Por fuera de la dimensión normativa, las tecnologías de la información y comunicación están cambiando las formas de trabajar, y los datos sobre el empleo y el mercado de trabajo son de catástrofe (mediciones públicas y privadas coinciden en que la informalidad supera el 45%).

La información, sin duda, es objetiva, tanto como es siempre subjetiva su lectura. Lo que está en duda es la pertinencia de los cambios que propone el DNU; si son o no los que la sociedad, la economía y el mercado de trabajo de Argentina necesitan.

Como suele ocurrir ante todo cambio, hay actores que demuestran resistencia a las reformas, por mero acostumbramiento al estado de cosas o por fundados temores a la pérdida de bienestar o de derechos y desconfianza hacia quienes toman las decisiones de la política pública. Pero, no son esas las únicas subjetividades que conspiran contra cualquier perspectiva de cambio eficiente. El legislador laboral argentino se ha caracterizado por observar las instituciones del trabajo y de las relaciones laborales en general, a través de las lentes del litigio; una óptica inadecuada, estrecha y morosa para seguir el paso de los avances científicos y los cambios sociales.

El articulado del título IV del DNU, y la parca docena de líneas que dedican sus considerandos para exponer la motivación de la reforma, dan cuenta de que el interés principal del gobierno argentino, en su asumido papel de legislador, se enfoca en la desgravación de la relación individual del trabajo, especialmente en despojarla de todo rubro susceptible de convertirse en un pasivo contable de fuente litigiosa. De esa teleología están imbuidas varias instituciones que pretende introducir el DNU, como la reducción de la base de cálculo de la indemnización por despido injustificado, la sustitución de esta por un fondo de cese laboral, la introducción del banco de horas, la moderación del método de actualización de créditos laborales por depreciación monetaria, la reiteración del límite legal al pacto de cuota litis y la examinada autonomización de trabajadores que, en el marco legal y constitucional actual, son dependientes.

Finalmente, las cortapisas al derecho de huelga como retaguardia para asegurar la eficacia de la reforma. Pensadas también como elemento disuasivo

de potenciales rebeldías, sindicales y de los trabajadores considerados individualmente, ante los cambios legislativos que previsiblemente no serán bienvenidos por sus destinatarios.

## Bibliografía

- CONFALONIERI (h), J. A. (2024). “Los ‘trabajadores colaboradores’. Una manifestación del renacimiento del derecho social como ‘jerigonza jurídica’ y de un indiscreto retorno al arrendamiento de servicios. Inconstitucionalidad del artículo 96 del DNU 70/2023, del 20 de diciembre de 2023”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*. Suplemento digital *La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, dossier N.º 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- DE SOTO RIOJA, S. (1998). *La libertad sindical negativa*, primera edición, Civitas – Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1998
- DE SOTO RIOJA, S. (1999). *La sindicalización forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el derecho comparado*, Mergablum Edición y Comunicación S.L., Sevilla.
- GARCÍA, H. O. (2020). “Las actividades y los servicios caracterizados como esenciales por la normativa de emergencia sanitaria: ¿Son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, Universidad de Málaga, Octubre – núm. 1.
- GARCÍA, H. O. (2021). “El nuevo régimen jurídico del teletrabajo y los nuevos derechos específicos del teletrabajador”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Universidad de Buenos Aires, Año 46, N.º 102, 2021-1: *El derecho del trabajo en la actualidad* (coordinación a cargo de Adrián Goldin).
- GARCÍA, H. O. y TRIBUZIO, J. E. (s/f, a publicarse próximamente). “La nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales contenida en el DNU 70/23 y sus incompatibilidades con la garantía constitucional del derecho y la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT”, *Revista de Derecho Laboral* de Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H. (1987). “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, núm. 4.

- GOLDIN, A. (2021). “El derecho del trabajo, hoy. Tendencias y desafíos”, en Caparrós, Lucas y García, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- LÓPEZ, J. (1972). “La huelga como acto jurídico colectivo”, *Legislación del Trabajo*, N.º XX-A.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1978). “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social* n.º 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A. (2007). *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo S.L., Coruña.
- MORI, A. y SEMENZA, R. (2018). “Il lavoro autonomo professionale, la sfide e la risposte istituzionali in Europa”, en Perulli, Adalberto (A cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia. Collana del Centro Studi Giuridici 14, nuova serie, Wolters Kluwer, Millán.
- OIT (2003). *Informe III (Parte 1 A). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (arts. 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe general y observaciones sobre ciertos países*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 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.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (2013). “La huida del derecho del trabajo hacia el ‘emprendimiento’, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013”, editorial del N.º 10 de la revista *Relaciones Laborales*, Madrid.
- TRIBUZIO, J. E. (2023). “Primeras impresiones sobre la regulación del derecho de huelga contenida en el artículo 97 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023”, *Rubinzal-Culzoni digital* (RC D 741/2023).

---

## CONTRATACIONES Y DESPIDOS EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

## HIRINGS AND TERMINATIONS IN THE PUBLIC SECTOR ENTITIES

Augusto VALENZUELA

*Abogado y Doctor Honoris Causa en Humanidades. Pas Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

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

Fecha de envío: 23/05/2024

Fecha de aceptación: 23/05/2024

---

## CONTRATACIONES Y DESPIDOS EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

Augusto VALENZUELA

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

---

**Resumen:** Las relaciones laborales en el Estado y los gobiernos locales están reguladas en la normativa constitucional y ordinaria la cual define los procedimientos que deben seguirse para terminar la relación laboral, previo cumplimiento del derecho de audiencia al trabajador que garantice su derecho de defensa; sin embargo, en el caso de Guatemala existe la posibilidad legal de que las organizaciones de trabajadores (sindicatos o coaliciones), puedan ejercer su derecho de negociación colectiva y, en caso de conflicto derivado de la misma, éste debe ser resuelto por los tribunales de trabajo y previsión social. Asimismo, para garantizar los derechos de los trabajadores, la ley ordinaria local regula que no se puede despedir a ningún servidor público si previamente no ha sido autorizado por el juez que conoce de la demanda colectiva.

**Palabras clave:** Contrataciones - Despidos - Conflicto colectivo - Reinstalación

**Sumario:** 1. La Administración Pública. 2. Régimen de funcionarios públicos (servicio civil). 3. Conflicto Colectivo de Trabajo Económico Social entre los órganos del Estado, sus instituciones descentralizadas y autónomas y los servidores públicos. 4. Sistemas de solución de conflictos colectivos. 5. Limitaciones del Estado y las Municipalidades en el despido de trabajadores.

**Abstract:** Labor relations in State and Local Governments are regulated in the constitutional and ordinary regulations which define the procedures to be followed to terminate the labor relationship, prior compliance with the worker's right to a hearing that guarantees his/her right of defense. However, in Guatemala's instance, there is a legal possibility for workers' organizations (unions or

coalitions) to exercise their right to collective bargaining and, in the event of a conflict arising from it, the conflict must be resolved by the Labor and Social Welfare Courts. Besides, to guarantee the rights of workers, the local ordinary law regulates that no public employee can be dismissed unless previously authorized by the judge hearing the collective complaint.

**Keywords:** Hiring - Dismissals - Collective conflict - Reinstatement

**Summary:** 1. Public Administration. 2. Regime of public officials (civil service). 3. Collective Conflict of Social Economic Work between State bodies, its decentralized and autonomous institutions and public servants. 4. Collective conflict resolution systems. 5. Limitations of the State and Municipalities in the dismissal of workers.

## 1. La Administración Pública

La Administración pública no sólo se refiere a las distintas actividades que el Estado debe llevar a cabo para cumplir sus fines, sino que también tenemos que referirnos a los diversos órganos que la forman en cuanto ejercen la actividad administrativa, y explican su estructura y modo de funcionamiento.

Para Leonard D. White (1950):

La Administración Pública consiste en las operaciones que tienen como propósito la realización o el cumplimiento de la política pública: Un sistema de administración pública es el conjunto de leyes, reglamentos, prácticas, planes, códigos y costumbres que prevalecen en un momento y sitio determinados para la realización y ejecución de la política pública.<sup>1</sup>

La Administración Pública es el sistema de gobierno, sistema político, el conjunto de manifestaciones de conducta humana que determina como se distribuye y ejerce la autoridad política y cómo se atienden los intereses públicos.<sup>2</sup>

El estudio de la administración pública del Estado o simplemente la Administración Pública, por lo general es compleja y constituye una de las actividades funcionales del Estado, como también lo son la legislativa y la jurisdiccional.

Toda administración implica organización y es por ellos que cuando nos referimos a la administración pública, no sólo nos referimos a las diversas actividades que realiza el Estado para cumplir sus fines, sino también nos referimos a los diversos órganos en cuanto ejercen la actividad administrativa, explicando su estructura y funcionamiento.

Jorge Mario Castillo González manifiesta que: “Administración Pública es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado, realizando el bien común y dicha actividad la llevan a cabo funcionarios y empleados, trabajando eficientemente las funciones administrativas.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> WHITE, Leonard D. (1950), Introduction to the study of Public Organization, Macmillan, Nueva York

<sup>2</sup> SAMAYOA PALACIOS, José Luis. Universidad Mariano Gálvez, 2002.

<sup>3</sup> CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario, Derecho Administrativo, Publicación INAP, Guatemala, 2007.

En la exposición de motivos de uno de los proyectos de la Ley de Servicio Civil (1968), se consigna:

El gobierno, dentro de un Estado, es el instrumento de expresión del poder público para la realización de las funciones que le son encomendadas por la ciudadanía. La administración pública, en su sentido general, puede ser considerada como la suma de estructuras y funciones organizadas para programar y realizar las políticas, los servicios y las obras de gobierno. Puede colegirse, entonces, que la eficiencia de la administración pública es de vital importancia para el funcionamiento del gobierno, para la vida del Estado y para la realización del desarrollo nacional.

## **2. Régimen de funcionarios públicos (servicio civil)**

### **2.1. Marco legal nacional**

- Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República establece que los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de un partido político. Asimismo, establece que el régimen de los trabajadores del Estado se rige por la Ley de Servicio Civil. Sin embargo, se exceptúan aquellas que se rijan por leyes o disposiciones propias.

Asimismo, establece que las entidades descentralizadas del Estado, que realicen funciones económicas similares a las empresas de carácter privado, se registrarán en sus relaciones de trabajo con el personal a su servicio por las leyes laborales comunes, siempre que no menoscaben otros derechos adquiridos.

- Ley de Servicio Civil

La Ley de Servicio Civil que data de 1968 tiene como objetivo regular las relaciones de la Administración Pública con sus trabajadores, garantizando así el desempeño económico y efectivo de la labor institucional del Gobierno.

La Ley de Servicio Civil regula lo relacionado al régimen de empleados públicos al servicio de la administración pública, estableciendo así un sistema de administración del personal. Por lo anterior, dicho cuerpo legal establece que los derechos consignados en dicha ley son garantías mínimas irrenunciables para los servidores públicos. Es por eso que son nulos *ipso jure*, todos los actos y disposiciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos reconocidos en ésta.

En uno de los considerandos de la Ley de Servicio Civil, se consigna que es necesario completar la legislación social de Guatemala, estableciendo además del Código de Trabajo y de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, una Ley de Servicio Civil que permita la realización y desarrollo de los principios contenidos en la Constitución de la República y que regule las relaciones de la Administración Pública con sus trabajadores.

La Ley de Servicio Civil, reconoce el derecho de asociación profesional de los servidores públicos, al establecer que los servidores públicos tienen el derecho de asociarse libremente para fines profesionales, cooperativos, mutualistas, sociales o culturales. Esta ley en sus disposiciones establecía que las asociaciones formadas por los servidores públicos no podían participar en actividades políticas y que estaba prohibida la huelga de los servidores públicos; sin embargo, esta disposición fue derogada tácitamente por la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, al reconocer el derecho de huelga de todos los trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas, con la limitación que en ningún caso, deberá afectar la atención de los servicios públicos esenciales

- Ley de Salarios de la Administración Pública

La Ley de Salarios de la Administración Pública tiene como objetivo principal establecer un sistema de remuneración justa y garantizar el cumplimiento del principio constitucional de igualdad de salario.

- Ley de Clases Pasivas del Estado

La Ley de Clases Pasivas del Estado establece un sistema de jubilación, pensión o montepíos para los trabajadores del Estado.

- Ley de Sindicalización y Regulación del Derecho de Huelga de los Trabajadores del Estado

En la ley de mérito, Decreto Número 71-86 del Congreso de la República de Guatemala, se consigna que los trabajadores del Estado y sus entidades autónomas y descentralizadas son parte de la clase trabajadora en general, por lo que se hace necesario regular el ejercicio de los derechos de libre sindicalización y huelga que les garantiza la Constitución, y se autoriza la libre sindicalización y el derecho de huelga; la forma de organización y funcionamiento de los sindicatos estatales; el procedimiento de la negociación colectiva, regulando como obligatoria la negociación en la vía directa; quiénes son los sujetos procesales en la negociación colectiva en la vía directa y en la vía jurisdiccional de la conciliación; determina la jurisdicción y competencia de los tribunales que pueden conocer en los conflictos económico-sociales que promuevan los servidores públicos contra el Estado.

- Código de Trabajo

El Código de Trabajo es el cuerpo legal que regula los derechos y obligaciones derivados de una relación laboral, así mismo establece los principios que rigen la relación laboral.

## **2.2. Marco jurídico internacional**

Guatemala ha ratificado los convenios:

a) No. 87, Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicalización;

b) No. 98, Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva;  
y,

c) No. 154, Sobre el fomento a la Negociación Colectiva, por lo que dichos instrumentos normativos son de obligada aplicación y cumplimiento en nuestro país.

### **2.3. Funcionarios Públicos y Empleados Públicos:**

#### **- Funcionarios Públicos**

El funcionario público se define como aquella persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente.

#### **- Empleado Público**

Es la persona individual que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligado a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o representante.

### **2.4. Clasificaciones del Servicio Público**

La normativa vigente clasifica los puestos al servicio del Estado de la siguiente manera:

- a) Servicio exento,
- b) Servicio con oposición,

c) Servicio sin oposición

- Servicio exento

Son aquellos puestos en los que en virtud de las funciones desempeñadas son considerados puestos de confianza. Por lo anterior, estos puestos son de libre nombramiento y remoción. Vale la pena señalar que en el servicio civil la máxima autoridad nominadora es el Presidente de la República.

- Servicio con oposición

El servicio por oposición se refiere a todos aquellos puestos que para su nombramiento deben poseer ciertas aptitudes y llenar los requisitos establecidos en la Ley de Servicio Civil, es decir, que estos deben pasar por un proceso de selección mediante el cual se debe establecer que estos poseen idoneidad para el puesto al que están aplicando.

- Servicio sin oposición

El servicio sin oposición son aquellos puestos en los que no se requiere que los candidatos se sometan al proceso de selección establecido en la Ley de Servicio Civil. Dentro de estos puestos se encuentran los Asesores Técnicos, Asesores Jurídicos y Directores de Hospitales.

### **3. Conflicto colectivo de trabajo económico social entre los órganos del estado, sus instituciones descentralizadas y autónomas y los servidores públicos**

De conformidad con nuestra legislación constitucional, la normativa internacional y legislación ordinaria laboral guatemalteca, los servidores públicos al servicio del Estado están legalmente autorizados para organizarse en simple

coalición o en sindicato y de presentarle a su empleador un pliego de peticiones o un proyecto de pacto colectivo de condiciones de trabajo, con el objeto de negociar un convenio colectivo o un pacto colectivo de condiciones de trabajo, que supere las condiciones mínimas contenidas en la Carta Magna, la Ley de Servicio Civil y leyes ordinarias aplicables a los servidores públicos.

El profesor Mario de la Cueva (1949) define el conflicto de trabajo en forma genérica exponiendo:

Los conflictos de trabajo son las diferencias que se suscitan entre los trabajadores y patronos, solamente entre aquellos o únicamente entre estos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo.

Y lo define en forma específica manifestando:

Se entiende por conflicto colectivo de trabajo, la controversia de naturaleza económica sobre creación, modificación, suspensión o supresión de las condiciones generales de trabajo y la de carácter jurídico que verse sobre el derecho a la existencia genérica o aplicación del contrato colectivo de trabajo, siempre que de este último caso se afecte el interés profesional que representan los sindicatos.<sup>4</sup>

Los conflictos colectivos se manifiestan en la existencia de una coalición o en la formación de una asociación profesional y particularmente en las huelgas y en los paros y se originan en una diferencia que se produce entre las partes de la relación laboral, la que puede ser individual o colectiva.

En el planteamiento colectivo, al conflicto laboral le precede la petición que formulan los trabajadores sin que sea atendida por la parte empleadora o sea atendida parcialmente.

#### **4. Sistemas de solución de conflictos colectivos de trabajo**

En las distintas legislaciones se regulan los sistemas de solución de los conflictos colectivos de trabajo, que pueden ser extrajudiciales o judiciales.

En Guatemala está regulada la vía directa que consiste en un procedimiento de autocomposición, por medio del cual las partes de un conflicto

---

<sup>4</sup> DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa, S.A., 1949, México.

colectivo, sin intervención de terceras personas, tratan de arribar a arreglos que son satisfactorios para los involucrados en el mismo y suscriben un convenio.

Es importante señalar que en la negociación puede intervenir una autoridad administrativa o uno o varios amigables componedores y que el arreglo a que las partes arriben debe concretarse en un documento que refleje la convención colectiva.

Dentro de las alternativas de solución de la negociación en la vía directa pueden ocurrir los escenarios siguientes:

- Que las partes no se pongan de acuerdo en ninguna de las peticiones presentadas para su negociación.
- Que las partes se pongan de acuerdo en algunas de las peticiones.
- Que las partes se pongan de acuerdo en la totalidad de las peticiones presentadas para su negociación.

En los primeros dos casos, transcurridos treinta días que la ley señala para negociar en la vía directa, las partes tienen el derecho de someter el conflicto al conocimiento de un juzgado de trabajo, para tratar de resolverlo por el procedimiento de conciliación.

En el último caso se tiene que cumplir con el requisito formal establecido en la ley laboral consistente en que debe extenderse el pacto colectivo por escrito en tres ejemplares, bajo pena de nulidad ipso jure quedando un ejemplar en poder de cada parte y el tercero al Ministerio de Trabajo.

## **5. Limitaciones del Estado y las Municipalidades en el despido de trabajadores**

En términos generales, el Estado de Guatemala, sus entidades descentralizadas y autónomas, así como los gobiernos locales, para poder terminar una relación laboral de un servidor público, deben seguir un procedimiento administrativo regulado en las leyes ordinarias que garantizan el derecho de audiencia debida del trabajador y una vez agotado, puede dar por concluida la misma.

Sin embargo, desde que se emitió la Constitución Política de la República de Guatemala en 1985, existe la posibilidad legal de la formación de sindicatos en el sector público y municipalidades, con su natural facultad de poder negociar colectivamente.

Para el efecto se emitió la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado, contenida en el Decreto 71-86 del Congreso de la República de Guatemala, normativa que no fue bien desarrollada y que permitió que los tribunales de trabajo ordinarios preexistentes, que originalmente fueron concebidos para el sector privado, conocieran de cualquier conflicto colectivo de carácter económico social derivado de la no negociación de un pliego de peticiones en la vía directa por sindicatos estatales o municipales ante su patrono.

Conforme a la legislación ordinaria, una vez se plantee un conflicto colectivo de carácter económico social ante los tribunales de trabajo y previsión social por parte de cualquier agrupación sindical, en este caso, el Estado o la municipalidad respectiva, no puede dar por terminada ninguna relación laboral si no es previamente con una autorización del juez de trabajo que conoce el conflicto. Igual regla ocurre para cualquier ente patronal del sector privado.

En la práctica se han desarrollado una serie de organizaciones sindicales en el sector público, ya sea por ministerio de estado o cualquier de sus dependencias, entidades descentralizadas o autónomas o municipalidades, lo que ha provocado un desorden administrativo y no ha permitido un manejo apropiado de las relaciones laborales colectivas en el Estado, porque se han formado muchos sindicatos que su único propósito ha sido gozar de fuero sindical, en especial para los miembros del comité ejecutivo del sindicato y en el fondo no necesariamente con la intención de negociar colectivamente un pliego de peticiones.

Es menester señalar que los sindicatos de trabajadores o coaliciones al momento de plantear un conflicto colectivo económico social ante los tribunales de trabajo y previsión social, la ley establece que ningún trabajador, sindicalizado o no, no puede ser objeto de despido y muchas veces más de una organización

laboral ha planteado ese tipo de peticiones, por lo que existen prohibiciones de más de un juez de trabajo en el sentido indicado.

A nuestro juicio, esto ha provocado una situación inmanejable en el Estado y los gobiernos locales, porque no ha sido posible terminar contratos laborales aún con causa justificada, en tanto un juez de trabajo no autorice la terminación del mismo, lo que ha provocado que muchas entidades del Estado o municipales en clara violación a la ley, den por terminada la relación laboral sin contar con la autorización judicial previa lo que legitima y faculta a cualquier servidor público afectado para que gestione ante el tribunal de trabajo competente su reinstalación en el puesto de trabajo, ordenando el reintegro al trabajo y el pago de los salarios dejados de percibir desde el día del despido ilegal hasta la fecha de la efectiva reinstalación, siendo muchas veces altas cantidades de dinero que debe erogar el Estado.

El juez de trabajo conforme a la legislación vigente tiene la obligación de ordenar, en un plazo de 24 horas, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo; sin embargo, esta resolución conforme la normativa procesal puede ser motivo de un recurso de apelación y en tanto no quede firme no se viabiliza la referida reinstalación.

En esta situación ya es insostenible para el sector Estado y municipalidades, lo que amerita pensar en una readecuación de la legislación a efecto de darle una solución a la situación práctica que se vive en Guatemala en materia de relaciones laborales con servidores públicos.

Se sugiere que para buscar una solución ante la situación actual, se emita una legislación adecuada para ejercitar los derechos laborales de libertad de sindicalización y negociación colectiva para el sector Estado y municipalidades e igualmente se emita una disposición legal especial para la homologación de las convenciones colectivas por parte de la autoridad administrativa de trabajo, en virtud de que cualquier decisión en materia financiera afecta el presupuesto general del Estado o de las municipalidades, por lo que debe existir, previo a realizar una negociación colectiva, dictámenes técnico jurídico financieros que establezcan la capacidad económica de la entidad patronal para hacerle frente a este tipo de peticiones colectivas.

En consecuencia, se hace necesario el estudio de la legislación actual vigente en materia de relaciones laborales del Estado y de sus entidades autónomas o descentralizadas, así como de las municipalidades del país, a efecto de poder modificar y, en su caso, crear nueva legislación que permita, sin perjudicar los derechos laborales, regular adecuadamente el tema de contrataciones y despidos, negociación colectiva y, en su caso, las reinstalaciones en el trabajo que derivan del planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social.

## **Bibliografía**

DE LA CUEVA, M. (1949). *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, S.A., México.

CASTILLO GONZÁLEZ, J. M. (2007). *Derecho Administrativo*, Publicación INAP, Guatemala.

SAMAYOA PALACIOS, J. L. (2002). Universidad Mariano Gálvez.

WHITE, L. D. (1950). *Introduction to the study of Public Organization*, Macmillan, Nueva York.

---

## TRÊS DIMENSÕES DA NÃO NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA: UM ESFORÇO DE SISTEMATIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO

## THREE DIMENSIONS OF TECHNOLOGICAL NON- NEUTRALITY: A SYSTEMATIZATION FROM THE PERSPECTIVE OF DIGITAL LABOUR PLATFORMS

Fernando PASQUINI

*Professor no Curso de Graduação em Engenharia Biomédica e Pós-Graduação em Engenharia Biomédica, Universidade Federal de Uberlândia (Brasil). Doutor em Engenharia Elétrica, subárea Sistemas Dinâmicos, Escola de Engenharia de São Carlos/Universidade de São Paulo (Brasil). Pesquisador no Núcleo de Inovação e Avaliação Tecnológica em Saúde (NIATS-UFU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2259-7229>.*

[fernando.pasquini@ufu.br](mailto:fernando.pasquini@ufu.br)

Ney MARANHÃO

*Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Pará (Brasil). Doutor em Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo (Brasil). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos, Universidade Federal do Pará (Brasil). Professor instrutor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Brasil). ORCID:*

*<https://orcid.org/0000-0002-8644-5902>.*

[ney.maranhao@gmail.com](mailto:ney.maranhao@gmail.com)

Fecha de envío: 16/04/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## TRÊS DIMENSÕES DA NÃO NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA: UM ESFORÇO DE SISTEMATIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO

Fernando PASQUINI

*Universidade Federal de Uberlândia (Brasil)*

Ney MARANHÃO

*Universidade Federal do Pará (Brasil)*

---

**Resumen:** Objetiva-se investigar o intrigante contraste entre *ubiquidade* e *neutralidade* tecnológica, máxime diante do fenômeno contemporâneo das plataformas digitais de trabalho, perquirindo-se, mais precisamente, a veracidade da assertiva de que a tecnologia seria neutra quanto a fins, valores e subjetividade humana. Esse fenômeno de facilitada adesão social à narrativa da “neutralidade” tecnológica é apreciado sob o prisma justificador do liberalismo tecnológico. Na esteira de uma incursão multidisciplinar, entremeando direito e filosofia, conclui-se que, em maior ou menor grau: i) a tecnologia, em si, pode ser boa ou má, independentemente de seu uso; ii) a tecnologia, em sua concepção, criação e aplicação, exprime opções humanas e, logo, veicula normas e valores sociais; iii) a tecnologia promove interferências na subjetividade humana, passando longe de ser um item puramente técnico, apartado e distante do homem que o cria e usa. É dizer: a tecnologia – inclusive as plataformas digitais que intermedeiam o trabalho humano – não é neutra seja quanto a fins, seja quanto a valores, seja quanto à subjetividade. Instiga-se, em arremate, pela migração do foco de reflexão do paradigma da *neutralidade* para o paradigma da *ambivalência*. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo.

**Palabras clave:** Tecnologia - Plataformas Digitais de Trabalho - Neutralidade

**Sumario:** 1. Introdução. 2. Não-neutralidade quanto a fins: adaptação reversa e monismo da técnica. 3. Não-neutralidade quanto a valores: política dos artefatos e redes sociotécnicas. 4. Não-neutralidade quanto à subjetividade: mediação tecnológica e caráter humano. 5. Sobre a “plausibilidade” da ideia de “neutralidade” tecnológica. Mais algumas considerações à luz do liberalismo tecnológico. 6. Considerações Finais.

**Abstract:** Our objective is to investigate the intriguing contrast between *ubiquity* and technological *neutrality*, especially given the contemporary phenomenon of digital labour platforms. More precisely, we investigate the veracity of the assertion that technology would be neutral in terms of purposes, values and human subjectivity. This phenomenon of an easy social adherence to the narrative of technological “neutrality” is then appreciated from the perspective of technological liberalism. In the wake of a multidisciplinary incursion, interweaving law and philosophy, we conclude that, to a greater or lesser extent: i) technology itself can be good or bad, regardless of its use; ii) technology, in its conception, creation and application, expresses human options and, therefore, conveys social norms and values; iii) technology interferes in human subjectivity, and is far from being a purely technical item, separate and distant from the man who creates and uses it. That is to say: technology – including the digital platforms that mediate human work – is not neutral in terms of ends, values, or subjectivity. In conclusion, we instigate the migration of the focus of reflection from a paradigm of neutrality to a paradigm of ambivalence. The research is qualitative, eminently bibliographical, using the hypothetical deductive method.

**Keywords:** Technology - Digital Labour Platforms - Neutrality

**Summary:** 1. Introduction. 2. Non-neutrality in terms of: reverse adaptation and technical monism. 3. Non-neutrality regarding values: politics of artifacts and sociotechnical networks. 4. Non-neutrality as to subjectivity: technological media and human character. 5. Regarding “plausibility” gives the idea of technological

“neutrality”. More considerations in light of technological liberalism. 6. Final Considerations.

## 1. Introdução

A tecnologia invade cada centímetro de nossas vidas. Estamos mergulhados em uma miríade de artefatos tecnológicos: portas automáticas, carros inteligentes, computadores pessoais, *smartphones*, redes de *Wi-Fi*, alarmes digitais, utensílios de cozinha, aparelhos de limpeza doméstica, relógios de pulso etc. De fato, a tecnologia, máxime a digital, permite-nos hoje experimentar atividades humanas cotidianas de uma maneira inteiramente diferente: comer, conversar, trabalhar, comprar e até namorar. Verdadeiramente, hoje, a imensa maioria de nossas interações sociais, laborais, culturais e econômicas tem sido mediadas por um denso ecossistema de plataformas digitais de abrangência global, alimentado por dados e dirigido por algoritmos, exprimindo uma genuína sociedade de plataforma<sup>1</sup>. Parafraseando às avessas o apóstolo Paulo, os seres humanos contemporâneos bem poderiam até dizer, quanto ao ecossistema digital: “nele vivemos, e nos movemos, e existimos”<sup>2</sup>.

Entretanto, nada obstante esse evidente espriar tecnológico sobre o nosso cotidiano e todas as vivências novidadeiras que essa realidade tem nos propiciado, a vetusta narrativa da neutralidade tecnológica continua senso cultivada no senso comum e mesmo em grandes círculos acadêmicos. Esse intrigante contraste entre *ubiquidade* e *neutralidade* tecnológica constitui o tema central deste ensaio. O tema é de crucial importância, uma vez que estamos todos não apenas rodeados de artefatos tecnológicos dotados de marcante imprescindibilidade<sup>3</sup>, senão que também embebidos com uma racionalidade tecnicista, em que a solução de todo e qualquer “problema” – desde a proteção

---

<sup>1</sup> VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The platform society*. New York: Oxford University Press, 2018.

<sup>2</sup> BÍBLIA SAGRADA. Novo Testamento, Atos dos Apóstolos, capítulo 17, versículo 28. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e Atualizada. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p. 199.

<sup>3</sup> “Hoje os supostos técnicos da vida superam gravemente os naturais, de sorte tal que materialmente o homem não pode viver sem a técnica a que chegou” (ORTEGA Y GASSET, José. *Meditação da técnica*. Tradução de Luís Washington Vita. Rio de Janeiro: LIAL, 1963, p. 87).

do meio ambiente até a sonhada imortalidade – parece perpassar necessariamente pela instrumentalidade da tecnologia como solução<sup>4</sup>.

Mais precisamente, nossa proposta consiste em sistematizar alguns argumentos encontrados na literatura de Filosofia da Tecnologia e de Estudos Sociais de Ciência e Tecnologia (ESCT) quanto à não-neutralidade da tecnologia. Optamos por agrupar esses argumentos em formato tridimensional: a não-neutralidade da tecnologia quanto a *fins* (a tecnologia, em si, não seria nem boa nem má, mas apenas seu uso?), quanto a *valores* (a tecnologia, em sua criação e aplicação, estaria isenta de diretrizes axiológicas?) e quanto à *subjetividade* (a tecnologia poderia ser usada de forma objetiva, metódica e distanciada, sem interferências da visão de mundo de seu usuário?).

Decerto, as três formas de colocar a questão são muito próximas: os fins pressupõem valores e subjetividade; os valores pressupõem fins e subjetividade; e a subjetividade pressupõe fins e valores. No entanto, realizamos essa divisão tendo em vista uma sistematização que seja didática em seus propósitos, visando a melhor ensinar e argumentar sobre a questão para pessoas não familiarizadas com o assunto. Ainda assim, permanecemos conscientes de que a distribuição dos argumentos encontrados na literatura nessas três categorias pode não ser perfeita, ou seja, muitas vezes um argumento ou reflexão pode dizer respeito à mais de uma categoria ou mesmo colocar a questão de uma forma que se refira a elas de forma indireta. Reiteramos, porém: a nosso ver, esse alerta não retira a valia didática desse método triangular de exposição do tema.

Como é de fácil inferência, eis nosso problema de pesquisa: a tecnologia é verdadeiramente neutra? Nossa hipótese sinaliza no sentido de *refutar* a narrativa tradicional da neutralidade tecnológica. O objetivo geral deste artigo consiste em sistematizar argumentos científicos em torno do que temos por três dimensões da não-neutralidade tecnológica. Os objetivos específicos dizem com a exposição detalhada de que a tecnologia não é neutra seja quanto a fins, seja

---

<sup>4</sup> A respeito, entre outros: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968; GOUDZWAARD, Bob. *Capitalismo e progresso: um diagnóstico da sociedade ocidental*. Viçosa: Ultimato, 2019; SCHUURMAN, Derek. *Moldando um mundo digital: fé, cultura e tecnologia computacional*. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2019.

quanto a valores, seja quanto à subjetividade. As seções que se seguem espelham exatamente esse arranjo argumentativo tridimensional. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo.

## **2. Não-neutralidade quanto a fins: adaptação reversa e monismo da técnica**

O pressuposto de que a tecnologia se apresenta apenas como um meio que se ajusta para o cumprimento de um fim parece ignorar que o processo contrário também acontece: os próprios fins podem se ajustar para que os meios disponíveis sejam possíveis de serem empregados. Langdon Winner identifica esse processo como *adaptação reversa*<sup>5</sup>. A dinâmica desse processo é exposta com clareza por George Grant, como segue:

“A tecnologia produz, define e restringe uma série de opções subsequentes que podem ser selecionadas pelo usuário e a seleção dessas opções depende, por sua vez, de uma aplicação tecnológica mais ampla. Em resumo, não estamos livres para usar várias tecnologias da maneira que escolhemos, [pois] aquele que escolhe é moldado pelas escolhas sendo feitas ou contempladas. A visão moral, e, portanto, também a avaliação moral, são envolvidas por um conjunto de valores que são impostos pelo potencial tecnológico ao invés do contrário”<sup>6</sup>.

Bruno Latour e Madeleine Akrich<sup>7</sup> também explicam esse processo apontando para a maneira como uma tecnologia se apresenta como um *script* de ação, que é apreendido pelo usuário como uma forma de tradução de ações, tais como: “para matar, aperte o gatilho da arma” ou “para realizar ligações telefônicas, compre um telefone e uma linha telefônica, aperte os números no

---

<sup>5</sup> WINNER, Langdon. *Autonomous technology: technics-out-of-control as a theme in political thought*. Mit Press, 1978.

<sup>6</sup> GRANT, George. *Technology and empire: perspectives on North America*. Toronto: Anansi, 1969, p. 42.

<sup>7</sup> AKRICH, Madeleine; LATOUR, Bruno. A summary of a convenient vocabulary for the semiotics of human and nonhuman assemblies. In: BIJKER, W. & LAW, J. *Shaping technology building society studies in sociotechnical change*. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 259-264.

teclado, bem como garanta que a outra pessoa também tenha um número de telefone etc.". É por meio dessa tradução de ações que uma finalidade se instância de forma concreta dentro do escopo de possibilidades materiais e, dessa forma, pode precisar ser alterada ou ajustada. O cumprimento da finalidade de realizar um telefonema, por exemplo, subordina-se à necessidade da presença de uma infraestrutura de rede telefônica compartilhada, o que também significa, inversamente, que aquele que quiser realizar um telefonema sem utilizar a infraestrutura de rede telefônica não pode fazê-lo – ou seja, ele não está livre para escolher o meio que cumprirá seu fim, mas deve ajustar seu fim ao meio disponível<sup>8</sup>.

O ajuste do fim ao meio disponível altera radicalmente o significado e as implicações de uma ação. Como exemplo, suponha um agricultor desejando cultivar alimento em uma sociedade agrária pré-moderna. Os meios disponíveis para ele provavelmente incluiriam técnicas locais de cultivo e uma comunidade de pessoas reunidas em torno de uma prática, sendo esta provavelmente uma tradição adquirida e passada entre gerações. O ato de cultivar envolveria conexões fundamentais com a terra, os ritmos e estações, a comunidade<sup>9</sup>. No entanto, se transportarmos esse mesmo agricultor para o mundo contemporâneo de grandes áreas de cultivo suportados pelo amplo uso de tecnologias e fertilizantes, veremos que a técnica tradicional se torna praticamente inviável, devido a dificuldades econômicas e a própria ausência de uma comunidade rural tradicional, que provavelmente já teria sido deslocada pela solução tecnológica. Para cumprir a finalidade do cultivo, portanto, o agricultor deve eliminar certas

---

<sup>8</sup> Bruno Latour traz os seguintes exemplos práticos: "Pode-se dizer que, em princípio, é possível aterrissar um Boeing 747 em qualquer lugar; mas tente na prática aterrissar um deles na 5a Avenida, em Nova York. Pode-se dizer que, em princípio, o telefone nos põe tudo ao alcance da voz. Mas tente falar de San Diego com alguém no interior do Quênia que, na prática, não tem telefone. Pode-se perfeitamente afirmar que a lei de Ohm (Resistência = Tensão/Corrente) é universalmente aplicável em princípio; mas tente demonstrá-la na prática sem voltímetro, wattímetro e amperímetro. [...] Em todos esses experimentos mentais é fácil perceber a enorme diferença que há entre princípio e prática, e que, quando tudo funciona de acordo com o planejado, significa que ninguém se afastou nem um centímetro da rede bem guardada e perfeitamente fechada. Sempre que um fato se confirma e uma máquina funciona, significa que as condições do laboratório ou da fábrica de certo modo foram expandidas" (LATOURE, Bruno. *Ciência em ação*: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Unesp, 2000, p. 391-392).

<sup>9</sup> BERRY, Wendell. *The unsettling of America: culture and agriculture*. Berkeley: Counterpoint, 2015.

características tradicionalmente envolvidas no ato do cultivo, como a conexão maior com a terra, os ritmos, a natureza e a comunidade, e adicionar novas características, sobretudo a maximização da eficiência produtiva tendo em vista um maior lucro<sup>10</sup>.

Jacques Ellul<sup>11</sup> também identificou esse processo e lhe deu o nome de *monismo da técnica*: a situação na qual a solução tecnológica disponível torna-se uma forma de reenquadrar o problema original, ignorando-se ou redefinindo-se as características do problema original que não correspondem à solução tecnológica. Com o tempo, uma certa solução tecnológica começa a aparecer como o único meio disponível, aceitável e factível para realizar um determinado fim, excluindo certos sentidos ou implicações que só poderiam ser garantidos através de outros meios. Ivan Illich, por sua vez, ressalta como esse processo se aplica a múltiplas áreas da sociedade moderna: agricultura, educação, transportes, entre outras<sup>12</sup>.

Na mesma linha, Bruno Latour<sup>13</sup> e diversos outros na área de Estudos Sociais de Ciência e Tecnologia (ESCT) notam como a tecnologia configura redes sociotécnicas que tornam certos ideais mais viáveis do que outros – sendo, no caso de Latour, a teoria chamada de Teoria *Ator-Rede*. Segundo esse pensador, um ator só pode realizar uma ação significativa dentro de uma rede se é capaz de “alistar” diversos aliados por meio de tradução de interesses – seja esses aliados seres humanos ou artefatos materiais. É possível destacar esse processo na própria área da ciência, mostrando que ela nunca é feita em isolamento. Basta recordar que ciência bem-sucedida é aquela que soube “jogar” com o “social” a seu favor, ou seja, “teve meios de ajustar múltiplos interesses sociais e políticos no desenvolvimento e resolução de problemas cognitivos”,

---

<sup>10</sup> Albert Borgmann identifica especificamente este processo como a mudança de um regime de “coisas” – objetos contextualizados dentro de uma rede de relações naturais e sociais – para um paradigma de “dispositivos”, que abstraem uma certa característica, experiência ou valor (*commodity*) de seu ambiente. A respeito, confira-se: BORGMANN, Albert. *Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry*. University of Chicago Press, 1984.

<sup>11</sup> Ellul mostra como o monismo dá origem ao automatismo da escolha técnica: uma certa tecnologia aparece como a única e melhor solução disponível a ser tomada, eliminando a liberdade humana no processo. A respeito dessas reflexões, confira-se: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

<sup>12</sup> ILLICH, Ivan. *Tools for conviviality*. Harper and Row, 1973.

<sup>13</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora*. São Paulo: Unesp, 2000.

bem como foi “sustentada por uma rede sociotécnica estável”<sup>14</sup>. Assim, a própria pesquisa científica também não se revela neutra com relação a fins, mas requer que o sujeito os ajuste de acordo com a configuração institucional e axiológica da prática científica corrente.

Os conceitos de *adaptação reversa* e *monismo da técnica* levantam a questão da possibilidade de uma verdadeira pluralidade de fins na prática técnica (e científica). A existência de uma rede sociotécnica estável e concretizada materialmente faz surgir uma certa permanência ou obstinação (*obduracy*) de certos fins e valores<sup>15</sup>, inviabilizando a expressão de fins alternativos cujas características não sejam contempladas pelos meios disponíveis. Logo, ao ditar certos fins, a tecnologia enfatiza determinados escopos. Com isso, naturalmente, ignora, invisibiliza, ridiculariza ou mesmo destrói outros mais. Perceba-se, como destaca Alberto Cupani, que, no âmbito da sociedade industrial, o trabalho produtivo é por demais valorizado, mas a consagração a Deus ou a dedicação à arte, por exemplo, não o são. Assim, “bastaria essa seletividade para suspeitar que a tecnologia não é neutra com relação a um dado panorama cultural”<sup>16</sup>. Esse problema também se repete no caso da não neutralidade quanto a valores e quanto ao sujeito, aspectos que serão abordados mais adiante.

Trazendo esses aportes teóricos para o campo das plataformas digitais de trabalho, vale pontuar, por primeiro, que estamos no âmago de uma chamada “quarta revolução industrial”, cujos avanços tecnológicos na seara digital têm se revelado de impactação verdadeiramente disruptiva. Essas tecnologias ultrapassam o mero processo de digitalização, sendo uma forma muito mais complexa baseada na combinação de várias tecnologias de forma totalmente novidadeira, caracterizada, basicamente, pela fusão das esferas física, digital e biológica<sup>17</sup>. Nessa nova ordem de coisas, exsurtem as plataformas digitais,

<sup>14</sup> PREMEBIDA, Adriano; NEVES, Fabrício Monteiro; ALMEIDA, Jalcione. Estudos sociais em ciência e tecnologia e suas distintas abordagens. *Sociologias*, v. 13, n. 26, 2011, p. 22-42.

<sup>15</sup> Vide: DOTSON, Taylor. *Technically together: reconstructing community in a networked world*. MIT Press, 2017, capítulo 7; MILLER, Boaz. Is Technology Value-Neutral? *Science, Technology, & Human Values*, v. 46, n. 1, 2021, p. 53-80.

<sup>16</sup> CUPANI, Alberto. *Filosofia da tecnologia: um convite*. 3. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2017, p. 189.

<sup>17</sup> SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 13 e 23.

poderosos agentes econômicos<sup>18</sup> que viabilizam a conexão de multidões e têm invadido todas as dimensões da vida humana – do lazer ao comércio, da saúde à política, da alimentação ao transporte, do amor ao trabalho. No campo laboral, propriamente, as plataformas digitais de trabalho constituem ferramentas tecnológicas mediadoras do trabalho humano à base do processamento de enormes volumes de dados, meticulosas programações algorítmicas e acesso mediante consentimento por simples adesão<sup>19</sup>. Sua dinâmica de funcionamento, pouquíssimo transparente e não raro garroteando a liberdade<sup>20</sup>, tem suscitado enormes desafios à pauta dos direitos humanos, inclusive do trabalho decente<sup>21</sup>. Daí se afigurar inteiramente adequado que o contraste entre ubiquidade e neutralidade tecnológica também atinja as lindes da plataformização do trabalho.

A propósito, nesse particular, entre inúmeros outros fatores, tem chamado a atenção dos estudiosos a imensa dificuldade na capacidade de coalizão da força de trabalho, sobretudo para os chamados *clowdworkers* – trabalhadores que realizam suas atividades inteiramente no regime telepresencial, a partir da “nuvem”, na medida em que intermediados por plataformas digitais unicamente baseadas na internet (Amazon Mechanical Turk, Microtask etc.) –, haja vista a brutal dispersão física entre seus exercentes, distribuídos que estão por todo o globo terrestre<sup>22</sup>. Para além desse limitador, também há queixas no sentido de que o próprio *design* das plataformas digitais de trabalho estaria sendo

---

<sup>18</sup> Quanto à dinâmica econômica das plataformas digitais, confira-se: SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017; ZUBOFF, Shoshana. *The age of the surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019.

<sup>19</sup> A respeito, vide, entre outros: VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The platform society*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 04; DE STEFANO, Valerio. The rise of the —just-in-time workforcell: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the gig-economy. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 37, n. 3, 2016, p. 471-504; MARANHÃO, Ney; SAVINO, Thiago Amaral Costa. Tecnologia e disrupção: o mundo do trabalho no contexto da quarta revolução industrial. In: LEAL, Carla Reita Faria; MARANHÃO, Ney e PADILHA, Norma Sueli. (Orgs). *Sociedade, tecnologia e meio ambiente do trabalho: discussões contemporâneas*. Mato Grosso: EdUFMT, 2021.

<sup>20</sup> A respeito da intensa opacidade algorítmica que marca o funcionamento das plataformas digitais, confira-se, entre outros: PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Harvard University Press, 2015.

<sup>21</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Organización Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019.

<sup>22</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *World employment and social outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. International Labour Office – Geneva: ILO, 2021, p. 214.

intencionalmente elaborado com o propósito de dificultar ou até mesmo impedir qualquer intento de organização coletiva por parte dos trabalhadores. Ou seja, a própria concepção e configuração técnica da plataforma digital serviria para imprimir máxima atomização dos prestadores de serviço, inibindo na fonte potenciais mobilizações grupais<sup>23</sup>.

Semelhantemente, tem-se observado que, para além da existência de uma pluralidade de plataformas digitais de trabalho, cada qual também tem estabelecido os contornos técnicos de seu próprio instrumento tecnológico, cujo acesso, pois, sempre implica sujeição total do prestador de serviço ao ecossistema virtual, com expressiva restrição de sua liberdade e autonomia<sup>24</sup>. A possibilidade de qualquer ação, bem assim a forma de sua execução, são rigorosa e unilateralmente ditadas pela plataforma<sup>25</sup>, restringindo em demasia ações e desejos – como, por exemplo, possíveis diálogos com o cliente ou mesmo processamento de queixas e reclamações, escopos que só poderão ser realizados se, na *forma* e nos *limites* em que permitidos *by design* pela tecnologia. Portanto, a tecnologia, em si, pode, sim, ser considerada boa ou má, justa ou injusta, independentemente de seu uso.

Bem se vê, nesses singelos exemplos, como a tecnologia não é neutra quanto a fins, especialmente em relações jurídicas travadas no bojo do capitalismo de plataforma<sup>26</sup>, porquanto detentora do poderoso condão de inibir condutas, influenciar propósitos e frustrar intenções – invertendo, não raro, a regra ordinária de que meios devem se ajustar a fins.

### **3. Não-neutralidade quanto a valores: política dos artefatos e redes sociotécnicas**

---

<sup>23</sup> WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The gig economy: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 2020, p. 136.

<sup>24</sup> PRASSL, Jeremias. *Human as a service: the promise and perils of work in the gig economy*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 54.

<sup>25</sup> CAÑIGUERAL, Albert. *El trabajo ya no es lo que era: nuevas formas de trabajar, otras maneras de vivir*. Barcelona: Conecta, 2020, p. 63.

<sup>26</sup> SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017.

A percepção de que artefatos materiais afetam finalidades também permite afirmar a presença de certos valores nele embutidos. Embora se questione a própria ação de atribuir valores a coisas, Miller<sup>27</sup> oferece uma arguta razão para tanto: objetos apresentam uma certa “permanência”, o que reforça os valores que foram incorporados por meio do processo de *design*. Dois exemplos costumam ser apresentados: a história da bicicleta apresentada por Pinch e Bijker<sup>28</sup> para apoiar a ideia de “moldagem social da tecnologia”; o exemplo de Winner<sup>29</sup> sobre o projeto dos viadutos baixos em Long Island, Nova York.

Foquemos, com vagar, neste segundo exemplo. Segundo a descrição de Winner, tais viadutos “foram deliberadamente projetados e construídos desta forma por alguém que queria obter um particular efeito social”. É que a baixa altura dos viadutos no sistema rodoviário do lugar impossibilitava o trânsito de ônibus pelas imediações. Dessa maneira, para as circunstâncias do lugar e da época, levando em conta que ônibus eram conduções tipicamente de negros, apenas os brancos de classe alta, com automóveis, poderiam circular no local, um lugar praiano. Winner, assim, conclui que “artefatos têm política”, uma vez que política pode ser definida como a resposta à questão de “quem recebe o que, quando e como”<sup>30</sup>.

Sem dúvida, o projeto dos viadutos baixos em Long Island foi um caso obviamente pensado, intencional, que incorporou princípios racistas e segregacionistas nas decisões de projeto. Miller<sup>31</sup>, porém, ressalta que o fato de um projetista não ser intencional quanto à incorporação de valores em seu projeto não prova que este mesmo projeto não possa conter valores. Basta perceber a mediação tecnológica no próprio sujeito que idealiza e implementa um projeto (conforme a tese da não-neutralidade quanto ao *sujeito*, logo abaixo). Considerações subjetivas internalizadas, implícitas e não conscientes, ou

---

<sup>27</sup> MILLER, Boaz. Is Technology Value-Neutral? *Science, Technology, & Human Values*, v. 46, n. 1, 2021, p. 53-80.

<sup>28</sup> BIJKER, Wiebe E. *Of bicycles, bakelites, and bulbs: toward a theory of sociotechnical change*. MIT press, 1997.

<sup>29</sup> WINNER, Langdon. Do artifacts have politics? *Daedalus*, 1980, p. 121-136.

<sup>30</sup> DOTSON, Taylor. *Technically together: reconstructing community in a networked world*. MIT Press, 2017, p. 18.

<sup>31</sup> MILLER, Boaz. Is Technology Value-Neutral? *Science, Technology, & Human Values*, v. 46, n. 1, 2021, p. 53-80.

mesmo as possibilidades materiais dispostas pela rede sociotécnica – ou seja, os diferentes atores sociais, técnicos, econômicos e políticos interligados que possibilitam a concretização da tecnologia – reforçam a adoção de certos valores nas decisões de projeto tecnológico<sup>32</sup>. Assim, seria importante buscar métodos para tornar esses valores mais explícitos, permitindo uma abordagem mais informada e crítica.

Autores das áreas de filosofia da tecnologia e Estudos Sociais de Ciência e Tecnologia (ESCT) ligados a abordagens da teoria crítica são as principais vozes explorando as formas como certos valores sociais são incorporados em tecnologias, refletindo formas específicas de se falar sobre ou avaliar um projeto. A ilusão da universalidade de uma tecnologia apenas reflete o fechamento de um processo de monismo da técnica (Jacques Ellul), olvidando que, muitas vezes, adjetivos como “bom”, “desejável”, “eficiente”, “aceitável” ou “proveitoso”, normalmente associados, estão sempre relacionados com certas concepções de valor, não raro ligadas a grupos que detêm o “poder”.

Isso, aliás, também nos permite tratar uma das formas populares como a tese da neutralidade é colocada: “não é boa e nem ruim”. Porém, se atentarmos para o papel dos atores e valores sociais na constituição de um artefato ou sistema tecnológico, uma visão mais geral diria que a tecnologia se apresenta como *ambígua* ou *ambivalente*: boa e ruim, ao mesmo tempo. Isso porque, observando-a com relação a certos atores ou valores, ela pode se aparecer como boa; por outro lado, com relação a outros, ela pode aparecer como ruim. O erro presente nesse tipo de tese de neutralidade encontra-se na ideia de que se pode separar completamente um uso bom de um uso ruim sem qualquer referência a um contexto específico.

Na área da ciência, também vale ressaltar a obra de Hugh Lacey<sup>33</sup>, ao demonstrar como determinadas estratégias de restrição e seleção de teorias, que incorporam um determinado valor social de controle da natureza, determinam o que conta como teoria científica válida a ser perseguida, a partir de estratégias de quantificação e abstração contextual. Lacey levanta a proposta

---

<sup>32</sup> A responsabilidade de um projetista pela incorporação consciente ou inconsciente de valores em um projeto é assunto separado da ética e não será abordado aqui.

<sup>33</sup> LACEY, Hugh. *Valores e atividade científica 1*. São Paulo: Editora 34, 2008.

de um pluralismo metodológico na ciência que permita a manifestação de outros valores sociais na prática científica. Analogamente, também poderíamos perquirir acerca da possibilidade de um pluralismo tecnológico ou um pluralismo material, que permita a concretização de diferentes fins, subjetividades e valores. Como já discutido, nesse ponto sempre nos confronta o problema da permanência ou obstinação material – o fechamento da rede sociotécnica que inviabiliza a sustentação de alternativas marginais. Autores como Yuk Hui<sup>34</sup> têm tentado levar essa discussão adiante ao propor o que ele chama de *tecnodiversidade*, focalizando em deliberações mais locais para o projeto e produção tecnológica.

Tem-se, desse modo, que plataformas digitais não são neutras ou constructos livre de valores; antes, pelo contrário, transportam normas e valores específicos inscritos nas suas próprias arquiteturas técnicas, sendo que essas diretrizes axiológicas, como é de natural inferência, podem homenagear ou arrostar valores encravados em estruturas sociais<sup>35</sup>. Por isso, a íntima relação entre artefatos tecnológicos (máxime os da sociedade digital) e valores é tão evidente que já não passa despercebida pelo Estado-Legislador. Deveras, a título ilustrativo, foi publicada em Portugal a Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, denominada *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*. Logo de início, deixa-se claro que a República Portuguesa participa no processo mundial de transformação da Internet em um “instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital” (art. 2º, 1), frisando também que “as normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço” (art. 2º, 2).

Para além dessa relevantíssima afirmação de que as recentes inovações tecnológicas digitais haverão de ser dirigidas em respeito à pauta dos direitos humanos, de maneira a não se poder aceitar que o ambiente digital seja “terra sem lei”, importa conferir destaque, para os específicos fins deste texto, o teor

<sup>34</sup> HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

<sup>35</sup> VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The platform society*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 03.

de seu art. 10, que passa a consagrar o chamado “direito à neutralidade da Internet”, nos seguintes termos: “Todos têm direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizados, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas”.

Como se vê, há um reconhecimento geral no sentido de que a tecnologia, máxime a tecnologia do século XXI, alicerçada em inteligência artificial, tem se prestado a concretizar valores não condizentes com clássicas diretrizes axiológicas firmadas pela comunidade internacional, em especial aquelas que dizem com os direitos humanos. A própria necessidade de se publicar explícitas regulações estatais reafirmando a necessidade de adstrição à pauta jusfundamental de valores já bem demonstra o quanto se tem percebido que a tecnologia levada a efeito hodiernamente tem dado azo a cenários consideravelmente hostis à dignidade humana e ao bem comum.

Justamente por isso, em termos puramente axiológicos, mesmo afirmando-se em lei a existência de um denominado direito à “neutralidade” tecnológica, o que se intenta consagrar mesmo, em essência, é uma patente não-neutralidade, no exato sentido em que, explicitamente, propaga como socialmente ideal uma concepção de tecnologia profundamente comprometida com um determinado leque de valores – no caso português, basicamente, aqueles que prestigiam a “liberdade, igualdade e justiça social”, de modo a fazer do ciberespaço um “espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos” (art. 2º). Logo, o que se deseja não é propriamente uma tecnologia isenta de valores; antes, pelo contrário, uma igualmente prenhe deles – mas daqueles maximamente conducentes com a dignidade humana, equidade e democracia.

A tese da neutralidade quanto a valores, portanto, não se sustenta, na medida em que artefatos tecnológicos, em sua concepção, criação e aplicação, sempre se põem a veicular, sim, explícita ou implicitamente, diretrizes axiológicas.

#### 4. Não-neutralidade quanto à subjetividade: mediação tecnológica e caráter humano

A partir da teoria “ator-rede” de Bruno Latour, ressalta-se também que, no processo de alistar aliados e traduzir interesses dentro de uma rede sociotécnica, não apenas as finalidades são ajustadas aos meios disponíveis, mas também o próprio ator também é modificado, tornando-se um “ator-rede”, ou, também, como comumente denominado, uma composição ou *assemblage*<sup>36</sup>. Como argumenta Verbeek: “tecnologias não são simplesmente usadas por seres humanos – elas ajudam a constituir seres humanos”<sup>37</sup>. Com isso, pode-se questionar visões que tratam consciência e a intencionalidade do sujeito como completamente separadas e distanciadas do ambiente material. Tais questionamentos já começaram a ser feitos em vertentes fenomenológicas, como em Maurice Merleau-Ponty, e são explorados mais completamente na área da tecnologia pelos filósofos Don Ihde e Peter-Paul Verbeek – sendo o primeiro responsável pela inauguração do que ele mesmo intitula de *pós-fenomenologia*<sup>38</sup>.

Ihde é conhecido por realizar uma investigação sobre as formas como a tecnologia pode alterar a intencionalidade humana ao mediar sua relação com o mundo. O autor identifica quatro formas de relações de mediação: i) relação de *corporificação* (exemplificada pelo uso de um martelo ou a direção de um carro); ii) relação *hermenêutica* (exemplificada pela leitura de um termômetro); iii) relação de *alteridade* (exemplificada pelo uso de uma interface gráfica computacional); iv) e relação de *pano de fundo* (*background*, exemplificada pela luz de uma lâmpada). Cada tipo de relação, como argumenta Ihde, alteraria a intencionalidade humana de forma fundamental, na medida em que moldando nossas formas de agir e perceber o mundo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> MARCUS, George E.; SAKA, Erkan. *Assemblage. Theory, culture & society*. v. 23, n. 2-3, 2006, p. 101-106.

<sup>37</sup> VERBEEK, Peter-Paul. *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press, 2011, p. 46.

<sup>38</sup> IHDE, Don. *Postphenomenology: essays in the postmodern context*. Northwestern University Press, 1995.

<sup>39</sup> IHDE, Don. *Technics and praxis: a philosophy of technology*. Springer Science & Business Media, 2012.

Peter-Paul Verbeek, por sua vez, expande a obra de Ihde na esteira de uma *teoria da mediação tecnológica*, a permitir investigar como a própria moralidade é mediada por artefatos e sistemas tecnológicos; ou seja, uma “moralidade das coisas”. Sua crítica se dirige a visões que tentam separar o mundo entre uma consciência subjetiva “interior” e um mundo de objetos “mudos” do lado de fora<sup>40</sup>. Segundo esse importante pensador, a ética, à luz desse tipo de abordagem, voltar-se-ia apenas para perguntas de “como eu deveria agir”, “uma questão exclusiva da *res cogitans*, que julga e calcula em que medida suas intervenções no mundo exterior são moralmente corretas, sem que este mundo tenha qualquer relevância moral em si mesmo”<sup>41</sup>. Sua proposta, por contraste, é alargar as considerações morais para considerar que “o meio da ética não inclui apenas a linguagem dos sujeitos, mas também a materialidade dos objetos”<sup>42</sup>, o que inclui também novas abordagens para a prática da ética: não apenas discursos sobre certo e errado, mas também a ética no projeto de infraestruturas materiais que proveem uma base para atitudes que nos levam ou nos afastam de uma boa vida<sup>43</sup>. Considerações semelhantes são também alinhavadas por Bruno Latour<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> VERBEEK, Peter-Paul. *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press, 2011, p. 30.

<sup>41</sup> VERBEEK, Peter-Paul. *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press, 2011, p. 30.

<sup>42</sup> VERBEEK, Peter-Paul. *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press, 2011, p. 40.

<sup>43</sup> Como nota Verbeek, essa constatação também coloca a questão da moralidade mais próxima das vertentes de ética de virtudes, como a aristotélica, que não se preocupa primariamente com o conteúdo do certo e do errado, mas com a boa vida e como as instituições sociais e políticas podem ser moldadas para levar a ela. Nesse particular, confira-se: VERBEEK, Peter-Paul. *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press, 2011, p. 31; VALLOR, Shannon. *Technology and the virtues: A philosophical guide to a future worth wanting*. Oxford University Press, 2016, cap. 2.

<sup>44</sup> Retomando o assunto da divisão entre fins e meios, Latour lamenta “uma divisão arcaica entre moralistas tomando conta dos fins e os tecnologistas controlando os meios”, algo que precisaria ser superado. Confira-se: LATOUR, Bruno; VENN, Couze. *Morality and technology. Theory, culture & society*, v. 19, n. 5-6, 2002, p. 247-260. Segundo ele, o surgimento da modernidade é marcado por uma “estranha invenção do mundo exterior”, de tal maneira que “enquanto o humanismo for construído por meio de um contraste com o objeto (...) nem o humano e nem o não-humano podem ser compreendidos” (LATOUR, Bruno. *Nunca fomos modernos*. Editora Unesp, 2009, p. 3). Por fim, ele também reclama de uma percepção falsa de que a moralidade parece ausente na sociedade tecnológica atual – o que acontece, na verdade, é que ela está plenamente incorporada no ambiente material, direcionando nossa ação e percepção. Vide: LATOUR, Bruno. *Where Are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artifacts. Shaping technology/building society: studies in sociotechnical change*, 1992, p. 225-228.

Um dos exemplos mais apresentados nessa discussão é o das armas de fogo. É comum ouvir o argumento de que “armas não matam pessoas; pessoas matam pessoas”. Como se vê, o argumento situa toda a questão da ética no sujeito e não permite pensar como a própria presença de uma arma reconfigura o sujeito. Noutras palavras: uma pessoa segurando um revólver é muito diferente de uma pessoa segurando qualquer outra coisa, como uma faca ou um taco de beisebol. Uma arma de fogo configura o agente como *atirador* e altera completamente a forma e as implicações de sua agência<sup>45</sup>. Semelhantemente, também é comum ouvir argumentos de que o uso de uma determinada mídia de entretenimento é uma questão exclusiva do sujeito que a utiliza: “o problema não está no programa de TV, no filme ou no jogo eletrônico, mas na pessoa que o assiste”. No entanto, a constatação também despreza as formas como determinadas mídias podem influenciar e induzir hábitos e percepções de um sujeito. Como asserem Reijers e Coeckelbergh<sup>46</sup>, *in verbis*:

“Em nossa experiência e no que fazemos, as tecnologias co-atuam em nossas escolhas e práticas cotidianas. [...] As tecnologias nos persuadem, nos ensinam, nos convidam, nos inibem, nos ferem e, assim, passiva ou ativamente, contribuem para as escolhas éticas que fazemos e as ações em que nos engajamos. Compreender essa dinâmica nos ajudará a fazer, usar e governar tecnologias de formas que conduzam à boa vida. Sem compreender essa dinâmica, parecemos estar perdidos”.

Pode-se ressaltar uma ampla gama de literatura estudando a tecnologia em seus efeitos no sujeito, incluindo questões de formação de virtude<sup>47</sup> de caráter<sup>48</sup>, que ocupam uma grande parte das discussões clássicas sobre ética. Nicholas Carr<sup>49</sup>, por exemplo, nota as formas como a internet têm afetado nossas

---

<sup>45</sup> MILLER, Boaz. Is Technology Value-Neutral? *Science, Technology, & Human Values*, v. 46, n. 1, 2021, p. 53-80.

<sup>46</sup> REIJERS, Wessel; COECKELBERGH, Mark. *Narrative and technology ethics*. Palgrave MacMillan, 2020, p. 3.

<sup>47</sup> VALLOR, Shannon. *Technology and the virtues: a philosophical guide to a future worth wanting*. Oxford University Press, 2016.

<sup>48</sup> MITCHAM, Carl. On Character and Technology. In: HIGGS, Eric; LIGHT, Andrew; STRONG, David. *Technology and the good life?* University of Chicago Press, 2010. p. 126-148.

<sup>49</sup> CARR, Nicholas. *Geração superficial: o que a internet está fazendo com os nossos cérebros*. Rio de Janeiro: Agir, 2019.

capacidades cognitivas; Sherry Turkle<sup>50</sup>, por sua vez, nota as mudanças nas formas de se relacionar com outras pessoas. Neil Postman<sup>51</sup> expandindo também a obra de Marshall McLuhan e configurando a área de estudos da mídia, também é conhecido por explorar as formas nas quais o meio de comunicação altera radicalmente o caráter – “o meio é a mensagem”. James K. A. Smith<sup>52</sup>, partindo de uma abordagem teológica e agostiniana, observa como tecnologias podem configurar “liturgias culturais”, moldando hábitos, imaginações e desejos (ou “amores”) por meio de estruturas narrativas (tomando como base a obra de Paul Ricoeur<sup>53</sup>) e formas de existência corporal (tomando como base as obras de Merleau-Ponty e Pierre Bourdieu). Por fim, a obra de Albert Borgmann<sup>54</sup> é reconhecida como essencialmente um esforço de investigar como a tecnologia cumpre um papel na constituição e busca da boa vida, explorando a questão do engajamento humano com “coisas e práticas focais” e sua ameaça por meio de um paradigma de dispositivo<sup>55</sup>.

Decididamente, tecnologia não é neutra também quanto à subjetividade humana. Imagine-se a seguinte cena (não raro reverberada em processos trabalhistas): com revólver sobre a mesa, gerente de empresa faz pagamento salarial e exige assinatura de recibo cujo valor impresso no documento não condiz com o verdadeiramente pago. Um a um, silenciosamente, os trabalhadores recebem o dinheiro, contam as cédulas e assinam o documento, agradecendo em seguida. Ora, entre tantos elementos materiais e imateriais que compõem essa cena, sem dúvida o mais insinuante foi exatamente o revólver,

---

<sup>50</sup> TURKLE, Sherry. *Life on the screen: identity in the age of the Internet*. Simon and Schuster, 2011.

<sup>51</sup> POSTMAN, Neil. *Amusing ourselves to death: Public discourse in the age of show business*. Penguin, 2006.

<sup>52</sup> SMITH, James K. A. *Imaginando o reino: a dinâmica do culto*. São Paulo: Vida Nova, 2019.

<sup>53</sup> Reijers e Coeckelbergh também se baseiam na obra de Ricoeur para propor uma ética narrativa para a tecnologia. Esta, conforme argumentam, expande a teoria da mediação tecnológica de Peter-Paul Verbeek e cobre alguns aspectos ignorados inicialmente, como os elementos temporais e sociais que estão envolvidos na forma de uma prática tecnológica. Vide: REIJERS, Wessel; COECKELBERGH, Mark. *Narrative and technology ethics*. Palgrave MacMillan, 2020.

<sup>54</sup> BORGMANN, Albert. *Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry*. University of Chicago Press, 1984.

<sup>55</sup> STRONG, David; HIGGS, Eric. Borgmann's Philosophy of Technology. In: HIGGS, Eric; LIGHT, Andrew; STRONG, David. *Technology and the good life?* University of Chicago Press, 2010, p. 17-37.

artefato tecnológico que, ao fim e ao cabo, fez toda a diferença nas ações e reações de cada qual: seja para a ousadia do gerente, seja para a passividade dos trabalhadores.

No tocante às plataformas digitais, essa dinâmica de influência tecnológica na subjetividade humana não se dá de modo diferente. Em verdade, vários estudos têm apontado a enorme capacidade da tecnologia digital em influir e moldar comportamentos e percepções de mundo. Luciano Floridi, por exemplo, explana sobre as três eras do desenvolvimento humano: *pré-história* (sem tecnologia da informação e comunicação), *história* (com tecnologia da informação e comunicação) e *hiperhistória* (dependentes da tecnologia da informação e comunicação). Para o pensador italiano, em tempos hodiernos, a tecnologia, mais que um simples ferramental técnico a nosso dispor, tem se apresentado como uma força modeladora de nossas próprias identidades<sup>56</sup>. Pura expressão, em verdade, de um paradigma cultural tecnicista que já há algum tempo se afirma como dominante em nosso meio, dentro do qual tudo se encaixa e funciona e crivando de inválido tudo o que lhe seja externo<sup>57</sup>.

Em termos gerais, como já vimos, as plataformas digitais perpetram controle não conforme as tradicionais categorias do permitido/não permitido ou do dever ser, mas pela limitação direta da capacidade factual de seus usuários, já por força do próprio *design* tecnológico, influenciando, decisivamente, assim, quando, como e em que limites os sujeitos podem se comportar<sup>58</sup>. Não à toa, vem ganhando força na regulação estatal de proteção de dados, por exemplo, a ideia de controle tecnológico *by design*, ou seja, desde a concepção. A propósito,

---

<sup>56</sup> FLORIDI, Luciano. *The 4th revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford University Press, 2014, p. 03 e 59.

<sup>57</sup> BORGES-DUARTE, Irene. Martin Heidegger: a técnica como *Ge-stell*. De facto antropológico a paradigma epocal da modernidade tardia. In: OLIVEIRA, Jelson (org.). *Filosofia da tecnologia: seus autores e seus problemas*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2020, p. 166.

<sup>58</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39 e 70. De fato, como pontua Renan Bernardi Kalil, *in verbis*: “O algoritmo é considerado invisível, apesar de integrado em diversos aspectos do cotidiano das pessoas, torna-se uma caixa preta e é afastado do escrutínio do público, passando a ser encarado como um elemento natural. Contudo, não há neutralidade no gerenciamento de informações que dependem de escolhas procedimentais de uma máquina programada por pessoas para automatizar julgamentos que emulam seres humanos por aproximação” (KALIL, Renan Bernardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020, p. 88).

dispõe mesmo a legislação brasileira que cabe aos agentes de tratamento de dados o dever de adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, sendo que essas medidas deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018, art. 46, § 2º).

Outra demonstração de que a tecnologia não é neutra também na perspectiva da subjetividade pode ser percebida em alguns aspectos da chamada gestão *algorítmica* do trabalho. Deveras, a possibilidade de uma governança baseada em dados, com processos decisórios artificiais, porquanto baseados inteiramente em programações algorítmicas, tem potencializado uma prática laboral fortemente indutora de determinados vieses comportamentais. Recorde-se, a título ilustrativo, de programações técnicas de inteligência artificial que induzem motoristas de UBER a manterem longas jornadas de conexão junto à plataforma ou repensarem recusa a chamadas ou mesmo formulações de queixas e reclamações oficiais, haja vista a experiência de, nessas circunstâncias, costumeiramente advirem restrições ou até penalizações processadas e aplicadas pela inteligência artificial que comanda tal prática laboral<sup>59</sup>.

Infere-se, pois, dessas situações, a exemplo do que acontece com o fenômeno da massiva imersão em redes sociais, que a tecnologia – especialmente a *digital* – não apenas concretiza valores e impõe fins, senão que também tem o condão de influir na própria percepção pessoal da realidade e de si próprio, por insuflar certos estados de ânimo e hábitos que, ao fim e ao cabo, bem podem afetar e modelar a própria subjetividade humana.

## **5. Sobre a “plausibilidade” da ideia de “neutralidade” tecnológica. Mais algumas considerações à luz do liberalismo tecnológico**

---

<sup>59</sup> PRASSL, Jeremias. *Humans as a service: the promise and perils of work in the gig economy*. Oxford University Press, 2018, p. 56-57.

Neste momento, convém perquirir o motivo pelo qual a percepção de neutralidade da tecnologia afigura-se tão enraizada no imaginário popular e mesmo na prática de alguns círculos acadêmicos. Sem dúvida, há várias formas de se responder a esta questão. No entanto, talvez a grande maioria dos autores concorde que a tese decorre de ideais modernos e liberais que começaram a se desenvolver por volta dos séculos XVI e XVII.

Matthew Crawford<sup>60</sup>, por exemplo, reproduz a tese de que os grandes conflitos religiosos em torno da Reforma Protestante/Contrarreforma conferiram centralidade à temática da vida em comum em uma sociedade plural, principalmente para figuras como Thomas Hobbes. Disso decorre um expressivo esforço intelectual com vistas a se erigir sistemas de ética sem apelos a valores transcendentais ou religiosos, como em Kant e Hume – sistemas que, segundo Alasdair MacIntyre, não obtiveram êxito nesse propósito<sup>61</sup>.

Assim, a partir de ideais de tolerância e ceticismo quanto a fins intrínsecos à vida humana (decorrentes também da rejeição do paradigma aristotélico nas áreas da ciência moderna), tem início uma concepção liberal de sociedade que atribui completamente ao indivíduo a questão dos fins e valores. O coletivo, nessa concepção, estaria encarregado apenas de fornecer os fatos e os meios a partir dos quais um indivíduo poderia constituir sua própria felicidade e narrativa individual. Nesse cenário, a ideia de neutralidade tecnológica encaixa como uma luva, exprimindo simples reflexo cultural de um imaginário humano que vê o ferramental tecnológico como afiado instrumento para a persecução da miríade de concepções de vida boa igualmente aceitas no bojo social. Por isso, de acordo com Michael Sacasas, mais facilmente nos convencemos da ideia de neutralidade da tecnologia, vez que “ela promete uma fuga da confusão de viver

---

<sup>60</sup> CRAWFORD, Matthew B. *The world beyond your head: on becoming an individual in an age of distraction*. Farrar, Straus and Giroux, 2015.

<sup>61</sup> De fato, segundo esse filósofo, o resultado desse esforço culminou na filosofia *emotivista*, pregando que juízos morais e de valor são nada senão expressões de preferências ou manifestações de atitude ou sentimento. Também Herman Dooyeweerd, prolífico jusfilósofo holandês do século XX, lançou duras e bem fundamentadas críticas sobre a alegada autonomia do pensamento filosófico. A respeito, vide, entre outros títulos do autor: DOOYEWEERD, Herman. *Raízes da cultura ocidental: as opções pagã, secular e cristã*. São Paulo: Cultura Cristã, 2015; DOOYEWEERD, Herman. *No crepúsculo do pensamento ocidental: estudo sobre a pretensa autonomia do pensamento filosófico*. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2018.

com estruturas éticas concorrentes e relatos do florescimento humano”<sup>62</sup>. Afinal, a filosofia liberal que subjaz ao estilo de vida contemporâneo assume:

“que a boa vida é puramente uma questão de responsabilidade individual. Ou seja, se houver um problema com a tecnologia e a busca da felicidade ou florescimento humano, é simplesmente que o espaço neutro necessário para os indivíduos explorarem e construírem pessoalmente a boa vida tecnológica para si mesmos pode estar ameaçado por algo como má conduta governamental ou desigualdade de renda”<sup>63</sup>.

A tecnologia aparece, desse modo, como solução capaz de oferecer os meios neutros a partir dos quais os indivíduos realizam seus fins. Isso se concretiza, por exemplo, na instituição de um *paradigma de mercado* para a solução de problemas sociais, ou seja, a ideia de que solucionar problemas significa idealizar um novo produto ou serviço a ser disponibilizado em um reservatório neutro de opções universais e amplamente disponíveis, a serem selecionadas e adotadas pelos indivíduos conforme suas próprias preferências e necessidades pessoais. Como destaca Alasdair MacIntyre, ao tratar da figura do gestor “eticamente neutro”, *in verbis*:

“Os próprios administradores e grande parte dos escritores sobre administração concebem a si mesmos como personagens moralmente neutros cujas habilidades os capacitam a descobrir meios de alcançar qualquer que seja o fim proposto. Se dado administrador é efetivo ou não é, na visão dominante, é uma questão bastante distinta daquela sobre a moralidade dos fins aos quais essa efetividade serve ou deixa de servir. Não obstante, existem fortes fundamentos para se rejeitar a afirmação de que a efetividade é um valor moralmente neutro”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> SACASAS, L. M. Sacasas. One Does Not Simply Add Ethics to Technology. *The Fraillest Thing*, 2017. Disponível em: <<https://thefrailestthing.com/2017/11/06/one-does-not-simply-add-ethics-to-technology>> Acesso em: 30.ago.2021.

<sup>63</sup> DOTSON, Taylor. Technology, choice and the good life: Questioning technological liberalism. *Technology in Society*, v. 34, n. 4, p. 326-336, 2012.

<sup>64</sup> MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. Gerald Duckworth & co. Ltd., 1981, p. 74. Jaques Ellul, também comentando sobre esses casos, ressalta o ideal de amoralidade da técnica: a ideia de que é possível ser eficiente e eficaz, resolvendo problemas, sem apelo a concepções particulares de valor. Vide: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

O mesmo comentário de MacIntyre também parece se aplicar a concepções “modestas” defendidas por alguns engenheiros e projetistas, que tentam abstrair a responsabilidade moral de suas atividades. É o que se vê, por exemplo, em Caroline Whitbeck, ao aduzir que “engenheiros, por outro lado, são solucionadores de problemas e designers, não juízes. Estamos mais confortáveis em construir uma solução do que em julgar”<sup>65</sup>. A própria definição do processo de projeto como um simples processo neutro de converter requisitos de um cliente em especificações concretas parece supor essa neutralidade ilusória<sup>66</sup>. No entanto, como coloca Winner<sup>67</sup>, seriam sempre os ideais de bem humano redutíveis e conciliáveis com ideais de produção? É possível, ou mesmo desejável, ser neutro quanto a preferências pessoais de clientes?

Ao que nos parece, o problema central do liberalismo tecnológico é que, por ignorar o caráter comunitário do bem humano, resulta em ilusão, sustentando uma falsa modéstia com relação a fins, valores e subjetividades. Ledo engano. O liberalismo realiza um conjunto de finalidades muito específicas para a natureza humana, a exemplo da liberdade (negativa), desengajamento, ausência de sofrimento (a ser buscada a qualquer custo) e flexibilidade nos vínculos<sup>68</sup>. Reverbera, também, um conjunto de valores muito específico, podendo-se citar o rigoroso controle da natureza<sup>69</sup> por meios que se apresentem sempre disponíveis, transparentes, eficientes e rápidos<sup>70</sup>. O liberalismo, por fim, preconiza uma visão muito clara e específica de subjetividade humana: um sujeito atomizado, autônomo, livre, autêntico e autodeterminado, sem o

---

<sup>65</sup> WHITBECK, Caroline. *Ethics in engineering practice and research*. Cambridge University Press, 2011 *apud* VALLERO, Daniel. *Biomedical ethics for engineers: ethics and decision making in biomedical and biosystem engineering*. Elsevier, 2011, p. 14.

<sup>66</sup> Vide a descrição do processo de engenharia em: VERKERK, Maarten J.; HOOGLAND, Jan; VAN DER STOEP, Jan; DE VRIES, Marc J. *Filosofia da tecnologia: uma introdução*. Viçosa, Minas Gerais: Ultimato, 2018, capítulo 7.

<sup>67</sup> WINNER, Langdon. Brandy, cigars and human values. *In: The whale and the reactor: a search for limits in an age of high technology*. University of Chicago Press, Chicago, 1986, p. 155-163.

<sup>68</sup> SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro, Editora Record, 1999.

<sup>69</sup> O diagnóstico é feito por Hugh Lacey como uma estratégia que guia a pesquisa científica e consequente desenvolvimento tecnológico. Vide: LACEY, Hugh. *Valores e atividade científica 1*. São Paulo: Editora 34, 2008.

<sup>70</sup> Vide BORGMANN, Albert. *Crossing the postmodern divide*. University of Chicago Press, 2013.

horizonte de uma tradição, comunidade ou narrativa englobante<sup>71</sup>. O ideal de que “posso fazer o que quiser, desde que isso faça bem para mim e a ninguém prejudique” legou um universo de milhões de opções de escolha para o indivíduo, mas nenhuma capaz de oferecer experiências significativas de bem comum e gerar conexão a tradições maiores do que ele mesmo.

Debaixo dessa luz filosófica, entende-se melhor o porquê de se ter tão amplamente sedimentada no seio social a narrativa da neutralidade tecnológica, sendo esse um ponto quase sempre tido como miticamente incontroverso no debate privado e público.

## 6. Considerações Finais

Hodiernamente, estamos no âmago de uma chamada quarta revolução industrial, cujos avanços tecnológicos na seara digital têm se revelado de impactação verdadeiramente disruptiva. Nessa nova ordem de coisas, exsurtem as plataformas digitais, poderosos agentes econômicos que viabilizam a conexão de multidões e que têm invadido todas as dimensões da vida humana. No campo laboral, as plataformas digitais de trabalho constituem ferramentas tecnológicas mediadoras do trabalho humano à base do processamento de enormes volumes de dados, meticulosas programações algorítmicas e acesso mediante consentimento por simples adesão. Sua dinâmica de funcionamento tem suscitado enormes desafios às agendas dos direitos humanos e do trabalho decente.

Em meio a esse complexo cenário, nosso recorte epistemológico neste breve ensaio procurou atentar para o intrigante contraste entre *ubiquidade* e *neutralidade* tecnológica, de maneira a perquirir, mais precisamente, a veracidade da assertiva de que a tecnologia seria neutra quanto a fins, valores e subjetividade humana. O tema é de crucial importância, visto que estamos todos não apenas rodeados de artefatos tecnológicos, senão que também embebidos com a racionalidade tecnicista, em que a solução de todo e qualquer

---

<sup>71</sup> Vide a exposição de Charles Taylor sobre o sujeito moderno em: TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

“problema” parece perpassar necessariamente pela instrumentalidade da tecnologia como solução. Esse fenômeno de facilitada adesão social à narrativa da “neutralidade” justifica-se sob o prisma do liberalismo tecnológico, onde a tecnologia erige-se como solução hábil a oferecer os meios “neutros” a partir dos quais os indivíduos realizam seus fins e propósitos, à revelia de qualquer horizonte comunitário ou narrativa englobante.

Nessa toada e a partir de uma incursão multidisciplinar, entremeando direito e filosofia, conclui-se que a tecnologia não é neutra quanto a *fins*, especialmente em relações jurídicas travadas no bojo do capitalismo de plataforma, porquanto inibidora de condutas, influenciadora de propósitos e desestimuladora de intenções, subvertendo, assim, a intuitiva percepção geral de que meios devem se ajustar a fins. Da mesma forma, não se sustenta a tese da neutralidade quanto a *valores*, na medida em que artefatos tecnológicos, em sua concepção, criação e aplicação, sempre se põem a veicular, sim, explícita ou implicitamente, diretrizes axiológicas. Igualmente, a tecnologia não é neutra quanto à *subjetividade*, porque detém o perigoso condão de influir na própria percepção de si e da realidade, insuflando certos estados de ânimo e hábitos que, em determinado nível, acabam por afetar e modelar a própria subjetividade humana.

Noutros termos: tem-se que, em maior ou menor grau: i) a tecnologia, em si, pode ser boa ou má, independentemente de seu uso; ii) a tecnologia, em sua concepção, criação e aplicação, exprime opções humanas e, logo, difunde normas e valores sociais; iii) a tecnologia promove interferências na subjetividade humana, passando longe de ser um item puramente técnico, apartado e distante do homem que o cria e usa. É dizer: a tecnologia não é neutra seja quanto a *fins*, seja quanto a *valores*, seja quanto à *subjetividade*.

Isso pode significar, entre outros fatores, que, em termos de crivo moral sobre a tecnologia, tenha-se de migrar o foco da reflexão cada vez mais do paradigma da *neutralidade* para o paradigma da *ambivalência*. Afinal, como destaca Neil Postman em clássica obra, constitui equívoco supor que inovações tecnológicas têm efeitos unilaterais, haja vista que “toda tecnologia tanto é um

fardo como uma bênção; não uma coisa ou outra, mas sim isto e aquilo”<sup>72</sup>. Semelhantemente, talvez também já seja o momento de voltarmos a debater publicamente sobre uma noção de *vida boa*, de sorte a se pensar menos em termos de “melhoria” ou “piora” material de nossas vidas e mais em termos de cumprimento ou descumprimento de nossas vocações e florescimento humano. Mas essas são instigações outras, a desafiar pesquisa, reflexão e escrita acadêmica toda própria.

---

<sup>72</sup> POSTMAN, Neil. *Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Nobel, 1994, p. 14.

## Bibliografía

- AKRICH, M. y LATOUR, B. (1992). A summary of a convenient vocabulary for the semiotics of human and nonhuman assemblies. *In*: BIJKER, W. & LAW, J. *Shaping technology building society studies in sociotechnical change*. Cambridge: MIT Press.
- BERRY, W. (2015). *The unsettling of America: culture and agriculture*. Berkeley: Counterpoint.
- BIJKER, W. E. (1997). *Of bicycles, bakelites, and bulbs: toward a theory of sociotechnical change*. MIT press.
- BORGES-DUARTE, I. (2020). Martin Heidegger: a técnica como *Ge-stell*. De facto antropológico a paradigma epocal da modernidade tardia. *In*: OLIVEIRA, Jelson (org.). *Filosofia da tecnologia: seus autores e seus problemas*. Caxias do Sul, RS: Educs.
- BORGMANN, A. (2013). *Crossing the postmodern divide*. University of Chicago Press.
- BORGMANN, A. (1984). *Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry*. University of Chicago Press.
- Cañigüeral, A. (2020). *El trabajo ya no es lo que era: nuevas formas de trabajar, otras maneras de vivir*. Barcelona: Conecta.
- CARR, N. (2019). *Geração superficial: o que a internet está fazendo com os nossos cérebros*. Rio de Janeiro: Agir.
- CRAWFORD, M. B. (2015). *The world beyond your head: On becoming an individual in an age of distraction*. Farrar, Straus and Giroux.
- CUPANI, A. (2017). *Filosofia da tecnologia: um convite*. 3. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC.
- DE STEFANO, V. (2016). The rise of the —just-in-time workforcell: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the gig-economy. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 37, n. 3.
- DOOYEWEERD, H. (2018). *No crepúsculo do pensamento ocidental: estudo sobre a pretensa autonomia do pensamento filosófico*. Brasília, DF: Editora Monergismo.

- DOOYEWEERD, H. (2015). *Raízes da cultura ocidental: as opções pagã, secular e cristã*. São Paulo: Cultura Cristã.
- DOTSON, T. (2017). *Technically together: reconstructing community in a networked world*. MIT Press.
- DOTSON, T. (2012). Technology, choice and the good life: Questioning technological liberalism. *Technology in Society*, v. 34, n. 4, p. 326-336.
- ELLUL, J. (1968). *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- FLORIDI, L. (2014). *The 4th revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford University Press.
- GOUDZWAARD, B. (2019). *Capitalismo e progresso: um diagnóstico da sociedade ocidental*. Viçosa: Ultimato.
- GRANT, G. (1969). *Technology and empire: perspectives on North America*. Toronto: Anans.
- HOFFMANN-RIEM, W. (2021). *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- HUI, Y. (2020). *Tecnodiversidade*. São Paulo: Ubu Editora.
- IHDE, D. (2012). *Technics and praxis: a philosophy of technology*. Springer Science & Business Media.
- IHDE, D. (1995). *Postphenomenology: essays in the postmodern context*. Northwestern University Press.
- ILLICH, I. (1973). *Tools for conviviality*. Harper and Row.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO (2021). *World employment and social outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. International Labour Office – Geneva: ILO.
- KALIL, R. B. (2020). *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher.
- LACEY, H. (2008). *Valores e atividade científica 1*. São Paulo: Editora 34.
- LATOUR, B. y VENN, C. (2002). Morality and technology. *Theory, culture & society*, v. 19, n. 5-6.
- LATOUR, B. (2009). *Nunca fomos modernos*. São Paulo: Editora Unesp.
- LATOUR, B. (2000). *Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora*. São Paulo: Unesp.

- LATOUR, B. (1992). Where Are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artifacts. *Shaping technology/building society: studies in sociotechnical change*.
- MACINTYRE, A. (1981). *After virtue*. Gerald Duckworth & co. Ltd.
- MARANHÃO, N. y SAVINO, T. A. C. (2021). Tecnologia e disrupção: o mundo do trabalho no contexto da quarta revolução industrial. In: LEAL, Carla Reita Faria; MARANHÃO, Ney e PADILHA, Norma Sueli. (Orgs). *Sociedade, tecnologia e meio ambiente do trabalho: discussões contemporâneas*. Mato Grosso: EdUFMT.
- MARCUS, G. E. y SAKA, E. Assemblage (2006). *Theory, culture & society*. v. 23, n. 2-3.
- MILLER, B. (2021). Is Technology Value-Neutral? *Science, Technology, & Human Values*, v. 46, n. 1.
- MITCHAM, C. (2010). On Character and Technology. In: HIGGS, Eric; LIGHT, Andrew; STRONG, David. *Technology and the good life?* University of Chicago Press.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Organización Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1963). *Meditação da técnica*. Tradução de Luís Washington Vita. Rio de Janeiro: LIAL.
- PASQUALE, F. (2015). *The black box society: the secret algorithms that control Money and information*. Harvard University Press.
- POSTMAN, N. (2006). *Amusing ourselves to death: Public discourse in the age of show business*. Penguin.
- POSTMAN, N. (1994). *Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Nobel.
- PRASSL, J. (2018). *Human as a service: the promise and perils of work in the gig economy*. New York: Oxford University Press.
- PREMEBIDA, A., NEVES, F. M. y ALMEIDA, J. (2011). Estudos sociais em ciência e tecnologia e suas distintas abordagens. *Sociologias*, v. 13, n. 26.

- REIJERS, W. y COECKELBERGH, M. (2020). *Narrative and technology ethics*. Palgrave MacMillan.
- SCHUURMAN, D. (2019). *Moldando um mundo digital: fé, cultura e tecnologia computacional*. Brasília, DF: Editora Monergismo.
- SCHWAB, K. (2016). *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro.
- SENNETT, R. (1999). *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro, Editora Record.
- SMITH, J. K. A. (2019). *Imaginando o reino: a dinâmica do culto*. São Paulo: Vida Nova.
- SRNICEK, N. (2017). *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- STRONG, D y HIGGS, E. (2010). Borgmann's Philosophy of Technology. In: HIGGS, Eric; LIGHT, Andrew; STRONG, David. *Technology and the good life?* University of Chicago Press.
- TAYLOR, C. (1997). *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola.
- TURKLE, S. (2011). *Life on the screen: identity in the age of the Internet*. Simon and Schuster.
- VALLERO, D. (2011). *Biomedical ethics for engineers: ethics and decision making in biomedical and biosystem engineering*. Elsevier.
- VALLOR, S. (2016). *Technology and the virtues: A philosophical guide to a future worth wanting*. Oxford University Press.
- VAN DIJCK, J., POELL, T. y DE WAAL, M. (2018). *The platform society*. New York: Oxford University Press.
- VERBEEK, P. P. (2011). *Moralizing technology: understanding and designing the morality of things*. University of Chicago Press.
- VERKERK, M. J., HOOGLAND, J., VAN DER STOEP, J. y DE VRIES, M. J. (2018). *Filosofia da tecnologia: uma introdução*. Viçosa, Minas Gerais: Ultimato.
- WINNER, L. (1986). Brandy, cigars and human values. In: *The whale and the reactor: a search for limits in an age of high technology*. University of Chicago Press, Chicago.

WINNER, L. (1980). Do artifacts have politics? *Daedalus*.

WINNER, L. (1978). *Autonomous technology: technics-out-of-control as a theme in political thought*. Mit Press.

WOODCOCK, J. y GRAHAM, M. (2020). *The gig economy: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press.

ZUBOFF, S. (2019). *The age of the surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs.

### **Recursos electrónicos**

SACASAS, L. M. (2017). One Does Not Simply Add Ethics to Technology. *The Frailest Thing*. Disponible em: <https://thefrailestthing.com/2017/11/06/one-does-not-simply-add-ethics-to-technology>.

---

## **REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO EM PLATAFORMAS: O BRASIL NA CONTRAMÃO DA CIVILIZAÇÃO**

## **REGULATION OF WORK ON PLATFORMS: BRAZIL GOING AGAINST CIVILIZATION**

Rodrigo DE LACERDA CARELLI

*Mestre em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (Brasil). Doutor em Sociologia, IESP/UERJ (Brasil). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.*

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

Fecha de envío: 20/05/2024

Fecha de aceptación: 20/05/2024

---

## REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO EM PLATAFORMAS: O BRASIL NA CONTRAMÃO DA CIVILIZAÇÃO

Rodrigo DE LACERDA CARELLI

*Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)*

---

**Resumen:** A regulamentação do trabalho em plataformas é temática de discussão global no contexto do avanço tecnológico e da economia de compartilhamento. Em março de 2024, o Poder Executivo brasileiro propôs o Projeto de Lei Complementar 12/2024, cujos termos vão de encontro à diretiva firmada no Conselho da União Europeia, que se centrara em dois eixos de regulação: o combate às fraudes decorrentes de falsos contratos civis e a proteção geral no uso de algoritmos e da inteligência artificial. Enquanto a Comunidade Europeia se posiciona no sentido da manutenção de conquistas civilizatórias para os trabalhadores em plataformas, a proposta do Brasil caminha na contramão, na direção da exploração e da negação do direito do trabalho, omitindo-se quanto à regulação da inteligência artificial e do algoritmo. Nesse contexto, o presente artigo propõe-se a realizar um estudo comparativo entre o Projeto de Lei em trâmite no Brasil e a diretiva europeia, a fim de compreender possíveis diferenças e semelhanças entre seus termos. Para o alcance de conclusões, realizou-se pesquisa qualitativa documental, em estudo de Direito Comparado, com caráter crítico e aplicação prática.

**Palabras clave:** Trabalho em plataformas - Projeto de Lei Complementar 12/2024 - União Europeia - Exploração

**Sumario:** 1. Introdução. 2. Estudo comparativo entre o Projeto de Lei Complementar 12/2024 e a diretiva firmada pela Comunidade Europeia sobre trabalhadores em plataformas. 3. Considerações finais.

**Abstract:** The regulation of work on platforms is a topic of global discussion in the context of technological advancement and the sharing economy. In March 2024, the Brazilian Executive Branch proposed Complementary Bill 12/2024, the terms of which are in line with the directive signed by the Council of the European Union, which focused on two axes of regulation: combating fraud arising from false contracts civilians and general protection in the use of algorithms and artificial intelligence. While the European Community positions itself towards maintaining civilizing achievements for platform workers, Brazil's proposal goes against the grain, towards exploitation and denial of labor rights, omitting the regulation of artificial intelligence and algorithm. In this context, this article proposes to carry out a comparative study between the Bill currently being processed in Brazil and the European directive, in order to understand possible differences and similarities between their terms. To reach conclusions, qualitative documentary research was carried out, in a study of Comparative Law, with a critical character and practical application.

**Keywords:** Work on platforms - Complementary Bill 12/2024 - European Union - Exploration

**Summary:** 1. Introduction. 2. Comparative study between Complementary Bill 12/2024 and the directive signed by the European Union on platform workers. 3. Final considerations.

## 1. Introdução

No contexto do avanço tecnológico, da nova organização do trabalho por programação e da oferta de bens e serviços na economia de compartilhamento, a exploração de trabalhadores desponta em meio às preocupações globais da atualidade.

Na tentativa de assegurar direitos mínimos para a proteção dos trabalhadores de plataforma e de reduzir danos relacionados ao já preocupante avanço tecnológico, a Comunidade Europeia estabeleceu acordo<sup>1</sup> firmado em dois eixos de regulação: o combate às fraudes pelo uso de falsos contratos civis e a proteção geral em face do uso de algoritmos e inteligência artificial.

O Brasil, diferentemente, caminha no sentido da precarização do trabalho, o que se observa diante dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista e dos termos do Projeto de Lei Complementar 12/2024<sup>2</sup>, que nega aos motoristas de plataformas o reconhecimento de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Assim, o projeto político brasileiro representa atraso e vai na contramão do europeu, o mais avançado texto legal firmado até o momento no sentido da proteção dos trabalhadores abrangidos.

Partindo do referido panorama, o presente artigo propõe-se a realizar um estudo comparativo entre o Projeto de Lei Complementar em trâmite no Brasil e a diretiva firmada pela Comunidade Europeia, a fim de compreender possíveis

---

<sup>1</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Platform workers: Council confirms agreement on new rules to improve their working conditions*. Bruxelas, 11 mar. 2024. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/#:~:text=16%3A10-.Platform%20workers%3A%20Council%20confirms%20agreement%20on%20new,to%20improve%20their%20working%20conditions&text=Today%2C%20EU%20employment%20and%20social,on%20the%20platform%20work%20directive>. Acesso em: 21 mar. 2024.

<sup>2</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 12/2024*. Dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículos automotores de quatro rodas e estabelece mecanismos de inclusão previdenciária e outros direitos para melhoria das condições de trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2391423&filename=PLP%2012/2024](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2391423&filename=PLP%2012/2024). Acesso em: 22 mar. 2024.

diferenças e semelhanças entre seus termos, em análise crítica de aplicação prática, decorrente de pesquisa qualitativa documental.

## **2. Estudo comparativo entre o Projeto de Lei Complementar 12/2024 e a diretiva firmada pela Comunidade Europeia sobre trabalhadores em plataformas**

Enquanto a diretiva europeia posiciona-se pelo reconhecimento de direitos decorrentes da relação empregatícia e pela proteção face à gestão algorítmica para os classificados como independentes, o projeto brasileiro reflete desconsideração de parâmetros e diretrizes basilares do direito do trabalho, passando ao largo da regulação de assuntos relacionados à inteligência artificial e ao algoritmo.

A Comunidade Europeia destacou-se do mundo, ao trazer conceitos consentâneos com a realidade e estabelecer direitos mínimos para aqueles que laborarem para plataformas digitais e mantiverem contrato ou relação de trabalho, como definido na lei ou nos contratos coletivos, considerada a jurisprudência da corte de justiça da comunidade europeia. Contudo, o cenário brasileiro é distinto: o Projeto de Lei Complementar 12/2024 parte de parâmetros questionáveis, a exemplo da referência a termos como “empresas operadoras de aplicativos”, enquanto o Supremo Tribunal Federal profere sucessivos julgamentos no sentido da prevalência do contrato sobre a realidade.

O parágrafo segundo do art. 4º da diretiva dispõe que “a determinação da existência de uma relação de trabalho se baseia principalmente sobre os fatos relativos à efetiva execução do trabalho, incluído o uso de sistemas de decisão ou de monitoramento automatizados na organização do trabalho mediante plataformas digitais, independentemente do modo que a relação é classificada em um eventual arranjo contratual entre as partes interessadas”. Tal disposição alinha-se perfeitamente ao previsto no parágrafo único do art. 6º e no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, de maneira que não seria novidade no contexto de coerente aplicação do ordenamento brasileiro vigente. De outro lado, conhecido como “PL da Uber”, o Projeto de Lei do Governo segue a linha

negacionista, já que, em seu art. 5º, apesar de prever todas as formas de controle possíveis por meios automatizados, reconhece o poder das empresas somente para o fim de negar a verdadeira condição de empregados aos trabalhadores a elas vinculados.

Quanto ao assunto, merece destaque a exposição de motivos da diretiva, consoante a qual “o controle e a direção podem assumir diferentes formas, tendo em conta que o modelo de economia das plataformas está em constante evolução; por exemplo, a plataforma de trabalho digital pode exercer a direção e o controle não só por meios diretos, mas também através da aplicação de sanções ou outras formas de tratamento desfavorável ou pressão”.

Vigora na norma europeia o entendimento de que “o princípio da primazia dos fatos, segundo o qual a determinação de existência de uma relação de trabalho se deverá basear principalmente nos fatos relacionados com a execução efetiva do trabalho, incluindo a sua remuneração, e não na descrição da relação de trabalho pelas partes, em conformidade com a Recomendação n.º 198 da OIT sobre a Relação de Trabalho (2006), é particularmente pertinente para o trabalho nas plataformas digitais, em que as condições contratuais são frequentemente determinadas unilateralmente por uma das partes”. Em sentido completamente oposto, as decisões do STF e o PLP 12/2024 criam uma ficção de trabalho autônomo para justificar a precarização de direitos no País.

A presunção relativa de relação de emprego resta instituída no parágrafo primeiro do art. 5º da diretiva, “quando se encontrarem fatos que indicam um poder de controle ou direção, conformemente ao direito nacional e à jurisprudência da Corte de Justiça”. Segundo a regra europeia, o ônus de refutar a presunção legal é da plataforma, a quem cabe demonstrar que não existem na realidade os elementos da relação de emprego. O parágrafo segundo ainda prevê que a presunção legal deverá servir para facilitar processualmente o reconhecimento judicial da condição do trabalhador. Tal facilitação consiste em um direito instrumental, reconhecido expressamente no parágrafo quarto do art. 5º da diretiva, o qual colide frontalmente com o sistema que o STF tem implementado no Brasil, ao proferir decisões no sentido de evitar que os trabalhadores desafiem a natureza contratual do trabalho em plataforma na

Justiça do Trabalho. Assim, a presunção legal de garantia de acesso à justiça substancial é tolhida dos trabalhadores brasileiros.

Diferentemente do Brasil, as autoridades da Comunidade Europeia demonstram preocupação com a gestão algorítmica do trabalho realizada pelas empresas. O STF e o PLP 12/2024, em suas decisões e previsões, legitimam esse poder sem prever controle ou contrapartida, pois o art. 5º da proposta do Governo assegura às empresas o exercício de poder empregatício diretivo, disciplinar e punitivo, inclusive por meio de gestão algorítmica, mas o restante da proposta deixa de assegurar aos trabalhadores abrangidos direitos trabalhistas mínimos.

Enquanto o projeto brasileiro omite-se em relação à proteção de dados pessoais na gestão algorítmica, a diretiva da Comunidade Europeia avança para além da norma do continente europeu de proteção de dados para os cidadãos em geral, assegurando salvaguardando todos os trabalhadores dos algoritmos, sejam esses empregados ou não. Observe-se que a autonomia europeia prevê direitos; a brasileira não.

São inúmeras as restrições previstas no pacto europeu em relação ao tratamento de dados pelas empresas e ao uso das informações reunidas por meio dos sistemas automatizados de monitoramento. Proíbe-se, no art. 7º, o tratamento de dados pessoais a respeito do estado emocional ou psicológico dos trabalhadores, assim como se veda o recolhimento de dados pessoais fora do âmbito do trabalho e o seu tratamento para previsão do exercício de direitos fundamentais, principalmente dos sociais, como liberdade sindical, direito de negociação ou ações coletivas ou direito de informação e consulta. Além disso, as plataformas também estão proibidas de tratar dados para inferir raça ou etnia, condição de migrante, convicções religiosas ou filosóficas, deficiência ou estado de saúde, estado emocional ou psicológico, filiação sindical, vida ou orientação sexual. Da mesma forma, é proibido o tratamento de dados biométricos para comparação com outros bancos de dados.

Apesar de aduzir ao princípio da transparência, a única medida prevista pelo Projeto de Lei Complementar 12/2024 para efetivá-lo seria a disponibilização de informações *a posteriori* relativas ao cálculo da remuneração,

em uma forma de contracheque discriminado. No projeto europeu, a implementação da transparência é prevista por meio de uma série de medidas, como a exigência do art. 9º, 1, de que as empresas que se utilizarem de sistemas automatizados de monitoramento ou tomada de decisões informem aos trabalhadores, aos sindicatos e às autoridades o uso desses sistemas, assim como todos os tipos de decisão tomados pelos sistemas, mesmo aqueles que não se relacionarem significativamente com o trabalho. Estende-se também a transparência sobre o monitoramento - devendo ser informadas as categorias de dados e as ações que são monitoradas, supervisionadas ou avaliadas por esses sistemas, incluindo-se as avaliações pelos destinatários do serviço, o objetivo do monitoramento e a forma como deverá ser atingido – e os destinatários dos dados pessoais tratados pelo sistema, além de qualquer transmissão ou transferência desses, ainda que a um mesmo grupo empresarial.

Na Comunidade Europeia, será obrigatória a supervisão humana dos sistemas automatizados, com participação dos representantes dos trabalhadores. Conforme o art. 10, 1, a cada dois anos, deverá ser realizada uma avaliação do impacto das decisões tomadas em sistema automatizado nas condições de trabalho e na igualdade de tratamento. Caso o resultado da avaliação seja a verificação de um alto risco, a empresa será obrigada a adotar medidas, como a modificação do algoritmo para evitar problemas no futuro. Todas as informações descritas devem ser disponibilizadas aos trabalhadores e às autoridades competentes. Ademais, por previsão do art. 10, 5, as decisões para restringir, suspender ou pôr termo à relação contratual devem ser tomadas por um ser humano.

Dentre os diversos direitos previstos em favor dos trabalhadores, ressalva-se ainda o de obter explicação sobre qualquer decisão tomada ou apoiada por um sistema automatizado, com linguagem clara e simples, sem demora injustificada e com possibilidade de pedido de revisão. Configurada violação a direitos, no prazo de até duas semanas, a decisão deverá ser retificada pela empresa e, diante de impossibilidade, o trabalhador será indenizado pelos danos sofridos. Em qualquer caso, o algoritmo deverá ser modificado para que as lesões não aconteçam.

O art. 12 revela a preocupação da diretiva em relação ao impacto do algoritmo na saúde dos trabalhadores, o qual deve ser avaliado em relação aos riscos de acidentes de trabalho, psicossociais e ergonômicos e introduzir medidas de prevenção e proteção adequadas, sendo proibida a utilização dos sistemas automatizados para exercer pressão sobre os trabalhadores ou gerar risco à sua segurança e saúde física e mental.

Ademais, os Estados receberão das plataformas informações de significativa relevância, como o número de pessoas que trabalham, por nível de atividade, situação contratual ou estatuto profissional, e os termos e condições gerais fixados, além de dados sobre as horas trabalhadas e os intermediários com quem as plataformas mantêm relação contratual. No caso brasileiro, há previsão de fornecimento de informações à Receita Federal e à inspeção do trabalho, porém não restam descritas as informações a serem fornecidas.

Já o art. 21 da diretiva prevê a possibilidade de exigência às plataformas, pelos tribunais nacionais e autoridades competentes, de todos os elementos de prova pertinentes que estejam sob seu controle, inclusive os que contenham informações confidenciais, que devem ser protegidas. A implementação da referida modalidade de norma no Brasil evitaria a jurisprudência que tem impedido juízes a ter acesso aos dados do algoritmo.

Por fim, o conjunto de normas previsto na diretiva europeia deverá ser implementado pelos Estados-membros no prazo de dois anos.

### **3. Considerações finais**

Do estudo comparativo entre a diretiva da Comunidade Europeia a respeito do trabalho em plataformas e o Projeto de Lei Complementar 12/2024, advém a conclusão de que consistem em dois tipos opostos de regulação.

A proposta de legislação brasileira, omissa em relação à proteção de dados e à implementação de direitos fundamentais, representa retrocesso a um passado longínquo, ao consolidar a desproteção e a exploração dos trabalhadores em plataformas. O PLP 12/2024 afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício em favor dos motoristas em

plataformas e valida o reconhecimento de uma autonomia sujeita a diversas modalidades de controle e subordinação, sem instituir contraprestação equivalente em termos de direitos.

O acordo firmado na Comunidade Europeia, diferentemente, enfrenta desafios do presente e estabelece a presunção relativa de relação de emprego, como direito instrumental a ser aplicado em favor do trabalhador em plataforma, além de instituir mecanismos apropriados para a proteção e a redução de assimetrias advindas da nova realidade do trabalho, regido pelo algoritmo e pela inteligência artificial.

Confrontados os dois projetos, com previsões diametralmente opostas, vislumbram-se diferentes futuros em suas áreas de abrangência. O Brasil segue sua sina de país colonizado - ou autocolonizado - e a Europa luta para manter conquistas civilizatórias. Ao que parece, duas palavras podem definir projetos tão díspares: barbárie e civilização.

## Recursos electrónicos

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2024). *Platform workers: Council confirms agreement on new rules to improve their working conditions.*

Bruxelas, 11 mar. Disponible en:

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/#:~:text=16%3A10-Platform%20workers%3A%20Council%20confirms%20agreement%20on%20new,to%20improve%20their%20working%20conditions&text=Today%2C%20EU%20employment%20and%20social,on%20the%20platform%20work%20directive.>

**DEBATE: NUEVAS (Y NO TAN NUEVAS) FORMAS DE  
TRABAJO Y TECNOLOGÍAS APLICADAS EN EL MUNDO  
LABORAL: ¿QUÉ ESPACIOS Y QUÉ CONTENIDOS PARA  
NUEVAS REGULACIONES?**

**DISCUSSION: NEW (AND NOT SO NEW) FORMS OF WORK  
AND TECHNOLOGIES APPLIED IN THE WORLD OF WORK:  
WHAT SPACES AND WHAT CONTENT FOR NEW  
REGULATIONS?**

El Equipo editorial de la Revista Jurídica del Trabajo ha resuelto dedicar la sección de debate de este N° 13, al análisis de las nuevas formas de trabajo, la utilización de las tecnologías en el ámbito laboral y los desafíos en términos de regulación presentes tanto a nivel nacional como regional e internacional.

Se trata este de un tema de suma actualidad y que cala hondo transversalmente sobre las relaciones laborales del mundo moderno. En efecto, en los últimos años se han verificado profundas transformaciones en las formas de organización empresarial, los modelos de negocio, y por ende, en la ejecución del trabajo humano.

Piénsese solamente en el desarrollo de la crisis sanitaria durante la pandemia del coronavirus, que exigió la imposición de nuevas formas de trabajo (o no tan nuevas) como el teletrabajo, así como la proliferación de la actividad de reparto de bienes o mercaderías mediado por plataformas digitales, entre otros.

Sin perjuicio de ese contexto histórico excepcional, también es posible verificar muchos otros ejemplos que se concretan en cambios a nivel de la organización empresarial y del trabajo humano, mediante la introducción de tecnologías a efectos de promover una nueva forma de organización del trabajo, la dirección de los trabajadores, el control de la prestación laboral o inclusive la disciplina de quienes brindan su fuerza de trabajo. En efecto, las plataformas digitales son un fiel ejemplo representativo de la ejecución de los poderes del empleador a través de instrumentos tecnológicos (como los algoritmos), empero también es posible retrotraerse a instrumentos más consolidados como el control mediante video vigilancia, el registro de marcas de asistencia mediante un sistema de verificación de la huella dactilar o el escaneo de la retina de los trabajadores, hasta formas más modernas de control como los chips subcutáneos que registran la actividad y movimiento de las personas.

Más actualmente asistimos a un estadio evolutivo en donde el desarrollo de las tecnologías es más vertiginoso, y por ende, salen a la luz nuevos instrumentos que desafían a las relaciones laborales, con poco margen temporal para su comprensión y asimilación. Por ejemplo, el uso de la

inteligencia artificial (en constante construcción y desarrollo), es un mecanismo que provoca importantes transformaciones en el mundo en general, y más particularmente, en las empresas y la forma de organizar, dirigir, controlar y disciplinar a los trabajadores, así como también la forma en que estos ejecutan sus tareas.

Desde la academia, se han identificado tres tendencias que se verifican en el pasaje del capitalismo industrial al llamado capitalismo informacional o cognitivo: en primer lugar, la informacionalización de actividades productivas (que consiste en producir información digital y utilizar tecnologías digitales como instrumentos); en segundo lugar, la automatización (o sustitución, es decir, el reemplazo del trabajo humano por la tecnología); y en tercer lugar, la plataformización del trabajo (que incluye a la *gig economy*, y otras modalidades, como el trabajo de los prosumidores, entre otros)<sup>1</sup>.

Estos cambios han provocado que tanto desde el terreno de la academia, como de los hacedores de las políticas públicas y los reguladores, se comience a pensar en nuevas formas de encausar los desarrollos tecnológicos y de regulaciones particulares para afrontar los desafíos que estos provocan sobre el mundo del trabajo.

Una tarea difícil de llevar adelante es la evaluación sobre la eventual necesidad de introducir cambios regulatorios, en el marco antes referenciado, sin caer en la tentación de adoptar una respuesta simplista derivada del aforismo “ante hechos nuevos, se requieren nuevas normas”, o los calificativos frecuentemente avizorados que refieren a que las normas que existen hoy en día son “viejas” e “inaplicables” ante este “nuevo escenario tecnológico”.

Muy por el contrario, se impone la adopción de una conducta más mesurada, requiriéndose un adecuado y previo diagnóstico de la realidad, así como la identificación de las eventuales insuficiencias o lagunas normativas. Efectivamente, el camino virtuoso suele ser el del “justo medio” según la explicación aristotélica, y ello significa no dejarse derrotar por los eslóganes, los modismos, las campañas de marketing o el fuerte poder ejercido mediante

---

<sup>1</sup> Zuckerfeld, M. (2020). “Bits, plataformas y autómatas. Las tendencias del trabajo en el capitalismo informacional”, *Revista latinoamericana de antropología del trabajo*, núm. 7, pp. 3-4. Disponible en <https://ojs.ceil-conicet.gov.ar/index.php/lat/article/view/623>.

el lobby (en el mundo del trabajo, usualmente llevado a cabo por las empresas multinacionales que concentran no sólo el poder en términos políticos y de influencias, sino el poder económico).

En este contexto, resultará bien importante “separar la paja del trigo”, y ubicar en el centro de la cuestión al hombre, y particularmente al hombre que trabaja, ya que la disciplina que ordena y regula el trabajo humano (el Derecho del trabajo), constituye una rama del derecho antropocéntrica, con un claro fin tuitivo de uno de los sujetos que se encuentra en una posición de asimetría de poder, y en concreto, en condición de sometimiento a las potestades que puede ejercer de manera unilateral su contraparte en el marco de la relación de trabajo. Si el debate partiera de conceptos o fundamentos diferentes, entonces correríamos el riesgo de apartarnos de la función central del Derecho del trabajo, que al decir de Hugo Sinzheimer, consiste precisamente en “evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas”<sup>2</sup>.

En virtud de la intención editorial de poner estos temas arriba de la mesa de discusión, se presenta un trabajo de **Rafael Alburquerque**, que pone foco de atención en las transformaciones producidas en el Derecho laboral, a causa de la utilización de la tecnología y la inteligencia artificial. Asimismo, el autor cuestiona el elemento de la subordinación jurídica, en su concepción tradicional, en tanto su identidad con la supervisión directa del trabajo, presenta dificultades en modalidades como el teletrabajo y los trabajos mediados por plataformas digitales. En este sentido, se enfatiza en que el control clásico es sustituido por una vigilancia algorítmica, que exige la actualización de la normativa laboral con el fin de asegurar el objetivo tutelar de la disciplina.

Por otro lado, **Eduardo Rojo Torrecilla** dedica un análisis especial a la reciente Directiva aprobada en el ámbito de la Unión Europea, en torno a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Esta aproximación, en definitiva, cumple con la idea proyectada en esta sección de debate, al abordar los contenidos regulatorios en un espacio regional (el europeo), sobre una de las cuestiones que vinculan nuevas formas de

---

<sup>2</sup> Sinzheimer, H. (1984). “La esencia del derecho del trabajo” (1927), en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, Felipe Vázquez Mateo (trad.).

organización empresarial, el uso de las tecnologías y el trabajo humano desarrollado en ese contexto. El autor destaca la finalidad de dicho instrumento normativo, que se concreta en proteger a las personas trabajadoras que prestan su fuerza laborativa para empresas propietarias de plataformas digitales. Y, sobre esta base, se destacan los principales contenidos de la Directiva, identificando, por un lado, el combate contra las situaciones de falsa autonomía y la concreción de medidas que faciliten la adecuada calificación jurídica de los vínculos laborales, por otro lado, cuestiones en torno a la transparencia algorítmica, la supervisión humana de las decisiones, etc.

A los lectores de la Revista Jurídica del Trabajo les deseamos buena lectura de estos invaluable aportes que provienen de dos destacados iuslaboralistas de Latinoamérica y de Europa.

Federico Rosenbaum Carli<sup>3</sup>  
(Coordinador del tema de debate del N° 13)

---

<sup>3</sup> *Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Asociado e investigador de alta dedicación (PiAD), Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>. Correo electrónico: [federico.rosenbaum@ucu.edu.uy](mailto:federico.rosenbaum@ucu.edu.uy).*

---

## **NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN EL SIGLO XXI Y EL RETO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

## **NEW WAYS OF WORK IN THE 21ST CENTURY AND THE CHALLENGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE**

Rafael ALBURQUERQUE

*Catedrático titular de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana). Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana). Ex Presidente y Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

[ralca@claro.net.do](mailto:ralca@claro.net.do)

Fecha de envío: 15/04/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN EL SIGLO XXI Y EL RETO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Rafael ALBURQUERQUE

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

---

**Resumen:** El presente trabajo analiza cómo la tecnología y la inteligencia artificial (IA) están transformando el Derecho del Trabajo, que históricamente ha respondido a las realidades sociales y económicas desde la revolución industrial. La subordinación jurídica, base del control del empleador sobre el trabajador, enfrenta desafíos en el teletrabajo y las plataformas digitales. En el teletrabajo, la supervisión efectiva es difícil, complicando la aplicación de normas tradicionales sobre horarios y condiciones laborales. Los trabajadores de plataformas digitales, aunque aparentemente independientes, están sujetos a un control algorítmico, lo que requiere actualizar las leyes laborales para asegurar su protección.

La IA está revolucionando sectores como finanzas, turismo, salud y comercio, y se prevé que transformará significativamente el mercado laboral. Aunque estudios advierten sobre la posible pérdida masiva de empleos, también indican que la IA podría mejorar la productividad y crear nuevas oportunidades laborales. Es esencial que el Estado implemente políticas de formación profesional continua para ayudar a los trabajadores a adaptarse a estas tecnologías emergentes y garantizar la transparencia y equidad en el uso de algoritmos. En conclusión, el Derecho del Trabajo debe evolucionar para enfrentar los desafíos de la era digital, y aunque es temprano para determinar si se necesita un nuevo marco legal, es claro que las normas actuales requieren importantes ajustes para proteger adecuadamente a los trabajadores en un mundo posindustrial.

**Palabras clave:** Nuevas formas de trabajo - Inteligencia artificial - Subordinación - Teletrabajo - Plataformas digitales

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La subordinación jurídica en la era digital. 3. El impacto sobre el trabajo de la IA. 4. Conclusiones.

**Abstract:** This paper examines how technology and artificial intelligence (AI) are transforming Labor Law, which has historically responded to social and economic realities since the industrial revolution. Legal subordination, the basis of employer control over the worker, faces challenges in telework and digital platforms. In telework, effective supervision is difficult, complicating the application of traditional norms regarding working hours and conditions. Platform workers, although seemingly independent, are subject to algorithmic control, necessitating updates to labor laws to ensure their protection.

AI is revolutionizing sectors such as finance, tourism, health, and commerce, and is expected to significantly transform the labor market. While studies warn of potential massive job losses, they also suggest that AI could improve productivity and create new job opportunities. It is essential for the state to implement continuous professional training policies to help workers adapt to these emerging technologies and to ensure transparency and fairness in the use of algorithms. In conclusion, Labor Law must evolve to meet the challenges of the digital age, and although it is early to determine if a new legal framework is needed, it is clear that current regulations require significant adjustments to adequately protect workers in a post-industrial world.

**Key words:** New forms of work - Artificial intelligence - Subordination - Telework - Digital platforms

**Summary:** 1. Introduction. 2. Legal subordination in the digital age. 3. The impact of AI on work. 4. Conclusions.

## 1. Introducción

El vertiginoso avance de la tecnología y la creación reciente de la inteligencia artificial amenazan con socavar los cimientos del Derecho del Trabajo. Este hecho no debería sorprender si se recuerda que, según lo enseñado por el maestro francés Gerard Lyon-Caën no hay rama de Derecho más vinculada con la realidad que la del Trabajo.

Una ojeada a vuelo de pájaro de la historia nos dirá que el Derecho del Trabajo fue la respuesta a la denominada cuestión social provocada por la revolución industrial. Esta, iniciada con la introducción de la máquina de vapor, patentizada por James Watt en 1769, condujo a un nuevo paradigma en las relaciones de producción, pues de una mano de obra basada en el trabajo manual y el uso de la tracción animal se pasó a la producción industrial y al transporte mecanizado de mercancías y pasajeros.

Como consecuencia del desarrollo industrial surgieron nuevas clases sociales encabezadas por el proletariado y la burguesía dueña de los medios de producción. Esta nueva división social que dejó atrás al siervo de la gleba de la época medieval condujo al nacimiento de graves abusos y problemas sociales, con trabajadores sometidos a extenuantes jornadas de trabajo, sin descanso, en un ambiente carente de higiene y seguridad, y pagados con un salario ínfimo que apenas le alcanzaba para su subsistencia.

Desde luego, las protestas en procura de nuevas condiciones de vida y de trabajo estallaron en las nuevas empresas y los trabajadores de la época comenzaron a organizarse en sindicatos, todo lo cual derivó en la intervención de los gobiernos que comenzaron a preocuparse por la suerte de estos desdichados.

Producto de estas luchas surgió en 1841 la primera ley de protección de trabajo, gracias a la cual se fijó en ocho años la edad de admisión al trabajo para los menores empleados en las manufacturas, fábricas y talleres, limitó la duración de trabajo a un máximo de ocho horas para los menores que tuvieran de 8 a 12 años y de doce horas para los que tuvieran de 12 a 19, prohibió el

trabajo nocturno desde las diez de la noche hasta las cinco de la mañana, y les concedió el descanso semanal y les vedó el empleo en trabajos peligrosos.

La ley nunca fue aplicada, pero poco tiempo después, bajo el régimen de la Revolución de 1848, inspirado en las ideas del socialismo utópico, se adoptaron un conjunto de leyes protectoras, y fue así que se limitó la jornada de trabajo a diez horas diarias en París y once horas en las provincias, se suprimieron las agencias de colocación que fueron reemplazadas por agencias municipales y se prohibió la práctica del *merchadage*, por la cual se contrataba un maestro de obra a precio alzado y este de su salario pagaba a los obreros que a su vez contrataba.

Todas estas reformas tuvieron vida efímera, pues en 1849 fueron abrogadas y hasta 1864 no se conocieron nuevas leyes sociales, como fue la de libertad de coalición, y más tarde, en 1868 la que abrogó la regla de la prueba desfavorable a los trabajadores, contenida en el artículo 1781 del Código Civil.

Hubo que esperar a 1898 para conocer una ley sobre accidentes de trabajo, a 1906 para establecer el descanso semanal y a 1919 para consagrar la jornada de ocho horas de trabajo.

El Derecho del Trabajo vendría a obtener su carta de ciudadanía con el Tratado de Versalles en 1919, y aun después de esta fecha los autores franceses seguían estudiando las leyes de protección al trabajo con el nombre de Legislación Industrial (Henri CAPITANT y Paul Cuhe, Précis Dalloz, 1927) y los insignes maestros Planiol y Ripert rechazaban el nombre de contrato de trabajo considerando esta expresión como una perífrasis, ya que el trabajo puede ser objeto de varias convenciones, tales como el contrato de empresa o el contrato de sociedad.

Como se puede observar desde esta resumida historia de nuestra disciplina, el Derecho del Trabajo, conjunto de normas de derecho ideadas para regular el trabajo industrial tuvo una gestación bastante larga, exactamente 150 años, y aun después de bautizado en 1919 hubo que esperar unos cuantos más para lograr el estadio en que lo conocemos desde la segunda mitad del siglo pasado.

Por lo tanto, ante un nuevo modo de producción que se avizora con el desarrollo de la tecnología y la inteligencia artificial es lógico comprender que un Derecho ideado para una sociedad industrial debe necesariamente modificarse para responder a los retos que le impone una sociedad posindustrial, o si se quiere, digital.

Sus efectos comienzan ya a notarse en la subordinación jurídica y los primeros pasos que se conocen de la inteligencia artificial presagian un impacto profundo en la naturaleza del trabajo, tal como lo conocemos en la actualidad.

## **2. La subordinación jurídica en la era digital**

Como se sabe, la subordinación jurídica es el poder conferido al empleador de dictar órdenes e instrucciones a su trabajador en todo lo concerniente a su trabajo y la obligación para este de acatarlas y cumplirlas.

Hoy en día nadie duda de que el teletrabajador se encuentra sujeto a las órdenes e instrucciones de su empleador, tal como lo reconoce el Derecho del Trabajo desde sus inicios respecto al trabajador a domicilio. En ambos casos se trata de un trabajo a distancia, con la diferencia de que el primero utiliza para sus tareas los medios electrónicos.

El problema radica en la aplicación de la subordinación jurídica en el ámbito del teletrabajo. En efecto, esta ha sido ideada y concebida para el trabajo presencial, con trabajadores reunidos en uno de los establecimientos de la empresa y con un empleador o su representante en contacto permanente con su personal. Gracias a esta concepción doctrinal el empleador tendrá potestad para organizar el trabajo en su empresa, lo que le permitirá acondicionar los locales, seleccionar los materiales y los métodos a emplear para la ejecución de las tareas, fijar el horario de trabajo, establecer el tiempo para las comidas y las pausas durante la jornada y decidir su prolongación, así como fiscalizar las actividades del asalariado para verificar si cumple con las instrucciones recibidas.

Pues bien, no será fácil al empleador de un teletrabajador poder ejercer estos poderes de organización y control. Piénsese tan solo en la verificación de

la ejecución de las labores. Ciertamente que en el caso de un trabajo *on-line* este último podrá ser vigilado e igualmente sucederá si le ha sido instalada a su computadora una cámara que permite la observación a distancia, pero en ausencia de este control resultará complicado llevar a cabo una vigilancia continua como sucede cuando el trabajo se desempeña en forma presencial. En este, el supervisor está atento a cada paso del operario, puede corregir errores, ofrecer sugerencias, llamar la atención y evitar riesgos innecesarios. En cambio, al empleador del teletrabajador se le imposibilitan estas acciones preventivas, que solo podrá cumplir cuando periódicamente solicita un informe de los avances del trabajo. Incluso, en el trabajo *on-line* y en el uso de la cámara el control no es tan efectivo como en el trabajo presencial.

La jornada de trabajo es otro de los aspectos que entorpece la aplicación efectiva de la subordinación jurídica. Las leyes que regulan el teletrabajo toman el cuidado de disponer que el teletrabajador esté sujeto a la misma duración de la jornada del trabajador presencial, y con fines de garantizar su cumplimiento en estas normas legales se consagra el derecho a la desconexión en beneficio del trabajador. En otras palabras, agotada la jornada, el teletrabajador tendrá el derecho de desconectar su ordenador o su teléfono celular para evitar así que el empleador pueda comunicarse con él. No obstante, en la práctica y por temor a perder su empleo el teletrabajador se mantendrá en comunicación con su empleador que a cualquier hora podrá llamarlo para encomendarle una tarea, aunque su jornada haya terminado o se encuentre en su día de descanso semanal. Ya existen algunos informes preliminares del estrés que sufren algunos teletrabajadores que mantienen sus celulares a mano por temor de no responder a tiempo oportuno el llamado de su empleador, que puede producirse a cualquier hora del día o de la noche, particularmente si la empresa se encuentra radicada en un país de huso horario distinto al nuestro.

Un tema tan sencillo como los gastos generados en electricidad y en la conectividad por el uso de la data puede generar problemas en la esfera de la subordinación. El teletrabajador aspira que la totalidad de estos gastos sean asumidos por el empleador, pero este casi siempre argumenta que solo debe responder por aquellos que se generan cuando se está al servicio de la empresa.

De aceptarse esta opinión, ¿cómo calcular la proporción correspondiente? ¿Cuál ha sido el consumo durante las horas en que se estuvo bajo la subordinación? Será siempre una estimación, pero un buen ejemplo de que el concepto de la subordinación jurídica y de la teoría de sus indicios ha sido elaborada para un trabajo presencial.

Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales también pueden ocasionar inconvenientes en el teletrabajo, especialmente cuando este se realiza en el hogar del trabajador. Las leyes que rigen la materia tienden a crear una presunción, la cual puede ser combatida por prueba en contrario, que será siempre una prueba extremadamente difícil para el empleador. En su hogar el teletrabajador podrá desplazarse en sus horas de trabajo a cualquiera de los salones y aposentos de la casa, fruto de la debilidad en la aplicación de la subordinación, por lo que resultará engorroso al empleador poder probar que el accidente tuvo lugar en ocasión o como consecuencia del trabajo realizado. Lo mismo puede decirse de las enfermedades profesionales debido a una mala ergonomía, como la altura de la mesa donde se desempeña la labor, el tipo de silla, la luz de la pantalla, la iluminación, con el agravante de que no habrá una vigilancia *in situ* que permita corregir la mala práctica.

Igual sucederá con la responsabilidad del trabajador de custodiar los equipos y materiales que le han sido facilitados y su obligación de usarlos exclusivamente para el trabajo asignado que, si bien pueden ser monitoreados por los sistemas de vigilancia a distancia que se hayan establecido, siempre resultará difícil probar si el deterioro o el daño es producto del uso o de una negligencia o mala práctica del trabajador, pues este ejecuta sus tareas lejos de la visión permanente de su supervisor.

El tema puede llegar a lo escabroso y caer en el ámbito de lo estrictamente privado, cuando se ha instalado una cámara de control remoto y el trabajo se realiza en el hogar del teletrabajador, pues una tenue línea de división separará el lugar del trabajo a las demás habitaciones del hogar. ¿La imagen captada viola o no la intimidad de la persona?

Estas dificultades de aplicación de la subordinación jurídica y sus atributos se acrecientan hasta llegar a difuminarla cuando se trata del trabajo en

plataforma digital. Esta ha sido definida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como “el trabajo mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa y las aplicaciones (apps) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas, tareas que suelen llevarse a cabo a nivel local”

Las plataformas digitales están de moda y hoy en día nos permiten organizar un traslado en auto, pedir comidas y acceder a una infinidad de otros servicios en línea. Lo logran al poner en contacto a clientes o consumidores con trabajadores que realizan estas tareas a demanda de las plataformas.

¿Es trabajador subordinado el trabajador de plataforma? Examinemos el haz de indicios de la subordinación jurídica para intentar dar una respuesta. Como sabemos hay una serie de hechos que nos permiten presumir si en una relación de trabajo existe o no subordinación. Entre estos se encuentran: el *lugar de trabajo*, pues el subordinado casi siempre presta sus servicios en un local que pertenece al empleador; el *horario de trabajo*, pues en el trabajo subordinado el operario deberá cumplir un horario que se le ha fijado; el *suministro del instrumento de trabajo*, que será proporcionado por el empleador; la exclusividad, ya que el asalariado generalmente trabaja para una sola persona; y la *ausencia de personal dependiente*, pues el trabajador subordinado ejecuta su labor personalmente, sin personas bajo su dependencia.

Pues bien, salvo el último elemento, los demás no están presentes en el trabajo de plataformas, pues este trabajador generalmente presta sus servicios en la calle, en las horas que le convenga, con sus propios instrumentos de trabajo, y lo que es más importante, el salario, que es uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo no lo recibe de la plataforma, sino del cliente.

*Prima facie*, bien puede afirmarse que el trabajador de plataforma no es un trabajador subordinado protegido por la legislación laboral. Su labor, se aduce, es independiente, lo que priva a este de las normas de protección del Código de Trabajo.

Llegar a esta conclusión es desconocer el impacto que en el mundo de trabajo ha tenido la tecnología digital. Si la subordinación es esencialmente control y vigilancia del empleador sobre el trabajador debemos llegar a la

conclusión que en el caso del trabajador de plataforma este control y vigilancia se realiza desde la distancia física, pero con cercanía tecnológica, en lo que podría denominarse un control algorítmico. Al igual que en una fábrica o una oficina, la plataforma organiza y gestiona el trabajo y los trabajadores se someten a su lógica desde el mismo momento que inician su sesión en la aplicación, y al hacerlo, quedan sujetos a una autoridad externa, que determinará qué tareas se deben ejecutar y cuánto se le pagará por sus servicios, al mismo tiempo que evaluará y controlará el desempeño del trabajo realizado.

El debate, ya zanjado por la jurisprudencia en varios países europeos, a favor del trabajador, puede soslayarse si se recuerda que los padres de nuestra disciplina resolvieron a principios del pasado siglo una polémica similar respecto al trabajador a domicilio y los representantes y viajantes de comercio, a quienes reputaron como trabajadores subordinados por mandato de ley. En otras palabras, bastará una ley para incluirlos en el Código de Trabajo, sin tener que aguardar que la doctrina llegue a conclusiones definitivas o que la jurisprudencia haga su obra de interpretación.

### **3. El impacto sobre el trabajo de la IA**

Un nuevo reto acosa al Derecho del Trabajo con la creación reciente de la inteligencia artificial (IA). Definida de modo simple, y comprensible para todos, por Lasse Rouhiainen, en su obra *Inteligencia Artificial* (6ta. edición, Alienta editorial), como “la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones, tal y como lo hace un ser humano”.

Su impacto será de tal naturaleza, que el autor citado nos vaticina que transformará el mundo de las finanzas, con servicios más fiables, menor papeleo y seguridad financiera mejorada; modernizará la industria del turismo, con reservas de hotel mediante comandos de voz, asistentes virtuales en los hoteles, y *check-in* mediante reconocimiento facial; revolucionará la conducción de los vehículos que se desplazarán autónomamente y la movilidad como servicio, con robots como guías turísticos y visitas virtuales a las ciudades; innovará en el

campo de la salud, en el área de los diagnósticos, la atención médica y el seguimiento y control de los medicamentos; y mutará radicalmente las tiendas y los supermercados con el comercio *on-line*, la reposición de estanterías, robotización del inventario, sistemas de pago electrónico y campañas de promoción con el uso de las tecnologías biométricas.

Desde luego, la repercusión en el mercado de trabajo será inevitable y es necesario preguntarse si la inteligencia artificial será una amenaza o una oportunidad para el empleo.

Los investigadores de Oxford Carl Benedikt Frey y Michel A. Osborne<sup>1</sup> expresan que hasta un 47 por ciento de los trabajadores de los Estados Unidos confrontan la amenaza de perder sus empleos en las próximas dos décadas; en tanto, que un estudio del Instituto Global McKinsey advierte que casi la mitad de las tareas que hoy realizan humanos serán ejecutadas por robots para el año 2055<sup>2</sup> y otro análisis del mismo instituto, de más reciente data, advierte que entre 400 y 800 millones de trabajadores podrán perder sus puestos de trabajo para el año 2030<sup>3</sup>.

No obstante, un primer estudio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la inteligencia artificial y el papel que desempeñará en el futuro de trabajo nos indica que se puede ser moderadamente optimista debido a que “las tecnologías digitales basadas en la IA pueden permitir que segmentos más amplios del mercado laboral mejoren su productividad y tengan acceso a empleos mejor remunerados, lo cual, a su vez, puede contribuir a promover el crecimiento inclusivo”.

En efecto vale la pena recordar que los cambios en el modo de producción siempre han provocado concomitantemente pérdida de empleo y un incremento en la productividad, lo que a la postre ha permitido la creación de nuevos puestos de trabajo y la expansión del universo de los asalariados. Recuérdense en ese

---

<sup>1</sup> *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerization*, <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/future-of-employment.pdf>.

<sup>2</sup> James Manyika, *A future that works: automation, employment and productivity*, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/digital-disruption/harnessing-automation-for-a-future-that-works/de-DE#>.

<sup>3</sup> James Mankiva, *What the future of work will mean for jobs, skills and wage*, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/jobs-lost-jobs-gained-what-the-future-of-work-will-mean-for-jobs-skills-and-wages>.

sentido la primera revolución industrial con la invención de la máquina: los trabajadores reaccionaron destruyéndolas y muchos perdieron sus empleos, pero, a la postre se generaron ocupaciones hasta entonces desconocidas y el aumento de la productividad permitió el empleo de un número mayor de trabajadores. El balance resultó positivo.

Asimismo, el uso de la inteligencia artificial reducirá costos y aumentará la productividad lo que conducirá a una expansión de la oferta de trabajo. Naturalmente, habrá ganadores y perdedores. Muy posiblemente perderán sus empleos aquellos trabajadores que realizan trabajos administrativos, pues son los más expuestos a las nuevas tecnologías, especialmente si sus tareas son automáticas y repetitivas, así como aquellos dedicados al análisis de datos y tendencias, labores que de inmediato podrán ser asignadas a robots.

Con los vehículos autónomos desaparecerán los taxistas, con los robots caerán en el desempleo los operadores de líneas de ensamblaje, con los *chatbots* se extinguirán las secretarías de atención al cliente, con la tecnología de punta pasarán a la historia los cajeros de bancos y en la medida en que la inteligencia artificial siga perfeccionándose continuará creciendo el número de empleos que serán afectados.

Sin embargo, en un segundo estudio de la OIT se explica que, incluso en los empleos altamente expuestos a la nueva tecnología, su afectación probablemente sea únicamente parcial, y en vez de ser sustituidos por la inteligencia artificial generativa serán más bien complementados, como es el caso hoy conocido del chatGPT. En otras palabras, más que sustitución habrá cambios potenciales en la calidad de estos puestos de trabajo, en particular la intensidad del trabajo y la autonomía.

Por lo demás, la inteligencia artificial creará nuevos puestos de trabajo, como científicos de datos, ingenieros de *software*, científicos de investigación, expertos en aprendizaje automático y profundo, diseñador de *chatbots*, experto en mercadeo digital, asesor de estrategia de inteligencia artificial, *coach* en adiciones tecnológicas y en creatividad<sup>4</sup>. En este sentido se ha sostenido que

---

<sup>4</sup> Lasse Rouhiainen, *Inteligencia Artificial*, 6ta. Edición, p. 178.

los avances tecnológicos han creado más empleos en el saldo neto que los que eliminan.

Estamos aún en los albores y es imposible llegar a conclusiones definitivas, pero el reto está presente y es menester que el Estado se prepare para enfrentarlo y evitar una crisis.

En ese sentido es necesario garantizar la difusión de las nuevas tecnologías y formular políticas de formación profesional de los trabajadores por la vía del INFOTEP y de los centros comunitarios de enseñanza tecnológica. Como advierte la OIT “el aprendizaje permanente debe convertirse en una realidad para que el mundo del trabajo pueda beneficiarse de estas nuevas tecnologías, ahora y en el futuro”. En este orden de la formación, habrá que pensar no solo en el aprendizaje inicial, sino también en programas que ayuden a los trabajadores a reclasificarse, a hacer el cambio del trabajo que desempeñan, de lo manual a la automatización, a adaptarse al mundo digital.

Por otra parte, el incremento de la productividad como efecto de las nuevas tecnologías podrá derivar en una necesaria reducción del tiempo de trabajo. Ya los países europeos ensayan nuevas jornadas semanales que en algunos casos han llegado a las 36 o 37 horas a la semana. El Estado tendrá que prepararse para administrar el ocio, para brindar a sus ciudadanos el esparcimiento necesario en el tiempo libre que gozarán fuera de su jornada.

Por último, y no por ello menos importante, las autoridades administrativas del trabajo deberían garantizar la transparencia del algoritmo y tomar conocimiento de este, con el fin de evitar un sesgo discriminatorio contra las mujeres y colectivos vulnerables; ofrecer mecanismos de protección para la privacidad e intimidad personal y de la familia, particularmente en lo concerniente a sus datos; impedir la deshumanización del trabajo, como resultado de las exigencias de la productividad e intensidad, lo que puede conducir a la fatiga, los accidentes y la enfermedad profesional; y reglamentar el control incesante por la visión a distancia de cámaras y la audición por la vía de micrófonos.

#### **4. Conclusiones**

En fin, ¿se necesitará un nuevo derecho que sirva para proteger al trabajador digital o bastará con actualizar y modificar las normas de protección del actual derecho del trabajo?

Aún es muy temprano para responder a esta pregunta. Solo el futuro nos dará la respuesta, pero recordemos la historia y extraigamos de ella sus lecciones.

La primera revolución industrial sepultó el *ancien régime* y los códigos napoleónicos de 1804 erigieron un nuevo derecho con normas en lo civil, penal y comercial para regular las relaciones de la sociedad industrial acabada de nacer. No obstante, el arrendamiento de servicios sobrevivió como instituto en el Código Civil y durante un siglo los trabajadores industriales fueron sometidos a la más abominable explotación hasta que en los finales del siglo XIX se aprobaron las primeras leyes de protección que devendrían en el nacimiento del actual Derecho del Trabajo en los primeros años del siglo XX.

Hogaño, los tiempos corren con más prisa. Algunas normas de protección para el trabajador digital comienzan a ser aprobadas. La velocidad de implantación de la inteligencia artificial y su impacto potencial en la sociedad, la impresión 3D, la robótica, el internet de las cosas, la nanotecnología y la computación cuántica nos conducen a un mundo desconocido que en muy pocos años estará en capacidad de decirnos si el trabajador digital necesitará de un nuevo derecho de protección, cuyo nombre y contenido hoy desconocemos.

Como decía, Carlos Marx, el derecho es una superestructura y esta responderá a un determinado estadio de la evolución de las relaciones de producción.

## Bibliografía

ROUHIAINEN, L. (2018). *Inteligencia Artificial*, 6ta. Edición, Alienta Editorial.

## Recursos electrónicos

FREY, C. B. y OSBORNE, M. A. (2017). *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerization*. Disponible en: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/future-of-employment.pdf>.

MANYIKA, J., et. al. (2017). *What the future of work will mean for jobs, skills and wage*. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/jobs-lost-jobs-gained-what-the-future-of-work-will-mean-for-jobs-skills-and-wages>.

MANYIKA, J., et. al. (2017). *A future that works: automation, employment and productivity*. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/digital-disruption/harnessing-automation-for-a-future-that-works/de-DE#>.

---

## **DIRECTIVA UE: MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES EN PLATAFORMAS DIGITALES**

## **EU DIRECTIVE: IMPROVEMENT OF WORKING CONDITIONS IN DIGITAL PLATFORMS**

Eduardo ROJO TORRECILLA

*Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y profesor honorario,  
Universidad Autónoma de Barcelona (España).*

[eduardo.rojo@uab.cat](mailto:eduardo.rojo@uab.cat)

Fecha de envío: 09/05/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

---

## DIRECTIVA UE: MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES EN PLATAFORMAS DIGITALES

Eduardo ROJO TORRECILLA

*Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

---

**Resumen:** La norma analiza el impacto de la digitalización en el mundo laboral, destacando tanto sus aspectos positivos como los riesgos que conlleva, subrayando la importancia de acompañar la transición tecnológica con medidas adecuadas para salvaguardar la protección de las personas trabajadoras que prestan sus servicios para las empresas de la economía de plataformas.

El hilo conductor de la norma, y que deberá tenerse en consideración en cualquier interpretación de sus preceptos, es que tiene por objeto “mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas y proteger los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas”. En esa mejora se incluye la lucha contra el falso trabajo autónomo y la adopción de medidas que faciliten “la determinación correcta de la situación laboral”, por lo que los Estados deberán aplicar procedimientos adecuados para prevenir y abordar la clasificación errónea de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas digitales.

Se presta, pues, atención en este artículo al contenido de la norma relativo a mejorar las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas mediante la introducción de medidas para facilitar la correcta determinación de su situación laboral, la promoción de la transparencia, la equidad, la supervisión humana, la seguridad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el ámbito del trabajo en plataformas, y la mejora de la transparencia del trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas.

**Palabras clave:** Plataformas - Relación laboral - Algoritmo - Unión Europea

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Una nota previa sobre los conceptos de persona trabajadora y de sujeto empleador. 3. Principios informadores contenidos en la parte introductoria. 4. Examen del texto articulado. 4.1. Disposiciones generales. 4.2. La gestión algorítmica. Protección de datos personales y derechos de la representación del personal y de las personas trabajadoras. 4.3. Medidas para velar por el cumplimiento efectivo de la norma. 5. Disposiciones finales. 6. Recapitulación.

**Abstract:** The regulation analyses the impact of digitalisation on the world of work, highlighting both its positive aspects and the risks it entails, underlining the importance of accompanying the technological transition with appropriate measures to safeguard the protection of workers who provide their services for companies in the platform economy.

The common thread running through the regulation, and to be taken into consideration in any interpretation of its provisions, is that it aims to 'improve the working conditions of platform workers and protect the personal data of people working on platforms'. This improvement includes combating bogus self-employment and adopting measures to facilitate 'the correct determination of employment status', whereby States should implement appropriate procedures to prevent and address the misclassification of the employment status of persons performing work on digital platforms.

Attention is therefore given in this article to the content of the standard on improving working conditions and the protection of personal data in the area of platform work by introducing measures to facilitate the correct determination of their employment status, promoting transparency, fairness, human supervision, security and accountability in algorithmic management in the area of platform work, and improving the transparency of platform work, including in cross-border situations.

**Key words:** Platforms - Employment relationship - Algorithm - European Union

**Summary:** 1. Introduction. 2. A preliminary note on the concepts of worker and employer. 3. Guiding principles contained in the introductory part. 4. Examination of the text. 4.1. General provisions. 4.2. Algorithmic management. Protection of personal data and the rights of staff and employee representation. 4.3. Measures to ensure effective compliance with the regulation. 5. Final provisions. 6. Concluding remarks.

## 1. Introducción

El Parlamento Europeo aprobó el 24 de abril, en sesión plenaria, mediante la Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales por 554 votos a favor, 56 en contra y 24 abstenciones<sup>1</sup>, el texto al que había dado el visto bueno el Consejo de Empleo, Política Social, Salud y Consumidores (EPSCO, por sus siglas en inglés)<sup>2</sup> celebrado el 11 de marzo<sup>3</sup>. Dicho texto es objeto de mi estudio en el presente artículo.

La norma ya ha merecido la atención de la doctrina laboralista, que refiriéndose a la legislación española, ha subrayado que “se abre la oportunidad de que la previsión que en la Directiva amplía el ámbito de aplicación de la presunción de laboralidad a todas las plataformas digitales pueda incidir en la Ley española que la restringe exclusivamente a las plataformas de reparto”<sup>4</sup>.

En una línea semejante, se recomienda que, por la importancia que tienen los algoritmos en la organización del trabajo en todo tipo de empresas, se traspongan los derechos reconocidos en la Directiva a la normativa laboral española, es decir aplicable a todas la empresas, “siempre que usen esos

---

<sup>1</sup> Una valoración positiva de la norma fue la realizada por la Confederación Europea de Sindicatos, “European Parliament gives bogus self-employment the boot” <https://www.etuc.org/en/pressrelease/european-parliament-gives-bogus-self-employment-boot> (consulta: 29 de abril) . Una reflexión de alcance más global se encuentra en “Platform work directive: a milestone toward innovation that delivers for all” <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2024-03/Platform%20Work%20Directive%2C%20a%20milestone%20towards%20innovation%20that%20delivers%20for%20all.pdf> (consulta: 5 de mayo).

<sup>2</sup> Fecha de finalización del artículo: 9 de mayo. La norma está pendiente de su aprobación formal por el Consejo y su publicación en el Diario Oficial de la UE, disponiendo los Estados miembros de dos años desde su entrada en vigor para la transposición a sus ordenamientos jurídicos internos.

<sup>3</sup> Estas fueron las declaraciones de la ponente de la Directiva, la italiana Elisabetta Gualmini , del grupo Socialistas y Demócratas: “Estoy realmente orgullosa de lo que hemos logrado: un acuerdo histórico que dará dignidad, protección y derechos a los trabajadores de las plataformas. También protegerá el verdadero autoempleo, corregirá y evitará la competencia desleal e introducirá normas innovadoras sobre la gestión de algoritmos” [Platform Work: first green light to new EU rules on employment status | Noticias | Parlamento Europeo \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/press-room/content/20240506_IPR_001) (consulta: 6 de mayo).

<sup>4</sup> Cardona, Belén “La aprobación de la Directiva relativa a la mejora de las Condiciones Laborales en las Plataformas Digitales: una buena noticia”. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2024/03/DIRECTIVA-PLATAFORMAS-MARIA-BELEN-CARDONA.pdf> (consulta: 3 de mayo).

medios tecnológicos para monitorizar o tomar o fundamentar decisiones organizativas o empresariales que afecten a trabajadores”<sup>5</sup>.

## **2. Una nota previa sobre los conceptos de persona trabajadora y de sujeto empleador**

Los conceptos de persona trabajadora y sujeto empleador deben tomar en consideración las nuevas realidades tanto laborales como empresariales, si bien siempre desde la perspectiva jurídica de estar una de las partes en situación de desigualdad ante la otra, por ser el contrato de trabajo un título jurídico que da carta de legalidad a tal desigualdad al otorgar al sujeto empleador el poder de dirección, organización y sancionados en el marco de la relación de trabajo, aun cuando sea obligado, por supuesto, el respeto a los derechos, constitucionales y legales de aquella. Creo que hay, por una parte, que poner especial atención en quién tiene el poder de dirección y control real de la actividad laboral, y ello es predicable tanto de la relación asalariada como de la de un sujeto trabajador autónomo “vulnerable” o dependiendo en gran medida de las decisiones adoptadas por su “cliente”, llevando ello a sostener que la reforma puede predicarse, en España, tanto del art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. como de la normativa sobre el trabajo autónomo (Ley 20/2007 de 11 de julio).

Además, y dado que la actividad laboral en las empresas de la economía de plataformas fue regulada en la nueva disposición adicional vigésimo tercera de la LET, incorporada por la Ley 12/2021 de 28 de septiembre, “para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”<sup>6</sup>, será muy importante tener en consideración el nuevo

---

<sup>5</sup> Todolí, Adrián, “La Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo. Contenido y propuestas para la transposición” <https://www.aedtss.com/la-directiva-para-la-mejora-de-las-condiciones-laborales-en-plataformas-digitales-de-trabajo-contenido-y-propuestas-para-la-trasposicion/> (consulta: 6 de mayo)

<sup>6</sup> Un análisis de la aplicación de la norma en Rosenbaum, Federico, “Una Nueva Visión Comparada De La Ley Rider Tras Dos Años De Su Aprobación” <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/10/una-nueva-vision-comparada-de-la-ley-rider-tras-dos-anos-de-su-aprobacion/> (consulta: 5 de mayo).

marco normativo comunitario creado por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, aprobada, como acabo de indicar, por el Pleno del Parlamento Europeo el 24 de abril . Su art. 4 regula la “determinación correcta de la situación laboral”, y dispone lo siguiente:

1. Los Estados miembros dispondrán de procedimientos adecuados y efectivos para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas, con vistas a determinar la existencia de una relación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, también aplicando la presunción de relación laboral de conformidad con el artículo 5.
2. La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, incluido el uso de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas.
3. Cuando la existencia de una relación laboral se establezca, deberá identificarse claramente a la parte o las partes que asumen las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.

### **3. Principios informadores contenidos en la parte introductoria<sup>7</sup>**

Me detengo en primer lugar en la amplia introducción de la Directiva, para conocer sus contenidos más relevantes a mi parecer.

En primer lugar, su análisis del impacto de la digitalización en el mundo laboral, de la que se afirma que “está alterando el mundo laboral, mejorando la

---

<sup>7</sup> Una visión general de la norma en Aloisi, Antonio, y De Stefano, Valerio, “Gig workers in Europe: the new platforms of rights” <https://www.socialeurope.eu/gig-workers-in-europe-the-new-platform-of-rights> (consulta: 6 de mayo). La preocupación por las dificultades para llegar a un acuerdo, se plasmó en el artículo de Aloisi, Antonio, Rainone, Silvia, y Countouris, Nicola, “Platform-work directive: the clock is ticking” <https://www.socialeurope.eu/platform-work-directive-the-clock-is-ticking> (consulta: 6 de mayo).

productividad y aumentando la flexibilidad, aunque también conlleva algunos riesgos para el empleo y las condiciones de trabajo. Las tecnologías basadas en algoritmos, como los sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones, han propiciado la aparición y el crecimiento de plataformas digitales de trabajo. Las nuevas formas de interacción digital y las nuevas tecnologías en el entorno laboral, si están bien reguladas y aplicadas, pueden crear oportunidades de acceso a empleos dignos y de calidad para personas que tradicionalmente no las han tenido. No obstante, si no están reguladas, también pueden dar lugar a una vigilancia basada en la tecnología, aumentar los desequilibrios de poder y la opacidad en la toma de decisiones y entrañar riesgos para unas condiciones laborales dignas, la salud y la seguridad en el trabajo, la igualdad de trato y el derecho a la intimidad”.

E inmediatamente se añade que “...es importante acompañar este proceso con salvaguardias adecuadas para las personas que realizan trabajo en plataformas, con independencia de la naturaleza de la relación contractual”, siendo necesario que la UE “establezca unos derechos mínimos para los trabajadores de plataformas y normas para mejorar la protección de los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas a fin de solventar los retos derivados del trabajo en plataformas”, dejando bien claro, con respecto a este último punto, que “... en el caso concreto del trabajo en plataformas, no puede presumirse que las personas que realizan trabajo en plataformas hayan consentido libremente al tratamiento de sus datos personales”, ya que las personas que realizan trabajo en plataformas a menudo “no tienen una verdadera libertad de elección o no pueden denegar o retirar el consentimiento sin perjudicar su relación contractual, dado el desequilibrio de poder existente entre la persona que realiza trabajo en plataformas y la plataforma digital de trabajo”.

Hilo conductor de la norma, y que deberá tenerse en consideración en cualquier interpretación de sus preceptos, es que tiene por objeto “mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas y proteger los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas”. En esa mejora se incluye la lucha contra el falso trabajo autónomo y la adopción de medidas

que faciliten “la determinación correcta de la situación laboral”, por lo que los Estados deberán aplicar “procedimientos adecuados para prevenir y abordar la clasificación errónea de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas digitales. El objetivo de estos procedimientos debe ser determinar la existencia de una relación laboral tal como se defina en la legislación, en los convenios colectivos o en las prácticas nacionales teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y velar por lo tanto porque los trabajadores de plataformas gocen plenamente de los mismos derechos laborales que otros trabajadores de conformidad con la legislación de la Unión, la legislación nacional y los convenios colectivos pertinentes. Cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, la parte o las partes que actúen como empleadores deben estar claramente identificadas y cumplir las obligaciones correspondientes en virtud del Derecho de la Unión, el Derecho nacional y de los convenios colectivos aplicables en el sector de actividad”.

En este “descubrimiento” de la auténtica relación jurídica existente entre las partes contratantes, es prioritario prestar atención al “principio de primacía de los hechos”, que se considera en la norma como “especialmente pertinente en el caso del trabajo en plataformas digitales, en el que las condiciones contractuales a menudo son fijadas unilateralmente por una de las partes”<sup>8</sup>.

Vinculado estrechamente a este principio, la norma parte de la existencia de una presunción de una relación laboral en favor de las personas que realizan trabajo en plataformas como “un instrumento eficaz que contribuye en gran medida a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de plataformas. Por lo tanto, debe presumirse que, desde el punto de vista jurídico, dicha relación es una relación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando se constaten indicios

---

<sup>8</sup> Ejemplo claro es la fijación de los tiempos de trabajo por la plataforma. Al respecto, véase Rosenbaum, Federico, “El reloj invisible del tiempo de trabajo de los chóferes y repartidores en la economía de plataformas” <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/154010/EI%20reloj%20invisible.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta: 7 de mayo).

de control y dirección”. Más relevante aún es que la obligación que asumen los Estados de que la presunción legal de empleo, “efectiva y refutable”, debe constituir “una simplificación del procedimiento en beneficio de las personas que realizan trabajo en plataformas, y siempre que estas no resulten en unos requisitos con mayores cargas sobre dichas personas o sus representantes en el marco de los procedimientos que determinen su situación laboral”.

En fin, y antes de adentrarme en el examen del texto articulado, no está de más señalar, como así hace la introducción de la norma y concreta después en el texto articulado, que se trata de un texto que establece “requisitos mínimos”, por lo que “... que mantiene sin modificaciones la prerrogativa de los Estados miembros de introducir y mantener disposiciones que sean más favorables para las personas que realizan trabajo en plataformas”, y por consiguiente, “salvo en caso de que la presente Directiva introduzca disposiciones más favorables, también en lo que respecta a los mecanismos para determinar la existencia de una relación laboral, deben seguir aplicándose los derechos adquiridos en el contexto del marco jurídico vigente”.

Dicho de forma muy clara y sin ambages, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo español sobre la laboralidad de los repartidores, sentada en la sentencia dictada, con unanimidad, por el Pleno el 25 de septiembre de 2020<sup>9</sup>, y esta tesis podría extenderse a muchas otras relaciones contractuales, seguirá siendo plenamente de aplicación. Cuestión bien distinta es que la regulación aprobada no permitirá a los Estados miembros que siguen debatiendo sobre el carácter laboral o autónomo de la prestación, disponer de un apoyo normativo claro y preciso a favor del primero.

#### **4. Examen del texto articulado**

Paso a continuación al examen del texto articulado, con mención previa a que la norma será aplicable a las relaciones que se hubieran celebrado antes de

---

<sup>9</sup> Estudio y análisis de la sentencia por Rosenbaum, Federico, “Los “Riders” de Glovo son trabajadores dependientes: Sentencia del Tribunal Supremo de España del 25.09.2020” <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/10/los-riders-de-glovo-son-trabajadores.html> (consulta: 5 de mayo).

su aplicación y que sigan estando vigentes en tal momento, si bien solo “al período que comience a partir de esa fecha”.

#### **4.1. Disposiciones generales**

El capítulo I regula las disposiciones generales. En primer lugar, su objeto y ámbito de aplicación (art. 1); a continuación, las definiciones de los conceptos que se utilizan en toda la norma (art. 2); en fin, y habiéndose introducido a partir de las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo durante su tramitación, la atención especial a la figura de los “intermediarios” y la regulación que les es aplicable (art. 3), definida en el art. 2 como “toda persona física o jurídica que, al objeto de ofrecer trabajo a plataformas o a través de plataformas digitales: a) establece una relación contractual con la plataforma digital de trabajo y con la persona que realiza trabajo en plataformas; o b) se encuentra en una cadena de subcontratación entre la plataforma digital de trabajo y la persona que realiza trabajo en plataformas”.

En estas disposiciones generales tenemos conocimiento de que el objetivo no sólo es la mejora de las condiciones laborales, tal como se indica en el título de la norma, sino también la protección de los datos personales de quienes prestan sus servicios en plataformas, con especial mención a la importancia (ya se anuncia aquí, para ser desarrollada más adelante) de la existencia de “supervisión humana” en las decisiones que les afecten, y la introducción de medidas que versen sobre la gestión algorítmica de las relaciones de trabajo.

Ya sabemos a quién afecta la norma, y ahora de lo que se trata es de saber quiénes son trabajadores, ya sea porque así consta expresamente en un documento contractual o bien porque “sobre la base de una evaluación de los hechos”, se puede concluir que tienen tal condición, remitiendo la norma, como hará también más adelante y olvidándose (tras la muy compleja y complicada negociación para llegar a un acuerdo entre – casi todos – los Estados miembros) de fijación de reglas o criterios concretos para su averiguación, a la normativa legal, convencional, y prácticas vigentes, en los Estados miembros, en el bien

entendido que deberán respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

La amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva, mucho más, por cierto, que la vigente normativa española relativa a “las personas dedicadas al reparto”, se constata tanto en el concepto de plataforma digital como del trabajo en plataformas que se encuentran en el art. 2, siendo elemento esencial a mi parecer que se trate de una actividad que es llevada cabo por personas físicas a cambio de una remuneración “con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado”, y que (aportación relevante de las modificaciones introducidas durante su tramitación) implique “la utilización de los sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones”, definidos los primeros como los que se utilizan para “supervisar, controlar o evaluar por medios electrónicos “el trabajo, y los segundos los utilizados para “adoptar o respaldar, por medios electrónicos” decisiones que afecten “significativamente” a las condiciones de trabajo.

También es importante reseñar que el ámbito de aplicación de la Directiva es el trabajo que se realiza a través de plataformas digitales en territorio de la Unión, “independientemente de su lugar de establecimiento y de la legislación aplicable”.

El capítulo II lleva el título genérico de “situación laboral”, siendo sin duda uno de los contenidos de mayor importancia del texto. Se recoge en primer (art. 4) como llevar a cabo la “determinación correcta de la situación laboral”; la presunción legal de relación laboral se establece a continuación, en función de los criterios fijados en el precepto en cuestión (art. 5), mientras que se prevé la obligación de los Estados de adoptar “medidas de apoyo” (art. 6) para velar por la aplicación efectiva de la citada presunción.

¿Cuándo sabremos si la prestación de servicios se realiza por un trabajador por cuenta ajena o bien por quien tiene la condición de verdadero autónomo? Además de reiterar lo expuesto en las disposiciones generales, se llama a los Estados miembros a aplicar “la presunción de relación laboral”, y siempre tomando en consideración la primacía de los hechos, es decir cómo se lleva a cabo realmente la ejecución del trabajo y que sin que haya que valorar

como regla de principio la denominación o clasificación del vínculo contractual que hayan convenido las partes, ya que recordemos, como bien se recoge en la parte introductoria, la situación de desigualdad en que se encuentra quien presta sus servicios para la plataforma.

Desde la presentación de la Directiva, el conflicto principal para lograr su aprobación fue el de determinar si podía establecerse una presunción legal de existencia de una relación contractual asalariada, y cuáles eran los indicios o condiciones que debían darse para que así se reconociera. De ello dan debida cuenta las modificaciones propuestas en las Orientaciones generales del Consejo, aprobadas en junio de 2023, con respecto al texto de la Propuesta de Directiva:

Propuesta de Directiva (diciembre 2021)	Orientaciones del Consejo (junio 2023)
<p data-bbox="336 1046 475 1077">Artículo 4</p> <p data-bbox="336 1099 576 1131">Presunción legal</p> <p data-bbox="240 1153 786 1848">1. Se presumirá que, desde un punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo que controla, en el sentido del apartado 2, la ejecución del trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral. A tal efecto, los Estados miembros establecerán un marco de medidas, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos y judiciales nacionales.</p> <p data-bbox="240 1921 786 2018">La presunción legal se aplicará en todos los procedimientos</p>	<p data-bbox="906 1046 1045 1077">Artículo 4</p> <p data-bbox="906 1099 1145 1131">Presunción legal</p> <p data-bbox="810 1153 1356 1848">1. Salvo en caso de que los Estados miembros establezcan disposiciones más favorables en virtud del artículo 20, se presumirá que, desde un punto de vista jurídico, la relación entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando la plataforma digital de trabajo ejerza el control y la dirección sobre la ejecución del trabajo por parte de la persona.</p>

administrativos y judiciales pertinentes. Las autoridades competentes que verifiquen el cumplimiento o hagan cumplir la legislación pertinente podrán basarse en esa presunción.

2. Se entenderá que el control de la ejecución del trabajo en el sentido del apartado 1 cumple al menos dos de las siguientes condiciones:

a) determina efectivamente el nivel de remuneración o establece límites máximos para este;

b) exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo;

c) supervisa la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos;

A efectos del párrafo anterior, se entenderá que el ejercicio del control y la dirección cumple, ya sea en virtud de sus condiciones aplicables o en la práctica, al menos tres de los criterios siguientes:

a) la plataforma digital de trabajo determina límites máximos para el nivel de la remuneración;

b) la plataforma digital de trabajo exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo;

c) la plataforma digital de trabajo supervisa la ejecución del trabajo, en particular por medios electrónicos;

d) la plataforma digital de trabajo restringe, en particular mediante sanciones, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar la discrecionalidad para elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia;

d) restringe efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos;

e) restringe efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros.

d bis) la plataforma digital de trabajo restringe la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo al limitar la discrecionalidad para aceptar o rechazar tareas;

d ter) la plataforma digital de trabajo restringe, en particular mediante sanciones, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar la discrecionalidad para utilizar subcontratistas o sustitutos;

e) la plataforma digital de trabajo restringe la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros.

1 bis. Las normas establecidas en el presente artículo y en el artículo 4 bis no afectarán a la facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes para determinar la existencia de una relación laboral, según se defina en la legislación, los

convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembro de que se trate, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con independencia del número de criterios que se cumplan.

Finalmente, han desaparecido todos estos criterios, indicios o condiciones, y el acuerdo, cuya lectura puede realizarse de muchas maneras como ya se demuestra en las valoraciones que se han hecho desde organizaciones sindicales y empresas de plataformas, ha sido el de remitir la concreción de esa presunción a las reglas de cada Estado “cuando se constaten indicios de control y dirección” de la actividad laboral por la empresa.

En cualquier caso, es claro que estamos en presencia de una presunción legal “efectiva y refutable”, que debe operar teniendo en cuenta tanto las normas y prácticas de cada Estado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, trasladando a la parte empresarial, cuando pretenda refutar tal presunción, la carga de probar la inexistencia del vínculo contractual asalariado.

Es por ello que sostengo que la presunción de laboralidad que ha establecido la normativa y jurisprudencia española, puede permitir ampliar su radio de aplicación no solo a quienes prestan servicios de reparto, sino también a todos aquellos que los prestan para otros tipos de plataformas, trasladándose o invirtiendo la carga de la prueba hacia la parte empresarial.

Cobra especial importancia, desde la perspectiva española concreta y por lo que respecta a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el art. 5.5, cuando permite a las autoridades competentes iniciar actuaciones para determinar la correcta clasificación de la relación contractual cuando considere que tal clasificación es errónea.

Sí que suscita más de una duda, y supongo que el texto es fruto del complejo acuerdo, que la norma excluya la aplicación de la presunción, entre otros, a los procedimientos de Seguridad Social, si bien se permite a los Estados

miembros, y aquí incluiríamos a España, que puede seguir aplicándose la presunción “con arreglo a la legislación nacional”.

En esta línea de apoyar la presunción de laboralidad es como debe entenderse el marco de medidas de apoyo del art. 6 que deben establecer los Estados miembros para “velar por la aplicación efectiva y el cumplimiento”, con una precisión bien concreta respecto a las actuaciones que deben llevar a cabo las autoridades competentes para controlar las plataformas digitales de trabajo “que incumplan la normativa sobre la correcta determinación de la situación laboral”, al objeto de su identificación y de las posibles sanciones que puedan imponerse tras sus actuaciones de control e inspección, que deberán ser “proporcionados y no discriminatorios”.

#### **4.2. La gestión algorítmica. Protección de datos personales y derechos de la representación del personal y de las personas trabajadoras**

La “magia” del algoritmo, o dicho en términos jurídicos más exactos, la “gestión algorítmica”<sup>10</sup>, es objeto de regulación en el capítulo III, contemplándose en primer lugar la limitación al tratamiento de datos personales “mediante sistemas automatizados de supervisión ni de toma de decisiones” (art. 7), a continuación la evaluación del impacto relativa a la protección de datos (art. 8) y la obligada transparencia en sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones (art. 9), para llegar a la más que importante obligación establecida de vigilancia humana de tales sistemas (art. 10) y la revisión humana de “cualquier decisión adoptada o respaldada” por un sistema (art. 11).

En este no menos importante capítulo, se contempla la específica en materia de seguridad y salud de las y los trabajadores de plataformas, que deben acompañar al cumplimiento de la normativa general recogida en la Directiva 89/391/CEE (art. 12), así como también se regula la información y consulta a

---

<sup>10</sup> De especial interés es el artículo de Pérez Amorós, Francisco “¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto”. E-Revista Internacional de la protección social, núm.1/2021, págs. 173-187 <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/16799/15068> (consulta: 3 de mayo).

que tienen derecho quienes les representan, sin merma alguna de los derechos generales ya recogidos en las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE(art. 13), así como también las obligaciones empresariales hacia sus trabajadores cuando no exista representación del personal (art. 14), con el añadido final de la concreción de los derechos que tienen aquellos representantes de personas que realizan trabajos en plataformas distinto de los que representan a los restantes (art. 15).

A) La importancia de la norma en el primer bloque del capítulo radica en la prohibición a la plataformas digitales de utilizar sistemas automatizados de supervisiones ni de toma de decisiones para tratar datos personales de los trabajadores y que afecten a la relación de trabajo, siendo obligado aquí remitirse a las limitaciones que ya se establecen en la normativa comunitaria sobre protección de datos, en cuanto que además, y ahora estoy pensando en la normativa española, podrían vulnerar derechos fundamentales (libertad sindical, libertad ideológica, orientación sexual...), siendo así además que deberán aplicarse estas prohibiciones no solo durante la vida laboral sino también “desde el inicio del procedimiento de contratación o selección”, en la misma línea que se ha concretado en la Directiva 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

La protección del tratamiento de datos personales impone también a las empresas la obligación de información a las personas que prestan servicios, representación del personal y en su caso a las autoridades nacionales competentes sobre los sistemas utilizados, en documentos cuya lenguaje sea “claro y sencillo”, debiendo la información ser presentada de forma “transparente, inteligible y fácilmente accesible”, siendo aportada antes de la introducción, si ya estamos en una prestación contractual, o antes del inicio del procedimiento de contratación o selección.

Destaca a mi parecer la mención concreta a que en la información que deberán facilitar las empresas deban constar “los motivos de las decisiones de restringir, suspender o cancelar la cuenta de la persona que realiza trabajo en

plataformas, de denegarle el pago por el trabajo realizado, y de las decisiones sobre su situación contractual o cualquier decisión con efectos equivalentes o perjudiciales”.

La importancia de la “presencia” y de la “actividad humana”, es enfatizada en el texto al que se dio el visto bueno en la reunión del Consejo EPSCO el 11 de marzo de manera bastante más detallada que en texto presentado como Propuesta de Directiva. Así, se establece la obligación periódica de llevar a cabo evaluación de los efectos de los sistemas automatizados como mínimo cada dos años y contando con la participación de la representación del personal, debiendo tener las personas encargadas de la función de vigilancia y evaluación por la plataforma “la competencia, la formación y la autoridad necesarias para ejercer esa función, incluso para anular las decisiones automatizadas” (la negrita es mía), insistiendo nuevamente por mi parte en que las decisiones de restricción, suspensión o extinción de la relación contractual o de la cuenta de una persona que sea trabajadora asalariada, “o cualquier otra decisión que cause un perjuicio equivalente”, deberá ser adoptada “por un ser humano”, debiendo tener conocimiento de la decisión “sin demora indebida y, a más tardar el día en que surta efecto”, con derecho de la persona afectada, y de sus representantes, a solicitar una revisión por parte de la empresa, debiendo estar contestar en un plazo máximo de dos semanas a partir de la recepción de la solicitud. Está por ver, ciertamente, como pueden aplicarse estas previsiones cuando la misma norma dispone que no afecta “a los procedimientos disciplinarios y de despido establecidos en la legislación y las prácticas nacionales ni en los convenios colectivos”.

B) Como ya he indicado con anterioridad, la norma regula una protección específica en materia de seguridad y salud en el trabajo que debe añadirse a la protección general existentes para todas las personas trabajadoras, con atención especial a la prevención de riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidente laboral, debiendo velar porque se establezcan medidas de prevención efectivas, y canales de denuncia eficaces, para evitar la violencia y el acoso en el trabajo, debiendo recordarse aquí la importancia de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la

protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y también de la internacional como es el Convenio núm. 190 OIT de 2019, sobre la violencia y el acoso.

C) Sobre el derecho de información y consulta a la representación del personal, y recordando las definiciones recogidas en el art. 2 de tratarse de “sindicatos y representantes libremente elegidos por trabajadores de plataformas, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales”, hay una amplia remisión a la regulación general contenida en la Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, con mención ya más concreta a que la información que facilite la empresa deberá incluir “las decisiones que puedan conducir a la introducción de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas”.

A imagen y semejanza de la regulación ya existente en algunos Estados, se reconoce el derecho de la representación del personal a ser asesorados por una persona experta ajena a la empresa, corriendo los gastos del asesoramiento a cargo de la empresa cuando ocupe a más de 250 trabajadores (en la propuesta inicial el número era de 500), con una cuidada redacción transaccional en este punto entre los intereses de la parte empresarial y laboral, al disponer que los Estados miembros “podrán determinar la frecuencia de las solicitudes de expertos, garantizando, al mismo tiempo la eficacia de la asistencia”.

Igualmente, en caso de inexistencia de representación del personal, la información deberá facilitarse directamente a los trabajadores afectados, insistiéndose una vez más en que deberá serlo “en forma de documento escrito que podrá estar en formato electrónico y se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo”.

Creo que también debe incluirse en este bloque de la explicación al art. 20, ubicado sorprendentemente a mi parecer en el capítulo VI, ya que se refiere a los canales de comunicación que la empresa debe facilitar para que los trabajadores estén en contacto entre ellos, “en `privado y de manera segura”, e igualmente con sus representantes, mediante la adecuada infraestructura digital

de la empresa, debiéndose abstener esta del acceso o supervisión de tales contactos y comunicaciones.

El capítulo IV, con un destacado componente sobre la transparencia que debe existir en las relaciones contractuales, incluye en primer lugar la obligación empresarial de declarar el trabajo que realizan los trabajadores de plataformas (art. 16), y la información que deben poner las empresas a disposición de las autoridades competentes (art. 17).

Las informaciones que deben ponerse a disposición de las autoridades competentes de cada Estado en que lleve a cabo su actividad la plataforma, y de las representaciones del personal si las hubiera, deberán incluir cuando menos “a) el número de personas que realizan trabajo en plataformas a través de la plataforma digital de trabajo de que se trate desglosado por nivel de actividad y por situación contractual o laboral; b) las condiciones generales determinadas por la plataforma digital de trabajo y aplicables a dichas relaciones contractuales; c) la duración media de la actividad, el número de horas semanales trabajadas por término medio por persona y los ingresos medios derivados de la actividad de las personas que realizan trabajo en plataformas con regularidad a través de la plataforma digital de trabajo de que se trate; d) los intermediarios con los que la plataforma digital de trabajo tiene una relación contractual”.

Si bien, se matiza que la información a que se refiere la letra c) solo se facilitará previa solicitud, y que toda ella deberá actualizarse cada seis meses, y siempre que se modifiquen “sustancialmente” las condiciones generales mencionadas en el apartado b).

Velando para que las pequeñas y medianas empresas no tengan una carga administrativa excesiva, la norma permite a los Estados miembros ampliar a un año el periodo general de actualización de la información que debe ser facilitada.

Cabe relacionar este capítulo con el art. 27, en el que se llama a los Estados miembros a velar por la difusión de la información tanto de la Directiva como de su transposición para el público en general, debiendo facilitarse “de

manera clara, pormenorizada y ... fácilmente accesible”, con expresa mención al cumplimiento de estos criterios para las personas con discapacidad.

#### **4.3. Medidas para velar por el cumplimiento efectivo de la norma**

De especial relevancia, el capítulo V contempla las vías de reparación y cumplimiento efectivo de la norma, regulando en primer lugar el derecho a “reparación” de las personas trabajadoras que hayan sufrido perjuicios por vulneración de sus derechos (art. 18), los sujetos legitimados para actuar en procedimientos judiciales o administrativos “en nombre o apoyo de personas que realizan trabajo en plataformas” (art. 19), las vías y mecanismos para que los trabajadores puedan estar en contacto entre ellos y también con sus representantes (art. 20), y la obligación empresarial de poner a disposición de las autoridades competentes, cuando lo consideren necesario, “cualquier prueba pertinente que esté bajo su control”.

Todo lo anterior, por supuesto, estrechamente relacionado con la protección (tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad) contra un trato o consecuencias desfavorables para quien ejercite los derechos reconocidos en la norma, (art. 22), con mención específica y concreta a la protección contra el despido, la rescisión del contrato “o su equivalente” (art. 23), previéndose quienes son las autoridades responsables de supervisar el cumplimiento y de imponer en su caso las sanciones por incumplimiento (art. 24).

Si la parte empresarial vulnera alguno o algunos de los derechos que la norma reconoce a los trabajadores, se prevé el derecho de estos a una reparación, que incluye “una indemnización adecuada por el perjuicio sufrido”, pudiendo actuar en los procedimientos judiciales o administrativos que se insten en defensa de tales derechos las organizaciones sindicales y las entidades jurídicas debidamente reconocidas en la normativa nacional que tengan un interés legítimo en la defensa de aquellos, pudiendo actuar en nombre o en apoyo de una o varias personas cuyos derechos se consideren lesionados. En este punto, la nueva regulación dispone que el marco configurado lo es sin perjuicio del respeto a lo dispuesto en los arts. 79, 80 y 82 del Reglamento (UE)

2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que regulan, obviamente desde una perspectiva más general, el derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento, la representación de los interesados, y el derecho a indemnización y responsabilidad, respectivamente. Para que las autoridades competentes puedan disponer de toda la información necesaria para dictar sus sentencias y resoluciones, podrán ordenar a la plataforma la revelación de cualquier prueba pertinente que esté bajo su control, adoptando en su caso las medidas necesarias para salvaguardar la confidencialidad de aquellas que contengan una información de tal naturaleza.

La protección contra todo trato o consecuencia desfavorable, en general y tanto por el sufrido por un trabajador como por sus representantes, y contra el despido (en caso de trabajador asalariado) o rescisión del contrato (si se trata de trabajador autónomo) es objeto de regulación en una línea muy semejantes a la de recientes Directivas sobre otros derechos laborales, como son en caso de infracción de las condiciones esenciales de trabajo, de la conciliación de la vida familiar y profesional, y de la transparencia retributiva. En el supuesto más concreto de despido, rescisión del contrato, o “su equivalente”, así como también los actos preparatorios, la empresa deberá notificar por escrito, a petición del trabajador afectado, las razones de tal decisión, y hacerlo “sin demora indebida”, invirtiéndose la carga de la prueba cuando la parte trabajadora o su representación aporten hechos que permitan presuponer que la decisión ha sido motivada por el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en la Directiva, correspondiendo a la parte empresarial probar que no ha sido así<sup>11</sup>.

De especial relevancia es la regla prevista en el art. 24.6, que dispone que en los casos en que una empresa se niegue a cumplir una sentencia que reconozca la laboralidad de la prestación, los Estados miembros establecerán sanciones económicas. Por lo que respecta al régimen general de la regulación

---

<sup>11</sup> Al respecto, y por lo que respecta a la normativa procesal española, repárese en que tal inversión ya está prevista en el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en los casos de discriminación y de accidentes de trabajo, y también en el art. 181.2 en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

de sanciones, se deja a la normativa de cada Estado, si bien con la obligada concreción de que sean “efectivas, disuasorias y proporcionadas a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción de la empresa y el número de trabajadores afectados”<sup>12</sup>.

## 5. Disposiciones finales

Por fin, el capítulo VI regula las disposiciones finales, que se inicia con un destacado precepto que llama a los Estados a promover la negociación colectiva para regular el trabajo en plataformas (art. 25), acompañado de las cláusulas habitualmente recogida en las Directivas de no regresión y disposiciones más favorables (art. 26), la necesaria divulgación de la información por los Estados miembros de la normativa para su general conocimiento (art. 27), la posibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer regulaciones diferentes de algunos preceptos de la normativa, “siempre que respeten la protección general de los trabajadores de plataformas” (art. 28), la transposición y aplicación (art. 29), su revisión por la Comisión (art. 30), la entrada en vigor (art. 31) y sus destinatarios”.

La incorporación del art. 25 es una de las novedades introducidas en la tramitación de la Propuesta de Directiva, mediante la que se pretende reforzar a los agentes sociales en su papel de sujetos directamente afectados, dándoles suficiente espacio, que deberá ser concretado por cada Estado miembro en función de su sistema propio de relaciones de trabajo, para que sea la negociación un espacio jurídico adecuado para “determinar la correcta situación laboral de los trabajadores de plataformas y facilitar el ejercicio de sus derechos

---

<sup>12</sup> Al respecto, repárese para España en la aplicación del art. 39 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que en su apartado 2, y sin olvidar las reglas propias para algunos supuestos contemplados en apartados anteriores, dispone que “... calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”.

relacionados con la gestión algorítmica establecidos en el capítulo III de la presente Directiva”.

En el bien entendido a mi parecer que ello no implica en modo alguno cuestionar la existencia de la presunción legal regulada en el art. 5, ya que no de otra forma hay que vincular tal posibilidad con el expreso reconocimiento de que la Directiva, es decir todo el texto, “no constituirá un motivo válido para reducir el nivel de protección general ya garantizado a los trabajadores de plataformas en los Estados miembros, en particular en lo que respecta a los procedimientos establecidos para determinar correctamente la situación laboral de las personas que realizan trabajos en plataformas, así como las prerrogativas existentes de los representantes”, y aún más con la expresa mención contenida en el segundo párrafo del art. 26 de fomentar o permitir los Estados miembros la aplicación de convenios colectivos “que sean más favorables para los trabajadores de plataformas”.

La posibilidad de regular de forma diferenciada de la Directiva algunos de sus contenidos vía negociación colectiva, se concreta en el art. 28 respecto al tratamiento de datos personales, siempre y cuando “respeten la protección general de los trabajadores de plataformas”. Las referencias son al art. 12 (seguridad y salud), 13 (información y consulta), y también al art. 17 (acceso a la información pertinente sobre el trabajo en plataformas) cuando se haya confiado a los interlocutores sociales la aplicación de la norma, previsión contemplada en el art. 29.4 cuando los soliciten de forma conjunta y siempre y cuando, obsérvese una vez más el cuidado del texto en velar por su cumplimiento, los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias “para asegurarse de que puedan garantizar en todo momento los resultados que se pretende lograr” con la Directiva.

Por último, cabe indicar que se prevé una revisión de la Directiva por la Comisión Europea, a más tardar en cinco años desde su entrada en vigor, con especial atención, y ello es consecuencia de una adición en la tramitación, de cual haya sido la importancia, y las consecuencias, de la intervención de intermediarios, así como también de la eficacia de la presunción refutable de empleo.

## 6. Recapitulación

Concluyo aquí el artículo. He pretendido examinar los contenidos más relevantes de la Directiva, y realzar aquellos puntos de especial interés para su incorporación a la normativa española y su aplicación por los Juzgados y Tribunales en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4bis 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”).

La transposición será el momento de valorar la importancia de una Directiva que, hasta ahora, ha sido vista por las organizaciones empresariales del sector, y por algunos gobiernos, con especial importancia del francés, como un freno a su actividad empresarial y a la libertad de elección de cada persona trabajadora sobre la elección del vínculo contractual que más le interese, olvidando que esa pretendida libertad queda reducida a la mínima expresión cuando no quien presta el servicio no tiene poder de negociación y que por ello es necesaria una regulación que establezca frenos a esa asimetría jurídica entre las partes.

## Recursos electrónicos

ALOISI, A., y DE STEFANO, V. (2024). “Gig workers en Europe: the new platforms of rights” <https://www.socialeurope.eu/gig-workers-in-europe-the-new-platform-of-rights>.

ALOISI, A., RAINONE, S., y COUNTOURIS, N. (2024). “Platform-work directive: the clock is ticking”. Disponible en: <https://www.socialeurope.eu/platform-work-directive-the-clock-is-ticking>.

CARDONA, B. “La aprobación de la Directiva relativa a la mejora de las Condiciones Laborales en las Plataformas Digitales: una buena noticia”. Disponible en: <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2024/03/DIRECTIVA-PLATAFORMAS-MARIA-BELEN-CARDONA.pdf>.

CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (2024). “European Parliament gives bogus sel-employment the boot”. Disponible en: <https://www.etuc.org/en/pressrelease/european-parliament-gives-bogus-self-employment-boot>.

CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (2024). “Platform work directive: a milestone toward innovation that delivers for all”. Disponible en: <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2024-03/Platform%20Work%20Directive%2C%20a%20milestone%20towards%20innovation%20that%20delivers%20for%20all.pdf>.

PÉREZ AMORÓS, F. “¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto”. *E-Revista Internacional de la protección social*, núm. 1/2021. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/16799/15068>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2024). “Una Nueva Visión Comparada De La Ley Rider Tras Dos Años De Su Aprobación”. Disponible en: <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/10/una-nueva-vision-comparada-de-la-ley-rider-tras-dos-anos-de-su-aprobacion/>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2023). “El reloj invisible del tiempo de trabajo de los chóferes y repartidores en la economía de plataformas”. Disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/154010/EI%20reloj%20invisible.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2020). “Los “Riders” de Glovo son trabajadores dependientes: Sentencia del Tribunal Supremo de España del 25.09.2020”. Disponible en: <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/10/los-riders-de-glovo-son-trabajadores.html>.

TODOLÍ, A. (2024). “La Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo. Contenido y propuestas para la transposición”. Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-directiva-para-la-mejora-de-las-condiciones-laborales-en-plataformas-digitales-de-trabajo-contenido-y-propuestas-para-la-trasposicion/>.

[www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://www.revistajuridicadeltrabajo.com)

