

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

No. 3

Septiembre-Diciembre

2020

ISSN 2697-3170

Diciembre de 2020.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

revistajuridicadeltrabajo@gmail.com / www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

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



RESPONSABLES EDITORIALES

Equipo editorial

Director: Jorge Rosenbaum (Uruguay)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Uruguay)

Comité científico

César Arese (Argentina), Héctor García (Argentina), Nelson Mannrich (Brasil), Rodrigo Palomo (Chile), Francisco Tapia (Chile), José Herrera (Colombia), Ignasi Beltrán (España), José Antonio Fernández Avilés (España), Carlos Palomeque (España), Eduardo Rojo (España), Wilfredo Sanguineti (España), Stefano Bellomo (Italia), Patricia Kurkzyn (México), Alfredo Villavicencio (Perú), Alejandro Castello (Uruguay), César Augusto Carballo (Venezuela) y Oscar Hernández (Venezuela).

Comité de evaluación

Miguel Ángel Maza (Argentina), Ricardo Seco (Argentina), Carlos Ernesto Molina (Colombia), José Antonio Baz (España), Rosa Morato (España) y Héctor Jaime (Venezuela).

Miembros Correspondientes de Edición

Fábio Tulio Barroso (Brasil), Nicolás Márquez (Chile), Francisco Ruay (Chile), Luis Triguero (España), Raúl Saco Barrios (Perú), Javier Suarez (República Dominicana) e Iván Mirabal (Venezuela).

Coordinador del tema de debate del N° 2

Jorge Rosenbaum (Uruguay)

ÍNDICE

EDITORIAL:iii

Jaime Cabeza Pereiro: Sobre la desviada aplicación del principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial que produce discriminación indirecta por razón de sexo: comentario de un par de resoluciones judiciales1

María Barberio: La administración judicial de Uber en Italia: la explotación laboral digital de los trabajadores. A propósito del Juzgado de Milán, sección medidas de prevención, decreto 28 de mayo de 202020

Juan Raso Delgue: El impacto de la telemedicina en el trabajo42

Karen Marquina Gutierrez: La prevención del acoso laboral como manifestación del poder empresarial72

Reynaldo Jorge Lam Peña y Roxana Blanco Martínez: Técnicas de reproducción humana asistida y derechos laborales en Cuba96

Rafael Albuquerque: La suspensión de los contratos de trabajo en tiempos de la Covid-19125

Luciana de Aboim Machado: La pandemia de Covid-19 y su reflejo sobre las relaciones sociales: caminos hacia la eficacia de los derechos humanos de los trabajadores134

DEBATE: Las crisis económicas y la flexibilización de las normas laborales ..158

Luiz Carlos Amorim Robortella: Flexibilización de las leyes laborales en Brasil y la reforma de 2017. Impactos de la pandemia162

Alejandro Castello: En contextos de crisis económica ¿se requiere flexibilizar el derecho laboral?.....177

EDITORIAL

En el Número 3 de la Revista Jurídica del Trabajo se recogen importantes abordajes en relación a problemáticas muy actuales del Derecho del Trabajo, en un contexto que ha favorecido el rebrote de cuestiones tempranamente reivindicadas por los actores sociales y abordadas por el legislador en diferentes países.

Tal es el caso de la discriminación en el trabajo por razón de sexo, siendo tal manifestación una expresión grave de violencia laboral. No en vano recientemente la propia Organización Internacional del Trabajo ha aprobado el Convenio Internacional del Trabajo N° 190, para afrontar las situaciones de violencia y acoso. Precisamente, en este número de la Revista también se analiza el rol del empleador como garante del respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y por ende, de su obligación de prevenir las conductas de acoso laboral como una manifestación de su poder directivo.

La actualidad de los temas tratados no se agotan en el análisis del derecho específicamente laboral a un lugar de trabajo libre de acoso y del derecho inespecíficamente laboral a la dignidad de la persona trabajadora, sino que también se complementan por otros tópicos también exacerbados por la pandemia del coronavirus. En efecto, el impacto de la telemedicina en el mundo del trabajo constituye una exploración poco frecuentada por los laboristas, pero que con el desarrollo de la tecnología, así como en el contexto del distanciamiento social, ha cobrado vital importancia, siendo objeto de tratamiento en este número. Del mismo modo, la pandemia también ha puesto sobre la escena pública diferentes actividades en donde se desarrolla una prestación laborativa esencial, tal como es el transporte de personas a través de plataformas digitales, siendo detectable una precariedad patente en las condiciones de trabajo de estos prestadores de servicios, que en algunos sistemas jurídicos, encuentran puntos de contacto con tipos delictivos del derecho penal.

También merece un especial destaque el estudio de las técnicas de reproducción humana asistida y su relación con los derechos laborales, siendo

este asunto un componente que el laboralista debería abarcar a los efectos de desarrollar un enfoque con miras a un trabajo decente.

Otro de los aspectos analizados se relaciona con el viejo pero reiterativo tema de la influencia de las crisis económicas en las reformas laborales, generalmente asociadas a un contenido flexibilizador o de reducción de las garantías y derechos sociales; tema que actualmente, con los devastadores efectos producidos por el coronavirus, se verifica en muchas agendas políticas a nivel comparado.

Finalmente, el Equipo editorial de la RJT se complace en anunciar que la Revista ha sido recientemente indexada en Latindex (<https://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=29879>).

Equipo editorial de la RJT

**SOBRE LA DESVIADA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
QUE PRODUCE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN
DE SEXO: COMENTARIO DE UN PAR DE RESOLUCIONES
JUDICIALES**

**THE DEVIABLE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY IN PART-TIME WORK THAT PRODUCES
INDIRECT DISCRIMINATION ON THE GROUND OF SEX:
COMMENT ON TWO JUDICIAL RESOLUTIONS**

Jaime CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidade de Vigo (España).

jcabeza@uvigo.es

Fecha de envío: 05/08/2020

Fecha de aceptación: 25/08/2020

**SOBRE LA DESVIADA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL QUE
PRODUCE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO:
COMENTARIO DE UN PAR DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

Jaime CABEZA PEREIRO

Universidad de Vigo (España)

Resumen: A través de dos relaciones judiciales, se analizan los vínculos entre el trabajo a tiempo parcial y la discriminación indirecta por razón de sexo. La aplicación del principio *pro rata temporis*, del cual se deriva el reconocimiento de derechos en términos de proporcionalidad, puede producir consecuencias especialmente lesivas para las personas vinculadas con sus empresas mediante contratos a tiempo parcial. En este estudio, se formulan críticas a la doctrina judicial española, que, en ciertos pronunciamientos, no ha dado respuesta adecuada a las demandas planteadas por trabajadores perjudicados a causa de medidas empresariales contrarias a la normativa española y europea del trabajo a tiempo parcial. Afortunadamente, los dos pronunciamientos que se comentan, pese a las críticas que se formulan hacia ellos, amparan la posición de las partes demandantes y concluyen que se habían producido contra ellas discriminaciones contrarias a la igualdad entre mujeres y hombres.

Palabras clave: Trabajo a tiempo parcial - Discriminación por razón de sexo - Proporcionalidad - Igualdad

Sumario: 1. Ideas previas. 2. La sentencia del Tribunal Constitucional español 79/2020, de 2 julio. 3. El auto del TJUE de 15 octubre 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, *OH* y *RC*. 4. Conclusión.

Abstract: Through two judicial decisions, linkages between part time work and indirect discrimination based on sex are assessed. The application of the *pro rata temporis* principle, from which the recognition of rights in terms of proportionality is derived, can prompt strongly damaging outcomes against persons linked with their companies with part time contracts. In this study, some criticism to the Spanish case-law is posed because in certain decisions has not provided adequate answer to legal proceedings taken by workers affected due to managerial measures infringing the Spanish and European legislation on part time work. Luckily, both discussed decisions, irrespective of the criticism that this writting expresses against them, protect the positions of the workers and conclude that discriminations against the principle of equality between women and men had taken place.

Key words: Part time work - Gender discrimination - Proportionality - Equality

Summary: 1. Previous ideas. 2. The ruling of the Spanish Constitutional Court 79/2020, of July 2. 3. The order of the CJEU of October 15, 2019, joined cases C-439/18 and C-472/18, OH and RC. 4. Conclusion.

1. Ideas previas

Que el trabajo a tiempo parcial está feminizado constituye una afirmación de validez prácticamente universal. Ahora no van a emplearse mayores esfuerzos para justificarla. Ya hace muchos años que se identificó el tratamiento peyorativo del trabajo a tiempo parcial como una hipótesis habitual de discriminación indirecta de la mujer¹. Desde entonces, uno de los asuntos más polémicos ha sido, sin duda alguna, delimitar cuándo debe aplicarse el principio de igualdad y cuándo el de proporcionalidad en cuanto a los derechos de todo tipo y, en particular, a los de tiempo de trabajo y a los de contenido económico. La pertinencia de uno u otro puede producir consecuencias injustificadas o tal vez desproporcionadas que deben corregirse después de un análisis ponderado de las circunstancias de hecho que se plantean. Como muestra de algunos de estos problemas, se va a hacer breve referencia a dos pronunciamientos judiciales, una sentencia del Tribunal Constitucional español por una parte y un auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por otro. Ambos se aproximan, con mayor o menor acierto, pero en todo caso con fallo adecuado, a casos en los que la parte empleadora había utilizado, en perjuicio de la trabajadora, una regla de proporcionalidad que, a la postre, perjudicaba indebidamente a ésta. Más bien, y como va a apreciarse, habitualmente no se trata tanto de la dialéctica entre uno y otro principio, sino sobre la adecuada utilización del de proporcionalidad, a veces aplicado en términos que perjudican doblemente a la persona que trabaja a tiempo parcial.

El Convenio nº 175 de la OIT de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, que cuenta con dieciocho ratificaciones, entre las que no están ni la del Reino de España ni la de la República Oriental del Uruguay, admite expresamente en su art. 5 la regla de la proporcionalidad en cuanto al salario base: *“deberán adoptarse medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que,*

¹ En el caso de la Unión Europea, desde el asunto 96/80, *Jenkins*, sentencia de 31 marzo 1981.

calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable”.

En los términos en los que se expresa se trata de una garantía mínima, que sale al paso de prácticas habituales que dispensaban –y aún dispensan- un tratamiento peyorativo al trabajo a tiempo parcial. Con todo, no se pronuncia directamente sobre si puede ser pertinente el principio de igualdad en lugar del de proporcionalidad o sobre la correcta aplicación de este último.

Por su parte, y en el contexto de la Unión Europea, el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, incorporado a la Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, expresa en su cláusula 4 lo siguiente en sus tres primeros apartados: “1. *Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.* 2. *Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.* 3. *Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales”.* Esta regla, que data de un año muy próximo al del Convenio 175, adopta un enfoque distinto, porque no se refiere solo a condiciones retributivas. Enuncia como regla general el principio de tratamiento no menos favorable y admite la aplicación, “*cuando resulte adecuado*”, del principio de proporcionalidad, siempre de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

En cuanto a la legislación interna española, se refiere al asunto en el art. 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, que dispone lo siguiente: “*d) las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en*

función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres". Como no podía ser de otro modo, la norma interna poco añade a la europea que incorpora, pero es interesante que apele a la "naturaleza" del derecho y que, más en particular, aluda a la garantía de no discriminación directa e indirecta por razón de género.

Son, sin duda, mimbres legislativos importantes, pero que no pueden dar respuesta suficiente a todas las situaciones. Por desgracia, los convenios colectivos y las prácticas empresariales están plagados de ejemplos que contradicen el espíritu de las normas, que no es otro que procurar un tratamiento materialmente igualitario a las personas que trabajan a tiempo parcial.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional español 79/2020, de 2 julio

Se trataba de una médica del servicio de urgencias que desarrollaba una jornada ordinaria a la que había que sumar una "complementaria" conformada por las guardias. Ahora bien, por cada guardia realizada generaba un descanso de veinticuatro horas, de las cuales siete se reputaban como trabajadas y se consideraban parte de la jornada ordinaria. Una vez que solicitó una reducción de jornada por guarda legal –cuidado de hijo- de un 33 por 100, no modificó su horario, de tal modo que cada día realizaba el mismo número de horas y lo mismo sucedía con cada una de las guardias. Eso sí, pasó a trabajar menos días al año y a cubrir un menor número de guardias. Sin embargo, se produjo una discrepancia en cuanto al cómputo de jornada anual entre ella y la parte empleadora, derivada de que por cada guardia realizada ya no se le computaban como realizadas siete horas de jornada ordinaria, sino solo cuatro, en atención a su reducción de jornada del 33 por 100.

Dejando al margen todas las vicisitudes procesales y todas las incidencias relativas a la admisibilidad del recurso de amparo que dicha

trabajadora interpuso ante el Tribunal Constitucional, éste, actuando en Pleno, otorga el amparo, pues considera que se había producido una discriminación indirecta por razón de sexo. La fundamentación jurídica para llegar a esa conclusión es bastante elemental, hasta el punto de que en parte de sus frases el Tribunal utiliza conceptos que podrían considerarse discutibles.

Parte de un repaso sobre su doctrina tradicional en torno al principio de igualdad y su consecuente derecho a la no discriminación, que a su vez desgaja en la directa y en la indirecta, apelando siempre a pronunciamientos anteriores suyos. Hace referencia específica al concepto, un tanto equívoco, de los *“derechos asociados a la maternidad”* los cuales *“responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora, [entre los que] se encuentran, precisamente, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal”*.

Indudablemente, el referido concepto, por más que pudiera extraerse de la doctrina anterior del Tribunal, se aparece como una construcción tradicional y bastante periclitada. Los *“derechos asociados a la maternidad”* configuran una expresión sumamente inconveniente como para ser utilizada por el Tribunal Constitucional y, lo que es aún peor, por el Pleno del mismo. Es evidente que lleva incorporado un sesgo absolutamente inaceptable de consolidación de todos los estereotipos perjudiciales para la mujer, como titular indeclinable de los derechos de maternidad. La crianza de los hijos y las instituciones ligadas a la misma son cualitativamente diferentes de la maternidad y pueden ser indistintamente utilizadas por mujeres y hombres. Es más, la tendencia hacia la corresponsabilidad masculina impone disociarlas de los derechos vinculados a la maternidad. Incluso en relación con ésta las últimas reformas legislativas internas se han orientado hacia la neutralización en lo posible de la discriminación de estereotipo que sufren las mujeres por su condición de madres, mediante la generación de derechos paralelos, iguales e intransferibles de paternidad y mediante la re-

denominación de ambos derechos –maternidad y paternidad- como permiso por nacimiento de hijo. En esta tendencia, desde luego, el RD-Ley 6/2019, de 1 marzo, ha constituido un paso inmensamente decisivo. Por desgracia, al respecto el Tribunal Constitucional muestra en esta sentencia situarse a una distancia kilométrica por detrás del Poder Ejecutivo –y del propio legislativo, como órgano de convalidación de dicha norma de urgencia-. Más aún, toma postura por unas concepciones sociales mucho más retrógradas que las que profesa la sociedad española, en cuyo seno la conciencia social acepta y asume la diferencia entre los derechos de maternidad y los de crianza.

En otro orden de ideas, la recurrente en amparo era una trabajadora a jornada completa que había instado una reducción de su jornada del 33 por 100 con el objetivo de la crianza de su hijo. El dato tiene su trascendencia porque, desde la perspectiva del Derecho interno español, una persona en estas condiciones no tiene la condición de trabajadora a tiempo parcial, pues el Estatuto de los Trabajadores traza una clara línea divisoria entre trabajo a tiempo parcial –art. 12- y reducción de jornada por guarda legal –art. 37.6-. Consiguientemente, el TC en esta sentencia no argumenta directamente sobre el principio de proporcionalidad, aunque sí que lo hace de modo implícito al resolver el juicio de adecuación a la Constitución desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo.

Como no podía ser de otro modo, la sentencia constata que existe un tercero de comparación claro y pertinente, entre la trabajadora que se había acogido a la reducción de jornada por guarda legal, cuyo cómputo de horas ordinarias consideradas como trabajadas en virtud de cada final de guardia se había reducido en un 33 por 100 y los demás médicos de urgencias, que mantienen la jornada completa y por cada guardia realizada se les dan por desarrolladas la totalidad de horas que se le concedían a aquélla antes de la reducción de jornada. Lo cual implicaba una diferencia de trato sospechosa, y, por lo tanto, un perjuicio particular, pues desarrollaba menos guardias que anteriormente, pero cada una de ellas por el mismo número de horas.

En este perjuicio está insito el desviado recurso a la proporcionalidad. En realidad, como la recurrente en amparo realizaba menos guardias, ya obtenía menos compensación en términos de ficción de horas ordinarias realizadas, de tal modo que manteniendo el mismo número que antes de que se acogiera a la reducción de jornada, ya se garantizaba *de facto* que obtenía una compensación en términos de tiempo de trabajo ajustada al principio de proporcionalidad, no al de igualdad. Así lo entiende –de nuevo tácitamente– el Tribunal, cuando considera inadecuada la justificación que había aducido la parte empleadora: *“no hay que descuidar que la reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de diez horas. Dicho de otra manera, como se ha señalado ya, aunque la recurrente realiza menos jornadas “ordinarias” de trabajo (1020,41 horas anuales en lugar de las 1523 horas previstas, en jornadas diarias de siete horas), y menos jornadas “complementarias” (treinta guardias obligatorias en lugar de las cuarenta y cuatro previstas, en jornadas de diez horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las treinta guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de diez horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de diez horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (de siete horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido”*.

Dicho lo cual, solo le quedaba al TC remachar que el método de cálculo, al incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo, constituía una violación del art. 14 de la Constitución española: *“aunque aquel método es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de*

mujeres que de hombres, pues esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos. En suma, al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE’.

Pese a que el fallo, estimatorio del amparo, es adecuado, la fundamentación jurídica solo puede calificarse como totalmente banal. Incluso el lenguaje empleado es sexista, por su empeñamiento en referirse a “mujeres médicos” pese a que hace ya largas ediciones atrás el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ha asumido, como no podía ser de otro modo, la pertinencia de feminizar el sustantivo. Ese modismo del Tribunal sí que es ideología de género –supremacismo masculino- y no otras tomas de postura que no defienden sino la igualdad material entre hombres y mujeres.

Pero, más allá del lenguaje, la argumentación debería mejorarse considerablemente. No sería necesario constatar que en esa empresa todas las personas que habían solicitado acogerse a la reducción de jornada y habían recurrido la decisión de compensación parcial de horas eran mujeres. Semejante constatación supone un salto hacia atrás en el acervo argumental y conceptual del TC de treinta años, desde que definiera en términos homologables al Derecho de la entonces Comunidad Europea el concepto de discriminación indirecta, a partir de la STC 145/1991, de 1 julio. Desde ya hace ya casi veinte años –más concretamente, por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, desde la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre, la discriminación indirecta solo precisa situar “*a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo*”, como además expresa el art. 6.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo hace más de trece años. Por cierto, debe destacarse que la sentencia no cita no una sola vez esta ley. O, dicho en otras palabras, el TC desconoce o desprecia el bloque de constitucionalidad del Derecho interno, lo cual es harto sorprendente.

A mayor abundamiento, debe insistirse en que la posición de una persona en reducción de jornada se encuadra, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, en el concepto de trabajo a tiempo parcial, de modo que el principio de igualdad de la cláusula 4 del Acuerdo Marco le resulta plenamente aplicable. La pertinencia del principio de proporcionalidad no puede producir como consecuencia un perjuicio comparativo con los trabajadores a tiempo completo, como sucedía en el caso planteado ante el TC. Es realmente asombroso que la discriminación que sufrió la recurrente en amparo no hubiera sido atajada anteriormente, por los órganos judiciales de la Jurisdicción Ordinaria que conocieron de la controversia. Con todo lo criticable que sea la fundamentación jurídica de la sentencia del TC, como se ha puesto de manifiesto, al menos ha tenido la virtud de detectar y eliminar una discriminación muy clara. Aunque la sentencia se haya pronunciado a través de “renglones torcidos”, al menos la conclusión a la que ha llegado es justa en derecho.

Todo lo acertado que es el fallo no impide que haya que insistir en los defectos de la fundamentación jurídica. Resulta razonable que el sector progresista minoritario en el TC no haya formulado voto particular, aunque sea concurrente, dado que, en el fondo, el Pleno compartía la pertinencia de otorgar el amparo. Sin embargo, no debería suceder que se argumente tan torpemente. Con esta sentencia, se genera un precedente indeseable que acaso sea utilizado en un futuro para promocionar una jurisprudencia de signo mucho más restrictivo. *Scripta manent* e, indudablemente, la argumentación de esta sentencia sobre la discriminación indirecta no es la más adecuada.

3. El auto del TJUE de 15 octubre 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, OH y RC

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta autos, de acuerdo con su Reglamento de Funcionamiento –art. 99-, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto,

cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable. En estos asuntos no había cuestión idéntica ya resuelta, de modo que la respuesta se deducía claramente de la doctrina del Tribunal o no suscitaba duda razonable.

La controversia se refería al devengo de trienios de antigüedad por parte de unas trabajadoras que tenían la condición de fijas discontinuas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria española (AEAT), de modo que trabajaban tan solo durante determinados meses al año, adscritas a la campaña anual del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Las solicitudes de las demandantes fueron denegadas porque, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, se excluían del cómputo para el devengo de ese complemento salarial los períodos no trabajados por ser época de inactividad.

En este caso se plantea un problema retributivo, pero de nuevo vinculado al principio de proporcionalidad en cuanto al trabajo a tiempo parcial. Al igual que en el asunto anteriormente comentado, tampoco en éste está directamente afectado el régimen legal español del trabajo a tiempo parcial, que no incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores fijos-discontinuos cuyo llamamiento no se produce en fechas ciertas. Sin embargo, de nuevo a este respecto se observa que el concepto de trabajador a tiempo parcial no es co-extenso en el Derecho interno y en el de la Unión Europea, pues en todo caso se aplica la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial anteriormente referenciado. En cuanto a esta cláusula, y al margen de otras consideraciones que ahora no vienen al caso, expresa el Tribunal en el auto, apelando a doctrina suya anterior, que “*un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva*”, de modo que incluye dentro de su ámbito de aplicación las condiciones económicas vinculadas con la retribución.

Por supuesto, en el caso planteado era muy sencillo identificar el tercero de comparación, esto es, el trabajador a jornada completa comparable, consistente en cualquier persona que trabajase en la AEAT a

lo largo de todo el año, y no solamente durante una temporada del mismo. Para éstos, a diferencia de para los trabajadores fijos-discontinuos, la duración que se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios coincide con la duración de la relación laboral. De este modo, y proponiendo un ejemplo, mientras cada tres años el trabajador de tracto continuo adquiere el derecho a un trienio, el fijo discontinuo que presta servicios a lo largo de cuatro meses al año necesitará el triple de tiempo. Es decir, nueve años, a un ritmo por consiguiente mucho más lento.

El Gobierno español alega que, en este caso, el devengo cada nueve años del trienio sería adecuado a la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco, pues procede aplicar el principio de proporcionalidad. El TJUE admite concesivamente la posibilidad de que se aplique este principio, que considera pertinente en materia retributiva: *“el cálculo de un complemento retributivo como el trienio objeto de los litigios principales depende directamente de la cantidad de trabajo efectuada por el trabajador, según el principio de pro rata temporis. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Derecho de la Unión no se opone al cálculo de un componente de la retribución conforme a una regla pro rata temporis en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, la consideración del período de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante su carrera, en comparación con el de un trabajador que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a un componente de la retribución”*.

Sin embargo, y ésta es la clave del asunto, hay que diferenciar el cálculo del complemento en sí mismo, para el que sí rige este principio, y la propia adquisición del derecho, para el que debe aplicarse, como pertinente, el principio de igualdad. Como sigue argumentándose en el auto, *“el principio de pro rata temporis no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad*

adquirida por el trabajador. En efecto, esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. Por lo tanto, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados". Por explicitar esta idea en relación con el caso planteado: las demandantes en el litigio principal adquieren el derecho al trienio cuando lleven tres años de contrato, aunque solo presten servicios unos pocos meses al año. La proporcionalidad estriba en que, como solo cobran retribuciones –y, por lo tanto, los trienios devengados– durante los meses en los que trabajan efectivamente, la cuantía anual del complemento de antigüedad es proporcionalmente inferior a la que percibe el trabajador a jornada completa comparable.

A este respecto, el Gobierno español, pertinaz, contra-argumenta que con esta solución se discrimina a los trabajadores de tracto continuo. En efecto, el complemento de antigüedad sirve al objetivo de compensar la fidelidad del trabajador a la empresa. Y, desde este punto de vista, no resulta adecuado que el trabajador a jornada completa precise de treinta y seis meses de servicios efectivos para devengar un trienio y las trabajadoras demandantes en el litigio principal tan solo nueve o doce meses.

En realidad, este argumento actúa más en el plano de la justificación del tratamiento distinto que en el de la apreciación de la diferencia de trato. El TJUE expresa que no es justificación bastante que la regla perjudicial se contenga en un instrumento de carácter normativo –en el caso concreto planteado, en un convenio colectivo-. Y, a partir de esta idea, constata que los trabajadores de tracto continuo adquieren el derecho al trienio al cumplir tres años de contrato, aunque no presten servicios durante todos esos tres años, a causa, por ejemplo, de vacaciones o de bajas por enfermedad. Lo cual anula el argumento del Gobierno español en torno a la discriminación

de estos trabajadores, pues a los fijos-discontinuos solo se les computaban, según la regla discutida, los períodos de ocupación efectiva. De todo lo cual concluye el Tribunal que la norma convencional cuestionada infringía la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, el TJUE apela a la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 julio 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). De conformidad con su art. 14.1 , *“no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con... las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido”*. De modo que tampoco caben discriminaciones en materia de retribución, y ya se trate de discriminaciones directas o indirectas. Sobre éstas, recurre a la definición que se contiene en el art. 2.1 b) de la propia Directiva y en la jurisprudencia del Tribunal, conforme a la cual *“existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”*.

El Tribunal remitente de la cuestión prejudicial había precisado que el personal fijo-discontinuo de la AEAT era mayoritariamente femenino, *“lo cual no es sino el reflejo de la posición de las mujeres en el mercado laboral, pues a ellas les cuesta más acceder a empleos a tiempo completo debido a las dificultades que tienen para conciliar la vida profesional con la vida personal y familiar”*. Este dato no constituía una circunstancia puramente fortuita o coyuntural, sino que reflejaba datos significativos relativos a un número suficiente de efectivos. *“Además -añade el tribunal remitente- esta situación se compadece con la proporción general de las trabajadoras a tiempo parcial en todos los empleos. Así, según los datos de la última encuesta de población activa [se entiende que en España] (correspondiente al primer trimestre de 2018), de los 2 814 300 trabajadores a tiempo parcial, 2 104 100 eran mujeres, mientras que 710 200 eran hombres. El examen de la*

evolución de estas cifras a lo largo del tiempo arroja la conclusión de que esta proporción oscila alrededor del 75 % de mujeres, habiendo alcanzado en algunas ocasiones el 80 %". Por lo tanto, la medida controvertida relativa al devengo de los trienios por parte de los trabajadores fijos discontinuos afectaba en mayor medida a las mujeres que a los hombres.

Puesto que concurría una discriminación indirecta, correspondía al Gobierno español expresar una justificación de la misma suficiente, que además implicase que la medida era necesaria y proporcionada a la finalidad perseguida. Sin embargo, constata el auto que no se demostró "*la finalidad legítima que persigue la medida ni la idoneidad de los medios elegidos y su necesidad. De ello se sigue que dicho Gobierno no aporta ninguna razón objetiva que pueda justificar la medida y la práctica controvertidas en los litigios principales*".

Aunque se trate de un auto, la fundamentación jurídica que aporta el TJUE es mucho más prolija, pertinente y acertada que la que formula el TC español en la sentencia anteriormente comentada. En realidad, que revista la forma de auto se debe a que había ya pronunciamientos anteriores que se orientaban inequívocamente en la misma línea, algunos citados en el propio auto y otros no². Que se trate de una doctrina inequívoca para el TJUE no implicaba, por desgracia, que lo fuera para los órganos judiciales españoles y para los convenios colectivos. En efecto, el Tribunal Supremo español solo rectificó su doctrina anterior de que a las fijas-discontinuas solo se les computaban para el devengo de trienios los períodos de trabajo efectivo cuando se dictó este auto³. Ese fue el motivo por el que al Tribunal Superior de Justicia de Galicia no le quedara más remedio que plantear cuestión prejudicial.

Más allá de todo lo cual, el asunto es un ejemplo inmejorable de inadecuada utilización del principio de proporcionalidad en el caso de los

² Entre los no citados debe hacerse referencia al asunto C-243/95, *Hill y Stapleton*, sentencia de 17 junio 1998.

³ En STS de 19 noviembre 2919 (rcud 2309/17). Véase la postura anterior en auto del TS de 29 enero 2019 (rcud. 388/18).

trabajadores a tiempo parcial. Si hubiese prevalecido la postura defendida por el Gobierno español, el resultado hubiera sido que se les causarían un perjuicio por la doble aplicación de dicho principio: para la adquisición del derecho y para su cuantificación. Es decir, se les impondría –de hecho, se les imponía- una mayor exigencia temporal para madurar un derecho retributivo que luego solo percibían en proporción a su salario, ya se calculase éste sobre una base diaria, semanal, mensual o anual.

4. Conclusión

Con el comentario de estos dos pronunciamientos, que engarzan el principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, se pone de manifiesto la escasa pericia de los órganos de la Jurisdicción interna española para enfrentarse a ese binomio. En cuanto a la sentencia del TC, hubo que esperar a que nuestro mayor guardián de constitucionalidad haya tenido que resolver un asunto que se arrastró por los órganos de la Jurisdicción Ordinaria sin que nadie le pusiera remedio, a pesar de su aparente simplicidad. El sentido común imponía la solución a la que, finalmente, solo el TC llegó. En cuanto al auto del TJUE, en otro tema no demasiado diferente, la jurisprudencia interna causaba un perjuicio significativo a las personas que trabajan en régimen de trabajo fijo-discontinuo mediante un cómputo injusto de la antigüedad que, a la postre, solo el órgano judicial de la UE solucionó.

Indudablemente, el alcance del principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial es un tópico lejos de ser resuelto⁴, y que atañe tanto a la normativa internacional –convenio nº 175 de la OIT- como a la de la Unión Europea –Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial-. Por supuesto, el asunto tiene repercusiones en todos los sistemas nacionales que cuenten con una regulación más o menos homologable del trabajo a

⁴ Algunas aporías, en torno a la jurisprudencia del TJUE, en CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo (Albacete, 2013) pp. 64 ss.

tiempo parcial. Pero, en el contexto, no puede dejar de invocarse la feminización de esta modalidad de trabajo atípica, que pone sobre la pista de que los tratamientos perjudiciales hacia ella constituyen con toda probabilidad, discriminaciones indirectas por razón de sexo. De hecho, en muchos de los pronunciamientos judiciales, de entre los cuales los comentados pueden constituir un buen ejemplo, se producen sinergias entre los marcos normativos que regulan, por una parte, el contrato a tiempo parcial y, por otra, la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por desgracia, en esta intersección, los órganos judiciales no siempre están a la altura de las circunstancias.

Bibliografía

CABEZA PEREIRO, J. (2013). *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, España.

**LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE UBER EN ITALIA: LA
EXPLOTACIÓN LABORAL DIGITAL DE LOS
TRABAJADORES. A PROPÓSITO DEL JUZGADO DE MILÁN,
SECCIÓN MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DECRETO 28 DE
MAYO DE 2020**

**UBER'S JUDICIAL ADMINISTRATION IN ITALY: THE DIGITAL
LABOR EXPLOITATION OF WORKERS. REGARDING THE
COURT OF MILAN, SECTION PREVENTION MEASURES,
DECREE MAY 28, 2020**

María BARBERIO

*Profesora Adjunta de Derecho Laboral, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
(Italia).*

maria.barberio@unimore.it

Fecha de envío: 23/11/2020

Fecha de aceptación: 01/12/2020

**LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE UBER EN ITALIA: LA EXPLOTACIÓN
LABORAL DIGITAL DE LOS TRABAJADORES. A PROPÓSITO DEL
JUZGADO DE MILÁN, SECCIÓN MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DECRETO 28
DE MAYO DE 2020**

María BARBERIO

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (Italia)

Resumen: El análisis efectuado intenta conciliar de alguna manera los paradigmas laborales con las exigencias de tipo preventivo de lo penal, en el marco de la gig economy. Se analiza un asunto en concreto, relacionado con la administración judicial de Uber Italy Srl y la relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl, a la luz del decreto de 28 de mayo de 2020.

Palabras clave: Uber - Gig economy - Responsabilidad penal - Intermediación

Sumario: 1. Introducción: la llamado explotación laboral digital. 2. La explotación de los *riders*. 3. El asunto: la administración judicial de Uber Italy Srl. 4. La relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl. 5. Las cuestiones complejas del decreto: la difícil clasificación en los paradigmas laborales. 6. Conclusiones.

Abstract: The analysis carried out tries to reconcile in some way the labor paradigms with the preventive demands of the criminal, within the framework of the gig economy. A specific matter is analyzed, related to the judicial administration of Uber Italy Srl and the contractual relationship between Uber and the companies Flash Road City and FRC Srl, in light of the decree of May 28, 2020.

Key words: Uber - Gig economy - Criminal liability - Intermediation

Summary: 1. Introduction: the so-called digital labor exploitation. 2. The exploitation of riders. 3. The matter: the judicial administration of Uber Italy Srl. 4. The contractual relationship between Uber and the companies Flash Road City and FRC Srl. 5. The complex issues of the decree: the difficult classification in the labor paradigms. 6. Conclusions.

1. Introducción: la llamada explotación laboral digital

La “gestión algorítmica del trabajo” parecía evocar el futuro de manera bastante sugerente, pero al revés se ha convertido en un instrumento para llevar a cabo una explotación que tiene sus raíces en el pasado. La plataforma digital, de hecho, se ha convertido en una cortina para el empresario capaz de despersonalizar el ejercicio de sus tradicionales tareas: selección, organización, control e imposición de sanciones. La ocultación de las estrategias del *management* detrás de una evaluación automatizada de la *performance* laboral, de hecho, permite a la *gig economy* crear “excelentes oportunidades de explotación predatora”¹ de personas que ya se encuentran en el fondo de la escala social. Se trata entonces de mecanismos estructurales originales que, sin embargo, por lo que respecta a sus efectos, acaban alimentando los ya conocidos fenómenos del trabajo no declarado, irregular, precario y básicamente sin cobrar. Es éste el secreto “del capitalismo de las plataformas y la quintaesencia del mercado contemporáneo: un sistema en el que la única manera de sobrevivir en un contexto caracterizado por retribuciones cada vez inferiores es estar dispuestos a trabajar cada vez más”².

“Trabajar cada vez más” en contravención de las normas sobre el horario de trabajo y descanso, así como la seguridad y salud en el trabajo, en condiciones humillantes y degradantes, aceptadas por la condición de particular vulnerabilidad y necesidad en la que se encuentran los trabajadores. Se trata, en realidad, de los mismos elementos estructurales que caracterizan el delito de “intermediación ilícita y explotación del trabajo” del artículo 603 *bis* del código penal italiano.

Este delito ha sido introducido en el ordenamiento jurídico italiano con el d.l. n. 138 del 2011, que ha sido convertido en la Ley n. 148 de 2011, para responder a la exigencia específica de reprimir el fenómeno llamado

¹ Así declaró Guy Standing en la investigación “*When your boss is an algorithm*” realizada por Sarah O’ Connor para el *Financial Times*, que se puede encontrar en www.ft.com.

² F. COIN, *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, Ombre Corte, Verona, 2017, 21.

“caporalato” en Italia, como fenómeno criminal, a menudo relacionado con organizaciones mafiosas, de explotación de mano de obra con métodos ilegales en el contexto de los sectores productivos de la industria agroalimentaria y de la construcción. Las circunstancias que llevaron a su introducción han terminado por generar una asimilación del tipo penal únicamente con la figura del antiguo “caporale”³, estigmatizando su ámbito de aplicación. Dicha etiqueta no ha sido eliminada ni por efecto de las varias modificaciones del 2016 con la Ley n. 1999⁴ y se ha quedado sin modificación a pesar de la emersión disruptiva de nuevos fenómenos de explotación conectados con la evolución socioeconómica y tecnológica: estamos frente a una verdadera digitalización de la explotación de los trabajadores en el contexto urbano. Se han dado entonces las condiciones para la creación de ciudades mineras digitales en las que la conducta abrumadora se realiza a través de mecanismos e instrumentos innovadores. Y aquí es donde hay que averiguar si la estructura del delito también se puede erradicar de contextos agrarios⁵ y aplicar a la explotación urbana⁶.

Es decir, hay que preguntarse si el delito del art. 603 *bis* c.p. – pensado para reprimir la antigua opresión de los trabajadores por parte de los “caporali” en los campos del sur – puede ofrecer tutela en contextos de utilización ilícita de mano de obra de difícil persecución debido a su realización con mecanismos decisionales automatizados. Dichas dinámicas, que podrían parecer nuevas, en realidad acaban ajustándose a pistas que los estudiosos vienen siguiendo desde hace un tiempo.

³ Actas de la Junta para la investigación agraria y sobre las condiciones de la clase agrícola, XI, Roma, 1884, 742: «*Entre estos jornaleros tienen una situación mejor, y a veces incluso próspera, los empresarios o “caporali”*».

⁴ Entre ellas, particularmente relevante es la ampliación del ámbito de aplicación subjetiva de la norma, que ha sido extendido para incluir también al empresario.

⁵ Frente al llamado “caporalato” clásico, el gobierno italiano – junto con la OIT y la Comisión Europea – ha impulsado un plan trienal (2020-2022), fundado en cuatro ejes: (i) prevención, (ii) vigilancia y contraste al fenómeno, (iii) protección y asistencia para las víctimas, (iv) su reintegración sociolaboral. El plan, que tiene como objetivo reestablecer la legalidad y la dignidad del trabajo, se centra sólo en los sectores agroalimentarios. El plan se puede consultar en www.lavoro.gov.it

⁶ A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*, en *Sist. Pen.*, 2.6.2020, §2.

Ello podría implicar entonces una interpretación evolutiva de la estructura del llamado “caporalato” clásico, que hoy en día ha de enfrentarse necesariamente a las nuevas formas de reclutamiento y explotación, entre las que se demuestra paradigmático el caso de los *riders*.

2. La explotación de los *riders*

La relación laboral de los *riders*, en el sistema italiano, puede inscribirse en el eje de la llamada autonomía pura a efectos del art. 2222 c.c. o de la subordinación prevista por el art. 2094 c.c., «aunque modernizada y avanzada»⁷, o de la parasubordinación de gran alcance según el art. 409, n. 3, c.p.c., o incluso de las colaboraciones organizadas por el emprendedor del art. 2.1 del d.lgs. 81 del 2015 (llamadas “collaborazioni etero-organizzate”) o del llamado “Estatuto de los *riders*”, introducido por la Ley 2 noviembre 2019, n. 128.

Sin embargo, frente a este conjunto de soluciones en términos de cualificación, la jurisprudencia parece haber decidido adoptar un enfoque de justicia sustancial⁸, por el que la vulnerabilidad de los *riders* implica la aplicación de las tutelas del trabajo por cuenta ajena, con independencia de los resultados de un método exclusivamente técnico-clasificador⁹.

En este contexto, por lo tanto, es necesario individuar de antemano las peculiaridades de la relación laboral a través de la plataforma digital, para luego preguntarse si estas son capaces de innovar el esquema tradicional de la explotación¹⁰.

⁷ Cass., 24 de enero de 2020, n. 1663, en *Dejure*.

⁸ *Ibid.*

⁹ A diferencia del método utilizado por el Tribunal Supremo español, que con el juicio 805/2020 ha establecido que la relación de trabajo entre Glovo y un *rider* era de trabajo por cuenta ajena, resolviendo así el debate en la jurisprudencia (STS, 25 de septiennre de 2020, n. 805, in *Cendjoj*). Para una reconstrucción del debate véase M. BARBERIO, *Riders on the storm: dipendenza tecnica ed economica nel sistema spagnolo*, en *VDTL*, 2020, III, 723-766.

¹⁰ Véase, sin pretensiones de exhaustividad, L. BIN, *Problemi “interni” e Problemi “esterni” del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis c.p.)*, LP, 10.3.2020; P. BRAMBILLA, *“Caporalato tradizionale” e “nuovo caporalato”: recenti riforme a contrasto del fenomeno*, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2017, I-II, 188-222; W. CHIAROMONTE, *“Cercavamo braccia, sono arrivati uomini”. Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, en *GLRI*, 2018, 321-356; A. DI MARTINO, *“Caporalato” e*

Las principales características de las relaciones laborales que se llevan a cabo a través de las plataformas digitales son los siguientes: 1) la extrema flexibilidad; 2) la desmaterialización del lugar de trabajo; 3) la creación automatizada de turnos; 4) la despersonalización del empresario y la dificultad de distinguir claramente el usuario del sujeto que ejerce el poder directivo y organizativo; 5) el ejercicio del control según mecanismos imperceptibles y parcialmente externalizado al cliente final; 6) la relativa imposición de sanciones disciplinarias aparentemente atípicas.

En particular, la flexibilidad se encontraría en la posibilidad para los *riders* de prestar su obra sin indicar de manera fija los días y las horas de trabajo, sin tener, *de facto*, alguna obligación de trabajar. Por otro lado, los repartidores en bicicleta casi nunca están atados a la plataforma por una relación de trabajo por cuenta ajena, sino que se caracterizan – al menos según el *nomen iuris* del contrato – como trabajadores por cuenta propia o, como mucho, trabajadores en forma coordinada y continuada (art. 409 c.p.c).

De ahí que los repartidores puedan realizar sus tareas en el horario que prefieren, con la posibilidad, al dar su disponibilidad, de elegir incluso no realizarlas, sin que ello genere – según las previsiones contractuales – consecuencias disciplinarias. Los *riders*, entonces, después de su inserción en el turno, tienen la posibilidad de no presentarse a realizar su tarea sin obligación de comunicación preventiva (el llamado *no-show*) o pueden incluso revocar la disponibilidad ya dada (el llamado *swap*). En caso de que

repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, en DPC, 2015, II, 106; S. FIORE, (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, en *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, 888 e 891; ID., *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, en DA, 2017, II, 267-285; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, en RDSS, 2018, II, 229-263; F. GIANFROTTA, *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, en QG, 1.3.2017; M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, en LG, 2017, II, 113-118; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, en GI, 2018, fasc. VII, 1704-1709; U. NAZZARO, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, en CP, 2017, VII-VIII, 2617-2630; P. RAUSEI, *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da "Jobs Act" e depenalizzazione*, en DRI, 2017, I, 262-275; G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo del "caporalato"*, en DPC, 2018, fasc. VI, 811-823; A. SCARCELLA, *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del "caporalato": ultimo atto?*, en DPC, 2017, fasc. VII, 855-862.

accepte el reparto, el *rider* debería poderlo organizar de manera autónoma, sin tener que someterse a la injerencia o el control por parte de la plataforma.

Además, la prestación del *rider* se desarrolla sin que sea posible individualizar un lugar de trabajo determinado y en base a una organización con mecanismos automatizados. Es entonces la plataforma quien lo selecciona, le permite dar su disponibilidad para trabajar, le encarga un reparto y le asigna una remuneración por el mismo. Ello significa, en esencia, despersonalizar la figura del empresario y, por consiguiente, deshumanizar su relación con el *rider*.

En realidad, en la práctica la actividad de reparto parece haber tenido características muy diferentes de las que se acaban de exponer, tanto en lo que respecta a las modalidades ejecutivas como a la posible presencia de intermediaciones. De hecho, en algunos juicios – así como en el decreto que se comenta en este trabajo –, se ha constatado que el trabajador, a pesar de que según las previsiones contractuales tenga libertad frente a la ejecución del servicio, a nivel concreto corre el riesgo, en caso de incumplimiento o mala ejecución, de que no se le vuelva a llamar¹¹ o que se le suspenda¹², o de ser penalizado con la atribución de entregas muy lejos del punto de

¹¹ Ello se desprende de muchas sentencias en España. Véase, por todas, STS, 16 de noviembre de 2017, en *Cendoj*, donde se puede leer: «Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar».

¹² Es decir, bloqueado sobre la aplicación, tal y como lo menciona en varios puntos el decreto que se analiza.

recogida¹³, o incluso de que se le quiten las propinas o se le asignen verdaderos *malus*¹⁴.

Para evitar el peligro de la no ejecución del reparto, la plataforma suele realizar una “sobre-contractualización” del *slot* o incluso recurrir a las llamadas flotas de *riders*. Estas son gestionadas por intermediarios que *de facto* facilitan a la plataforma los *riders* que necesita, con importantes consecuencias desde el punto de vista del derecho laboral y penal, que se explicarán a continuación.

Sin embargo, lo que se ha venido diciendo hasta ahora ya de por sí es importante para entender cómo algunos rasgos de la actividad de los *riders* se prestan a instrumentalizaciones que pueden llevar a conductas de explotación que hacen eco del fenómeno del llamado “caporalato” clásico. En particular, la intercambiabilidad de los trabajadores – endémica en la prestación de los *riders* – favorece el reclutamiento masivo por parte de los intermediarios en situación de marginación social, como la de los migrantes solicitantes de asilo, sobre todo los que viven en centros de acogidas extraordinarios. Estas personas, en la mayoría de los casos, se encuentran en una condición de vulnerabilidad social que los empuja a aceptar condiciones de trabajo degradantes y humillantes.

Los *riders*, para superar esta condición de necesidad¹⁵, acaban así aceptando turnos de trabajo agotadores que no toman en cuenta los tiempos

¹³ Aquí nos referimos al llamado sistema de puntos, que prevé una reducción de 0,3 puntos en caso de entrega realizada de manera diferente a lo pactado, tal y como se desprende de muchas sentencias sobre casos parecidos en España. Véase, por todas, T.S.J. AS., 25 de julio de 2019, n. 1818, en aranzadi.aranzadidigital.es. Este sistema ha sido recientemente reconstruido por el STS, 25 de septiembre de 2020, cit., donde se dice claramente que “este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada. La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”.

¹⁴ Véase nota 10.

¹⁵ “El legislador ha refundido estos dos aspectos en una única norma, es decir, en el art. 603-bis Cp, que no se limita al mero dato “objetivo” de la sumisión a trabajo en condiciones de explotación, sino que también requiere de una “subjetiva” condición de necesidad del trabajador

de recuperación de las energías psicofísicas, de los descansos mínimos y del derecho a la desconexión, como expresión del más amplio concepto de trabajo en condiciones dignas¹⁶. En efecto, con el fin de realizar el número más alto de entregas, los repartidores realizan su prestación en violación de las normas de circulación y en condiciones meteorológicas adversas, exponiéndose al riesgo de infortunios e incidentes.

Además, la despersonalización del empresario y la complicada clasificación de la relación laboral dificulta la individuación de la titularidad y la extensión de las obligaciones que se derivan de la normativa en tema de seguridad y salud en el trabajo. Sobre ello, es preciso recordar que la jurisprudencia, que fue llamada a resolver el tema frente a la prescripción de los equipos de protección personal (EPP) anti-COVID-19, puso dicha obligación a cargo de las plataformas¹⁷. De ahí que la sistemática violación de dichas disposiciones – como también se desprende de diversas protestas en muchas ciudades italianas – podría incluso constituir, además de incumplimiento de la normativa sobre el horario de trabajo, un índice de explotación según los criterios del art. 603 *bis* c.p.

Por lo que respecta, en cambio, al índice de retribución, es necesario subrayar que ello puede evaluarse solamente en términos relativos, ya que la normativa italiana no incluye ningún parámetro útil para la determinación de la retribución equitativa (art. 36 Cost.). Esta puede cuantificarse tanto con referencia a los convenios colectivos – tanto nacional como territorial,

y el aprovechamiento de dicha condición por parte del empresario o del “caporale”, ambos aspectos conectados con el *status libertatis*. Según lo que enseña el Tribunal Constitucional, ninguno de los elementos del delito es independiente de los demás, aún más si se trata de cláusulas generales, sino que debe interpretarse junto con y en vista de los demás, de ahí que se favorezca una interpretación del concepto de explotación que tiene un carácter más subjetivo, desvinculado de la violación de parámetros objetivos y más ajustada a la percepción del trabajador, con todo lo que consigue en términos de riesgos de presunciones”, así L. BIN., *op. cit.*, 32.

¹⁶ *Oil decent work*, in www.ilo.org

¹⁷ Para unos comentarios sobre estos juicios, permítaseme remitir a M. BARBERIO, *Covid-19: L'obbligo di fornitura dei dpi ai riders alla luce di una recente giurisprudenza di merito*, en LG, 2020, pendiente de publicación.

firmada por las asociaciones sindicales más representativas en el territorio nacional – como a la cantidad/calidad del trabajo realizado¹⁸.

En cuanto a las previsiones del convenio colectivo, es necesario reconocer la extensión del convenio colectivo del sector del transporte (llamado “Logistica, Trasporto Merci e Spedizione” a los *riders* por parte de un acuerdo integrativo firmado el 18 de julio de 2018. Este acuerdo, que califica expresamente los *riders* como trabajadores por cuenta ajena, les reconoce las tutelas de los trabajadores del sector logística y transportes. Sin embargo, la aplicación del parámetro de retribución que se indica en el documento está sujeta a que se trate de trabajadores por cuenta ajena.

Es necesario, además, subrayar que en lo que respecta al pago de lo ejecutado por los *riders* también ha intervenido el legislador con la Ley n. 128 de 2019 – cuyo ámbito de aplicación resulta críptico para los que tratan de Derecho laboral¹⁹ – con la que se estableció que la remuneración, aun cuando haya sido establecida por el convenio colectivo, deberá tomar en cuenta las modalidades de ejecución de la prestación y de organización del empresario. En caso de falta de dichos contratos, los *riders* no podrán obtener una retribución basada en las entregas efectuadas y deberá garantizársele una compensación mínima por hora, ajustada a las normas mínimas establecidas por los convenios colectivos nacionales de sectores parecidos o equivalentes firmados por las organizaciones sindicales y empresariales que resulten más representativas a nivel nacional. En todo caso, deberá siempre garantizarse una indemnidad integrativa no inferior al 10 por ciento por el trabajo de noche, en las festividades o en condiciones meteorológicas desfavorables.

Por consiguiente, a no ser que se quiera calificar expresamente a los *riders* como trabajadores por cuenta ajena, la reiterada erogación de retribuciones claramente divergentes debe considerarse efectiva solo con

¹⁸ A pesar de que la “clara discrepancia” se evalúa también con referencia a las previsiones del convenio colectivo.

¹⁹ Sobre las diferentes posiciones en la doctrina, véase A. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni eterorganizzate e le tutele minime per iriders autonomi*, en WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2020, n. 410, 56. y P. TOSI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel “decreto crisi”*, pendiente de publicación, 91.

respecto a la cantidad y calidad del trabajo realizado. Sin embargo, en la práctica, resulta que en la gran mayoría de los casos la prestación se paga a destajo, sin tener en cuenta las modalidades en la que se realiza, entre otras: kilometraje, condiciones meteorológicas desfavorables, festividades y trabajo nocturno.

Finalmente, también parecería abstractamente integrarse el índice de explotación del que habla el n. 4.3, del art. 603 *bis* c.p., en la parte en la que trata de la utilización de métodos de vigilancia degradantes.

A este respecto, cabe subrayar que dicho índice podría aplicarse bajo una operación hermenéutica evolutiva, además de sistemática. De hecho, el desarrollo tecnológico es capaz de convertir la vigilancia operada por la plataforma en una condición degradante, como consecuencia del control invasivo, capilar y constante de la prestación laboral. Y ello también considerando las sanciones que se imponen en caso de entrega no realizada o realizada con retraso o de manera diferente a lo pactado.

Del análisis de los varios índices que se ha realizado se desprende, entonces, que el paso desde el substrato rural al canal digital no hace las modalidades de explotación menos lesivas del bien jurídico tutelado por el tipo penal: la dignidad del trabajador²⁰.

3. El asunto: la administración judicial de Uber Italy srl

Con fecha 27 de mayo de 2020, el juzgado de Milán – Sección Autónoma Medidas de Prevención – aplicó la administración judicial, prevista por el art. 34.1 del d.lgs. n. 159/2011, a la sociedad Uber Italy srl (de aquí en adelante “Uber”), con el objetivo principal de reconstruir las complejas relaciones intragrupo de esta con Uber Eats Italy srl y Uber Portier²¹.

²⁰ Para el análisis del bien jurídico a este respecto, véase L. BIN, *op.cit.*, 30.

²¹ Para los primeros comentarios sobre el decreto, véase F. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, en QG, 20.6.2020; A. MERLO, *op. cit.*; A. QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber*, en Q.riv.

Dicha medida se establecía como consecuencia de la evaluación de la existencia de una actividad facilitadora por parte de Uber frente al delito catalogado por el art. 603 *bis* c.p., del que han sido acusados cinco *manager* de la misma sociedad, y también se imponía a las sociedades intermediarias Flash Road City y FRC srl. Estas dos se encargaban de la selección, el reclutamiento y la gestión de flotas de *riders* y estaban conectadas con Uber en base a un contrato llamado de prestación tecnológica.

En particular, los repartos por parte de los *riders* en el ámbito de la “galaxia Uber” se realizaban según dos modalidades distintas.

En la primera – más usual en la práctica de las plataformas – Uber gestionaba directamente sus *riders*, quienes autónomamente se presentaban para las entregas en los *slots* predeterminados por la plataforma. En este caso, la relación existía solo entre Uber y los *riders*.

La segunda modalidad ha sido introducida sucesivamente para hacer frente a la necesidad que había emergido en algunas multinacionales (como McDonald’s, Panino giusto, etc.) de tener a su disposición algunos *riders* de manera más estable. En este caso, Uber había contactado, al menos formalmente, con las sociedades Flash Road City y FRC srl, para que se encargaran del reclutamiento y la organización de las flotas.

En esta segunda hipótesis, entonces, los *riders* tenían una relación contractual – principalmente encasillada en los términos de la colaboración ocasional²² – solo con las sociedades antes mencionadas, pero no con Uber.

Por los elementos circunstanciales que se encuentran en el adjunto del decreto que se comenta, sin embargo, se desprende que el reclutamiento, así como la consiguiente organización del trabajo, se realizaba de manera ilícita, con conductas de plena explotación de los *riders*, de las que resultaba “la plena conciencia”²³ de algunos *manager* de Uber.

En este contexto, el juzgado de Milán, considerando existente una conducta facilitadora de Uber en los términos del delito del art. 603 *bis* c.p.,

²² Véase p. 9 del decreto.

²³ Así se puede leer en el decreto, en la p. 56.

ha ordenado la medida del art. 34 del d.lgs. n. 159/2011, para permitir el saneamiento del grupo societario y el restablecimiento de la legalidad.

4. La relación contractual entre Uber y las sociedades Flash Road City y FRC Srl

Del decreto se desprende que Uber está vinculada con las dos sociedades antemencionadas por una relación contractual que lleva el *nomen iuris* de “Contrato de prestación tecnológica”²⁴.

No resulta ninguna ulterior investigación – al menos en el decreto – sobre la verdadera naturaleza de dicha relación, a pesar de que de ello se desprendan importantes consecuencias tanto a nivel de Derecho laboral como penal, que aquí nos interesa.

La relación entre Uber y las dos sociedades se puede describir en términos parecidos a los propios de la externalización (*outsourcing*), de los que forman parte el suministro de personal, el contrato y el desplazamiento.

Parece que dicha relación contractual se puede abstractamente reconducir al contrato de servicios²⁵. Pero ello no sin varias e importantes perplejidades.

Este tipo contractual, como es sabido, consiste en una externalización de una actividad dirigida a producir un servicio, una utilidad o a satisfacer un interés particular del comprador. Para que dicho fenómeno sea lícito es necesario que la empresa principal no se limite a proporcionar a la empresa auxiliar (o contratista) solo la mano de obra, salvo encontrarse en violación de la prohibición de interposición ilegal²⁶.

²⁴ Como se puede leer en la p. 6 del decreto.

²⁵ Efectivamente en el decreto, en la p. 24, se hace referencia a una “subcontratación”.

²⁶ Como es sabido, el d.lgs. 276 de 2003 derogó la Ley 1369 de 1960, que contenía una prohibición casi general de interposición de personal. A raíz de ello está el antiguo convencimiento que estos fenómenos se traducen en una falta de responsabilidad – desde el punto de vista jurídico y económico – del empresario, que tendría a disposición más mano de obra, menos costosa y más flexible (OIT, 81° Conferencia Internacional del Trabajo, que tuvo lugar en Ginebra en junio de 1994, en QRIDL, 1995, 36). El empresario, de esta manera, podría transferir la responsabilidad al sujeto intermediario, quien podría resultar inexistente, sin ninguna solidez financiera. Todo ello causaría una disminución de la tutela de los trabajadores y sus derechos. Ello explica por qué, por mucho que dicha prohibición ha sido superada, el legislador continúa manteniendo una actitud prudente frente a todos aquellos fenómenos que conllevan

A esos fines, la legalidad del contrato – tal y como lo han reconstruido la doctrina y la jurisprudencia – se basa en algunos índices que deben de encontrarse respecto al auxiliar: la organización de los medios necesarios; el ejercicio del poder organizativo y directivo frente a los trabajadores empleados en el contrato de servicios; la asunción del riesgo empresarial²⁷.

Si así se define el contrato de servicios, resulta ahora necesario comprobar en concreto su aplicación a la relación contractual específica entre Uber y las dos sociedades auxiliares.

Del decreto parece desprenderse que la organización y dirección del servicio de entrega se atribuían solo a la plataforma²⁸, la que también tenía el monopolio del poder de control y sancionador.

Por lo que respecta al poder directivo y organizativo, basta con pensar en lo que se desprende de los datos de la investigación²⁹: allí se lee, de hecho, que “Uber proporcionaba al intermediario Flash indicaciones sobre el número de repartidores a los que estaba “permitido” trabajar”, [...] limitando (Uber) “el acceso a la plataforma en los *slots* horarios menos activos”. Uber, además, pedía a Flash “*supply hours*” por determinadas franjas horarias, y “comunicar su plan semanal de modo que se pudiera evaluar y autorizar por Uber” (*el subrayado es nuestro*).

Ad abundantiam, se subraya que Uber no solo pedía un número específico de repartidores³⁰, sino que también daba indicaciones precisas sobre la gestión de estos: “Desplaza alguno de ellos desde Roma para

una disociación entre el empresario formal y el usuario. Véase, para una reconstrucción exhaustiva de la evolución de los fenómenos de interposición, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione di manodopera*, en *RIDL*, 2008, I, 149 ss. y M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, en *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, ed. de M. MAGNANI - P.A. VARESI, Torino, 2005, 283.

²⁷ Dichos elementos, que resultan útiles a distinguirlo de lo trabajo temporal, se matizan en los contratos *labour intensive* y endocompañía, que tienen lugar en los locales de la empresa principal y tienen como rasgo el valor preponderante de la prestación de trabajo frente al capital. Por lo tanto, cuando nos encontramos con un contrato de este tipo, habría que repensar los índices individuados de los que se ha hablado. No siendo este el lugar más apropiado para analizar el tipo del contrato, permítaseme remitir a M. BARBERIO, *L'appalto di servizi: alla ricerca del tipo perduto*, in *RIDL*, 2018, II, 481 ss.

²⁸ En definitiva, la planificación de las entregas era “preventiva y efectivamente indicada por Uber” (véase. p. 36).

²⁹ Los datos se encuentran en la p. 14 del decreto.

³⁰ “Escucha, pero ¿en Ostia solo 3? Había prometido 5”, citando el *manager* de Uber en la p. 39 del decreto.

mañana y busca alguno más entre los locales *please* [...], que si no nos quitan Ostia” y utilizaba sus *riders* en caso de ausencia de los de Flash³¹.

Además, en relación con el poder de control y sanción, a partir de las interceptaciones que figuran más veces en el decreto³², parece evidente que este poder lo ejercía directa y únicamente Uber. Esta efectuaba, como se puede desprender del abundante intercambio de correos con los intermediarios, un análisis sobre la *quality* del servicio según los parámetros que se indican a continuación: evaluaciones (por el cliente final), aceptación, cancelación *pre-pickup* y *post-pickup* y falsos envíos realizados. Uber se encargaba luego de informar “los *riders* a través de una notificación directa (*el subrayado es nuestro*), invitándolos a mejorar las *performances* sobre la base de las problemáticas indicadas [...]. Uber, finalmente, efectuaba un nuevo control de calidad y, en caso de no considerar que se hubieran cumplido los parámetros que se señalaban, procedía al bloque de los repartidores en objeto [...] o a la aplicación de penalizaciones (el “*malus*” antemencionado)”³³.

Todo esto no se corresponde con un contrato que pueda decirse genuino.

La incompatibilidad con el contrato no es de tipo ontológico, ya que a nivel abstracto el servicio ofrecido por la plataforma podría clasificarse así. Más bien, son las modalidades ejecutivas con las que se desarrolla las que hacen que su externalización sea difícilmente conciliable con los paradigmas del Derecho laboral. En particular, es difícil – sobre todo a partir del decreto en cuestión – vislumbrar los rasgos de un poder organizativo y directivo por parte del auxiliar. La ausencia de dichos poderes, sin embargo, prevalece frente a la evaluación de la efectividad de un contrato, de ahí que la conclusión sobre la interposición ilegal sea prácticamente obligatoria.

Por lo que respecta al poder de control, resulta que la plataforma era capaz de comprobar en todo momento cuántos y cuáles *riders* estaban conectados y entonces disponibles a la repartición. Y no solo: la calidad de

³¹ Véase *infra*, nota 46.

³² Véase por ejemplo p. 23.

³³ Así las pp. 35-36 del decreto.

esta se monitoreaba constantemente en la plataforma, que no se limitaba simplemente a señalar los incumplimientos a los contratistas, sino que procedía directamente al bloque de los *riders* ineficientes. Es más: si la iniciativa del bloque venía de las sociedades Flash Road City y FRC srl, ello tenía que evaluarse, aceptarse y disponerse por la propia Uber³⁴.

La constante injerencia de Uber en la gestión de los *riders* – que se desprende con toda claridad en las motivaciones del decreto – hace patente que las dos sociedades antemencionadas hayan, *de facto*, realizado un suministro ilícito³⁵; y de ello se derivan consecuencias importantes, incluso a nivel penal. El hecho de que no se trata de un genuino contrato de servicios, de hecho, además de conllevar la necesaria contestación de dos tipos penales más, comportaría el posible reconocimiento de la comisión por parte de Uber del delito del art. 603 *bis*, párrafo 2, c.p., dado que sería la propia sociedad la que utilizó los *riders*³⁶.

5. Las cuestiones complejas del decreto: la difícil clasificación en los paradigmas laborales

Del decreto se derivan indicios suficientes para considerar que la conducta de Uber ha facilitado concretamente las sociedades Flash Road City y FRC srl en la explotación de los *riders* según el art. 603 *bis* c.p. Dicha facilitación se desprende de las investigaciones, que han llevado también a afirmar la existencia de “un elemento de concurso o al menos de complicidad”³⁷ a varias figuras apicales de Uber. Del análisis de los elementos probatorios recogidos resultaría una fuerte injerencia de los

³⁴ Véase *passim*, p. 41.

³⁵ A. RUSSO, *Appalti, somministrazione fraudolenta e certificazione: un quadro in perenne evoluzione*, en (a cura di) AA.VV., *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: Dal decreto dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Torino, 2020, pendiente de publicación.

³⁶ Y ello dado que la utilización de los trabajadores, contenida en el tipo indicado, podría también ocurrir en el caso de un vero contrato, a partir de la *ratio* de la norma, que al combinar esta frase con “asume y emplea”, parece querer extender su ámbito de aplicación también a los casos en los que existe una disociación –fisiológica o patológica– entre el empleador formal y el sustancial. Y ello a pesar de que de todas maneras es necesario comprobar el dolo según el art. 603 *bis* cp.

³⁷ Véase p. 56 del decreto.

manager en la gestión de los *riders*, hasta tal punto que podría resultar haber ido más allá de una conducta meramente facilitadora.

En efecto, Uber proporcionaba a Flash precisas “indicaciones sobre el número de repartidores a los que estaba “permitido” trabajar en las franjas horarias en las que había que garantizar la presencia de un adecuado número de *riders* para asegurar el éxito del servicio [...], limitando el acceso a la plataforma en los *slot* horarios menos activos, como mañana y tarde, cuando son menos las entregas a realizar”³⁸; además, Uber participaba, a través de algunos de sus empleados, “en la sanción de los *riders*” y “más allá de las apariencias, ha influido mucho en los turnos de trabajo de los mismos”³⁹: “ello significa que la autonomía laboral de los *riders*, en realidad, estaba vinculada y coordinada por Uber, quien, a falta de respeto de las reglas, obstaculizaría o aplicaría restricciones económicas a la Flash Road City y, por consiguiente, a los trabajadores que querían acceder a la plataforma”⁴⁰.

El poder de bloquear los trabajadores, entonces, le correspondía directamente a Uber, ya que los sospechosos – *ex lato* Flash – informan que “nunca han tenido el poder de bloquear un *account*. Podían hacerlo solo los *manager* de Uber” y, si la iniciativa de la sanción le correspondía a Flash, ella “tenía que proporcionar explicaciones del por qué”⁴¹, dado que la última palabra sobre el bloque le correspondía a Uber⁴².

Paradigmática, además, es la afirmación contenida en el decreto donde se mantiene que “resulta entonces evidente que, *de facto*, Uber orientaba y limitaba las capacidades decisionales del *fleet partner* con repercusiones en términos de autonomía decisional de los repartidores y en contradicción con lo dictado en el contrato firmado por Uber y FRC srl [...] y con la naturaleza de los acuerdos de colaboración ocasional firmados por FRC y varios *riders*”⁴³.

³⁸ Véase p. 14 del decreto.

³⁹ P. 25.

⁴⁰ P. 35.

⁴¹ P. 41.

⁴² Pp. 40 e 41.

⁴³ P. 39.

Ello conlleva una doble consecuencia a nivel de Derecho laboral: primero, desenmascara la naturaleza no autónoma de la relación entre los *riders* y Flash y – por lo que aquí nos interesa – permite mantener que había un fenómeno de interposición ilegal, con todo lo que conlleva a nivel penal. De hecho, la injerencia de Uber limitaba al máximo, hasta erosionarla por completo, la autonomía de gestión de Flash⁴⁴, desmintiendo “la opinión común que Uber es una plataforma informal que no entretiene ninguna relación con los *riders* y se limita a poner en contacto restauradores y clientes”⁴⁵.

Parece que Flash, entonces, se encargaba solo del reclutamiento de flotas de *riders* – según modalidades ilícitas que deberían determinar la existencia de los elementos del delito indicados en el primer párrafo del art. 603 *bis* c.p. – realizando un mero suministro de mano de obra, que está prohibida.

Es más: de las interceptaciones que figuran en el decreto se desprende que Uber utilizaba sus propios *riders* a sustitución de los de Flash (“habéis tenido que prestarnos los vuestros”⁴⁶), dejando patente una ilícita mezcla entre los trabajadores.

Todo lo que se ha venido diciendo, a nivel de Derecho laboral, permite afirmar que el contrato de servicios que parece haber sido firmado por Uber y Flash no era genuino, con la consecuencia de la posible instauración de una relación de trabajo por cuenta ajena de los *riders* a merced de Uber, según el art. 29.3 *bis* del d.lgs. 276 de 2003.

En lo que respecta al ámbito penal, ello comporta que Uber podría dejar de considerarse tercera parte frente a las conductas de explotación perpetradas por Flash. Por otro lado, ello encontraría su confirmación en la afirmación de la existencia de los elementos del delito del art. 603 *bis* c.p. por cinco personas en posición apical de Uber.

6. Conclusiones

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la propuesta de sustituir el *rider* con un amigo (p. 40)

⁴⁵ P. 25.

⁴⁶ P. 41.

A la luz del análisis efectuado –que intenta conciliar de alguna manera los paradigmas laborales con las exigencias de tipo preventivo de lo penal– parece criticable como es enmarcada Uber con respecto a la explotación de los *riders*.

Si se comprueba el fenómeno de la, de hecho, deja de existir la posición de tercera parte del sujeto facilitador y, por consiguiente, un supuesto necesario para la aplicación de la medida dispuesta por el juzgado de Milán⁴⁷. Al contrario, se realizaría una objetiva confusión de intereses entre la actividad de la empresa Uber y la explotación de los *riders*, lo que en estos momentos se le reprocha a la sociedad Flash, la que terminaría por realizar un mero suministro de mano de obra.

Si se deja de lado la cuestión de si lo dispuesto por el decreto es aceptable, uno de sus méritos seguramente es el de haber desenmascarado nuevas formas de explotación que se realizan a través del canal digital. La plataforma, de hecho, ya no es una mera intermediaria entre oferta y demanda de servicios, sino que se demuestra que otorga directamente dichos servicios. Para evitar cortocircuitos entre los dos sistemas, ello debe llevar a replantear los esquemas del Derecho laboral tanto en lo fisiológico – es decir, frente a la calificación de la relación de trabajo de los *riders* – como en lo patológico, por lo que respecta a las posibles conductas de explotación de los trabajadores.

⁴⁷ Ello se profundiza en M. Barberio – V. Camurri, *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, en *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8.

Bibliografía

- BARBERIO, M. (2018). *L'appalto di servizi: alla ricerca del tipo perduto*, in RIDL, II.
- BARBERIO, M. (2020). *Covid-19: L'obbligo di fornitura dei dpi ai riders alla luce di una recente giurisprudenza di merito*, en LG, pendiente de publicación.
- BARBERIO, M. (2020). *Riders on the storm: dipendenza tecnica ed economica nel sistema spagnolo*, en VDTL, III.
- BARBERIO, M. y CAMURRI, V. (2020). *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, en Giurisprudenza Penale Web.
- BIN, I. (2020). *Problemi "interni" e Problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis c.p.)*, LP, 10.3.2020.
- BRAMBILLA, P. (2017). *"Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno*, en Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, I-II.
- CHIAROMONTE, W. (2018). *"Cercavamo braccia, sono arrivati uomini". Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, en GLRI.
- COIN, F. (2017). *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, Ombre Corte, Verona.
- DEL PUNTA, R. (2008). *Le molte vite del divieto di interposizione di manodopera*, en RIDL, I.
- DI MARTINO, A. (2015). *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, en DPC, II.
- FIORE, S. (2014). *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, en Scritti in onore di Alfonso M. Stile, Napoli.
- FIORE, S. (2017). *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, en DA, II.
- GAROFALO, D. (2018). *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, en RDSS, II.

- GIANFROTTA, F. (2017). *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, en QG, 1.3.2017.
- MAGNANI, M. (2005). *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, en *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, ed. de m. magnani - p.a. varesi, Torino.
- MENDITTO, F. (2020). *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, en QG, 20.6.2020.
- MERLO, A. (2020). *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, en *Sist. Pen.*, 2.6.2020, §2.
- MISCIONE, M. (2017). *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, en LG, II.
- MORGANTE, G. (2018). *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, en GI, fasc. VII.
- NAZZARO, U. (2017). *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, en CP, VII-VIII.
- PERULLI, A. (2020). *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni eterorganizzate e le tutele minime per riders autonomi*, en WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 410.
- RAUSEI, P. (2017) *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da "Jobs Act" e depenalizzazione*, en DRI, I.
- ROTOLO, G. (2018). *Dignità del lavoratore e controllo del "caporalato"*, en DPC, fasc. VI.
- RUSSO, A. (2020). *Appalti, somministrazione fraudolenta e certificazione: un quadro in perenne evoluzione*, en (a cura di) aa.vv., *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: Dal decreto dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Torino, pendiente de publicación.
- SCARCELLA, A. (2017). *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del "caporalato": ultimo atto?*, en DPC, fasc. VII.
- TOSI, P. *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi"*, pendiente de publicación.

EL IMPACTO DE LA TELEMEDICINA EN EL TRABAJO

THE IMPACT OF TELEMEDICINE ON WORK

Juan RASO DELGUE

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

juanraso@redfacil.com.uy

Fecha de envío: 05/12/2020

Fecha de aceptación: 07/12/2020

EL IMPACTO DE LA TELEMEDICINA EN EL TRABAJO

Juan RASO DELGUE

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: El laboratorio “perfecto” de la pandemia del COVID 19 ha permitido desarrollar muchas formas de teletrabajo, siendo la telemedicina o telesalud una de las más importantes en los últimos tiempos. La posibilidad de asistir los pacientes a distancia comenzó a desarrollarse a finales del siglo pasado, pero es en la actualidad que la modalidad se instala a nivel social y global. El impacto de la telemedicina sobre el trabajo es notorio y se expresa en la existencia de una fuerte necesidad de formación y reconversión profesional, en la atención a fenómenos como el multiempleo en el sector, un rediseño de las prestaciones médicas y de enfermería, la gestión de los vínculos con el paciente. En Uruguay, la telemedicina va desarrollándose rápidamente, mientras que se ha aprobado recientemente una ley que la regula a nivel principista, sin aterrizar sobre los problemas que la salud a distancia genera. En este nuevo avance en las transformaciones del trabajo, el Derecho laboral deberá reflexionar sobre la regulación de una actividad, que se distancia del paradigma de la contratación típica.

Palabras clave: Telemedicina - Futuro del trabajo - COVID-19 - 5G - Formación profesional - Ley 19.869

Sumario: 1. Introducción. 2. Los conceptos de telesalud y telemedicina. 3. La telemedicina. 4. La telemedicina y la dimensión 5G. 5. Uruguay: datos iniciales. 6. La Ley N° 19.869 de 2 de abril de 2020. 7. Las diversas repercusiones de la telemedicina en el trabajo. 7.1. La formación y reconversión profesional del personal de la salud. 7.2. La cuestión de la telemedicina y el multiempleo. 7.3. La locación del trabajo en la telemedicina. 7.4. La gestión de los recursos

humanos y robóticos. 7.5. Las competencias laborales de la telemedicina y los factores de riesgo en la salud del trabajador. 8. Conclusiones.

Abstract: The “perfect” laboratory for the COVID 19 pandemic has allowed the development of many forms of telework, with telemedicine or telehealth being one of the most important in recent times. The possibility of assisting patients remotely began to develop at the end of the last century, but it is currently that the modality is installed on a social and global level. The impact of telemedicine on work is notorious and is expressed in the existence of a strong need for training and professional reconversion, in the attention to phenomena such as multi-employment in the sector, a redesign of medical and nursing services, management of the bonds with the patient. In uruguay. telemedicine is developing rapidly, while a law has recently been approved that regulates it at a principled level, without landing on the problems that distance health generates. In this new advance in the transformation of work, labor law should reflect on the regulation of an activity, which distances itself from the paradigm of typical hiring.

Key words: Telemedicine - Future of work - COVID-19 - 5G - Professional training - Law 19.869

Summary: 1. Introduction. 2. The concepts of telehealth and telemedicine. 3. Telemedicine. 4. Telemedicine and the 5G dimension. 5. Uruguay: initial data. 6. Law No. 19,869 of April 2, 2020. 7. The various repercussions of telemedicine at work. 7.1. The training and professional reconversion of health personnel. 7.2. The issue of telemedicine and multi-employment. 7.3. The location of the job in telemedicine. 7.4. The management of human and robotic resources. 7.5. Telemedicine job competencies and risk factors in worker health. 8. Conclusions.

1. Introducción

En el contexto actual, generado por la pandemia del COVID 19, se produce un nuevo desarrollo de tecnologías que facilitan los vínculos a distancia en diversos aspectos de nuestra vida: el comercio, el entretenimiento, la docencia, los servicios financieros, etc.. La nueva virtualidad impacta en todos los casos en las relaciones laborales y en especial en dos aspectos específicos: las prestaciones de las tareas por parte de los trabajadores y la organización de la empresa.

La expresión telemedicina se origina en el término griego “telé” que significa “a distancia”, así como otras palabras (teléfono, televisión, teletrabajo) remiten a esa idea de la voz, la imagen o el trabajo remoto.

Esta investigación inicial pretende acercarse a los problemas que plantea la nueva dimensión de la telemedicina, cuestión que hemos comenzado a abordar recientemente como parte de una investigación en proceso, cuyas primeras reflexiones “hoy” exponemos¹.

Si bien la telemedicina comenzó a experimentarse a fines del siglo pasado con el desarrollo de las TICs y la necesidad - entre otras - de asistir a soldados en tierras lejanas, la emergencia sanitaria global del año 2020 ha impulsado su desarrollo y su generalización a nivel social. La presente situación excepcional plantea cambios profundos que - como en el caso del tema en estudio - se integrarán a nuestra vida cotidiana aún luego de la emergencia sanitaria, cambiando profundamente las relaciones entre las personas, las tecnologías y el trabajo. El año 2020 produce un cambio sustancial en nuestra subjetividad y en nuestros vínculos con la virtualidad: ya no nos limitaremos a utilizar las ventajas de las tecnologías (aplicaciones, plataformas, robots, inteligencia artificial, etc.), sino que nos acostumbraremos a vivir en la dimensión virtual: el e-commerce, los

¹ Al hablar de “hoy”, de “actualidad”, estamos refiriéndonos a una dimensión temporal caracterizada por la rapidez de los tiempos, por lo que importa anclar el examen de las relaciones laborales en la telemedicina al momento en que se reflexiona e investiga sobre ellas. Cuando decimos “hoy”, acotamos que estamos escribiendo en el mes de diciembre de 2020.

negocios financieros, la industria del entretenimiento, las comunicaciones (la televisión, las laptop y los celulares), la información a través de periódicos digitales, los servicios profesionales incluyendo los de abogados y expertos en recursos humanos, el deporte, el turismo digital se desarrollarán a nivel digital, en una sociedad que probablemente permanecerá por muchos años en “riesgo de cuarentena”.

Es una realidad, que ya estamos viviendo y a la cual en pocos meses se ha adaptado la sociedad global a través de webs, blogs, redes sociales, nuevas formas de pago, etc.. El trabajo no es ajeno a la dimensión virtual, en la que se profundizan diversas características sobre el “hacer” de los individuos y nuevos paradigmas que se alejan de los que marcaron tradicionalmente la disciplina laboral.

Si bien en la época *pre-pandemia* ya estaban desarrolladas nuevas tecnologías que impactaban en el empleo, lo cierto es que la emergencia sanitaria actual se ha vuelto el laboratorio perfecto a nivel global para experimentar las más diversas formas de negocios y trabajo en la dimensión virtual.

Entre los cambios más impactantes ubicamos el desarrollo de la telemedicina. Cuando abordamos recientemente y por primera vez este tema, creíamos que la telemedicina se reducía a llamar por teléfono al médico, para que no recetara un medicamento para el dolor de cabeza. A medida que avanzamos en la investigación, descubrimos una realidad asombrosa que está aterrizando en nuestra vida cotidiana y sobre cuyas proyecciones aún no tenemos plena conciencia.

La telemedicina - en resumen - se expresa en el uso de sistemas tecnológicos de comunicación cada vez más sofisticados para brindar asistencia a distancia en materia de salud. La nueva modalidad ya no se limitará a la asistencia remota en materia de consultas, sino que se extenderá a la realización de los diagnósticos, a la monitorización y vigilancia, en tratamientos vinculados con el proceso asistencial (electrocardiogramas, insulina, nivel de oxígeno en sangre, etc), o bien permitirá realizar el estudio a distancia de la evolución de un paciente. Como

expresan Autor & *al.*, ya existen prácticas difusas de telemedicina, en que las organizaciones de la salud han implementado máquinas para el autoservicio de check-in de los pacientes; cuadros de mandos electrónicos que permiten que equipos de técnicos de la salud puedan rastrear y ordenar el flujo de pacientes; salas de cuidados para mejorar la eficiencia y la comunicación a distancia con el usuario del servicio². Finalmente el grado más avanzado de la telemedicina se expresará en la “telecirugía”, que avanza en la experimentación de operaciones a distancia haciendo uso de la telerrobótica, visión artificial o por computadora, y métodos distintos para trasladar a la realidad virtual procesos, análisis y comprensión de las imágenes del mundo real³.

2. Los conceptos de telesalud y telemedicina

Al aproximarnos al tema, entendemos oportuno diferenciar los conceptos de telesalud y telemedicina, que aunque afines, tiene contenidos distintos. Bertolotto entiende que son conceptos en construcción, que por "sedimentación" histórica, están en vías de diferenciación. Por un lado hay posiciones que emplean ambos términos como sinónimos, como "nombres alternativos", pero desde otra vertiente consolidada en el tiempo (desde la década del 70 por lo menos), los términos han sido diferenciados⁴. Así - agrega - lo señala una publicación compilada por CEPAL en 2013⁵, en la que un equipo de investigadores de Brasil distingue la telemedicina de la telesalud⁶.

La telemedicina se expresa en los siguientes objetivos:

² AUTOR David, MINDELL David & REYNOLDS Elizabeth, “The Work of the Future: Building Better Jobs in an Age of Intelligent Machines”, MIT, Cambridge (USA) julio 2020, p. 68.

³ CABO SALVADOR, Javier, “La gestión en la telemedicina”, Universidad a Distancia de Madrid (UNIMA), en <https://www.gestion-sanitaria.com/3-telemedicina.html>, recuperado el 19.11.2020.

⁴ BERTOLOTTI Fernando, “Sobre el concepto de telesalud” (ined.)

⁵ CEPAL, “Desarrollo de la telesalud en América Latina: aspectos conceptuales y estado actual”, Editores Alaneir de Fátima dos Santos Andrés Fernández; Coordinadores Humberto José Alves Cláudio de Souza Maria do Carmo Barros de Melo Luiz Ary Messina, Santiago de Chile 2013.

⁶ BARROS DE MELO Maria do Carmo, DE SOUZA Cláudio, BERGMANN GARCIA E SILVA Kaiser, STANGHERLIN CASTANHEIRA Renato Y RAFAELA DE AQUINO Amanda, “Conceptualización de la esfera de la telesalud”, en CEPAL, “Desarrollo...” cit., pp. 142 y 143.

- Ofrecer apoyo clínico;
- Superar las barreras geográficas, conectando y brindando servicios a usuarios que no están en el mismo espacio físico;
- Utilizar varios tipos de tecnologías de la información y de las comunicaciones;
- Promover la mejoría de los resultados de las acciones sanitarias⁷.

Para los referidos autores (Barros De Melo *et al.*), la expresión telesalud es más amplia, abarcando “cualquier prestación de servicio sanitario desde la prevención hasta la práctica curativa y la rehabilitación”. El término - agregan - permite que otras actividades del área de salud puedan agruparse, incorporando la idea de interdisciplinariedad”. Recuerdan además la conceptualización de la OMS de 1997 que definió la telemedicina como la incorporación de sistemas de telecomunicación a la práctica de la medicina curativa, mientras que la telesalud implica el uso de las tecnologías en los sistemas de protección de la salud. Los autores agregan que por protección a la salud debe entenderse cualquier prestación de servicios sanitarios, desde la prevención hasta la práctica curativa y la rehabilitación⁸.

Sgarbi, médico uruguayo especialista en imagenología, repasa en el concepto de telesalud o “eHealth”, que - afirma - es un concepto más amplio que la telemedicina, y está impulsado por el uso de las TICs. Dentro de la **telesalud**, la telemedicina abarca el aspecto clínico y la realización del acto asistencial, ya sea en contacto con otro colega a distancia o solamente con el paciente. La nueva dimensión de la medicina comprende también lo que se denomina “interconsulta”, que es el proceso por el cual un médico hace consultas con otros médicos especializados o más especializados; la educación a distancia; la teleprevención; el telediagnóstico y el telemonitoreo, que son un conjunto de estrategias elaboradas para optimizar los recursos en salud y mejorar la accesibilidad⁹.

⁷ *idem*, p. 143

⁸ *idem*

⁹ SGARBI Nicolás, en SMU, *Un análisis de la situación de la telemedicina en el Uruguay*, julio de 2020

Desde nuestra perspectiva y recogiendo la opinión de los autores citados, entendemos que en sentido estricto la telemedicina es la acción de profesionales (médicos, licenciados en enfermería, auxiliares de enfermería, etc.), que intervienen en procesos clínicos y curativos de los pacientes. En cambio, el concepto más amplio de telesalud incluye no solo a la telemedicina, sino también a aquellas prestaciones profesionales y técnicas de otras disciplinas que operan en cuestiones vinculadas con las políticas, planes, estrategias sobre promoción, prevención, gestión y recuperación de la salud a distancia, ya sea a nivel individual y colectivo, público y privado.

3. La telemedicina

Si bien hemos diferenciado los conceptos de telesalud y telemedicina, en el presente texto, emplearemos las dos expresiones como sinónimos, abarcando no solo los temas estrictamente médicos, sino también aquellos referidos a la organización de la salud a distancia, que incluyen cuestiones no solo médicas, sino pertenecientes también a otras disciplinas, como - en lo que más nos interesa - las relaciones laborales.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la telemedicina como “la prestación de servicios de salud (en los que la distancia es un factor determinante) por parte de profesionales sanitarios a través de la utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento, la prevención de enfermedades, la investigación y la evaluación y para la formación continuada de profesionales sanitarios, todo ello con el objetivo final de mejorar la salud de los individuos y sus comunidades”¹⁰.

Debemos destacar algunos elementos de esta definición:

a) *Las profesiones de la telemedicina.* La definición se refiere a “los profesionales sanitarios”, es decir que la cuestión de la salud a distancia abarca no solo la profesión del médico, sino también la de otros

¹⁰ cfr. World Health Organization. Global Observatory for eHealth Series. v. 2. Geneva: WHO; 2010. Available at: http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/ , recuperado el 20.11.2020

profesionales de la salud, como los titulados en escuelas terciarias de enfermería¹¹ y otros técnicos del sector de la salud (muchas veces invisibilizados al examinar los temas sanitarios).

b) La utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs). El avance tecnológico tiene un rol decisivo en la expansión de la telemedicina: ésta se consolidará con las tecnologías de 5a generación (“5G”), las que permitirán extender las prestaciones médicas a distancia a niveles impensables hace tan solo pocos años o meses, como es el caso de la telecirugía.

c) Los objetivos de la telemedicina. La definición de la OMS indica que el objetivo es “el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento, la prevención de enfermedades, la investigación y la evaluación”. Debemos aclarar que la definición es del año 2007, lo cual expresa la visión limitada que en ese momento se tenía de las posibilidades de implementar la medicina a distancia, que hoy expande sus fronteras.

d) El objetivo laboral. El concepto de la telemedicina, según la OMS, incluye la necesidad de la “formación continuada de profesionales sanitarios”, lo cual indica lo importante que es en este tema la capacitación sanitaria. Los conocimientos en materia de medicina, las habilidades y competencias desarrolladas en el pasado por los trabajadores de la salud serán siempre importantes, pero ya no suficientes. Deberán implementarse planes de formación en el manejo de los conocimientos médicos y paramédicos para que puedan ser empleados “a distancia”, como veremos más adelante.

e) La meta final. La definición indica que la finalidad última de la telemedicina será mejorar la salud del individuo y de la población, lo cual incluye la idea de eficacia: el desarrollo de la telemedicina en efecto busca procurar atención en lugares a los que no siempre llegan los servicios de la salud. El concepto de eficacia incluye también una reducción de costos para volver más accesibles las prestaciones de la salud, favorecer el seguimiento

¹¹ En Uruguay la Universidad de la República expide el título terciario de Licenciado en Enfermería.

de los pacientes, así como eliminar tiempos muertos (como pueden ser los tiempos de traslado del paciente al centro médico).

A partir de la definición de la OMS, podemos señalar diversas ventajas de la telemedicina, algunas de las cuales ya hemos experimentado en esta época de pandemia. La medicina a distancia permite una mayor eficacia de la asistencia de la salud, evitando obstáculo que separan al paciente del personal médico o paramédico. Además de la utilidad de la telemedicina en la excepcional coyuntura, entendemos que en el post-COVID, su desarrollo facilitará el acceso a las prestaciones médicas, especialmente en aquellas comunidades o regiones apartadas de los grandes centros sanitarios.

No seguiremos explorando el tema genérico de la telemedicina, para lo cual tampoco estamos capacitados, sino que nuestro objetivo es ir aproximándonos a los fuertes impactos, que esta nueva modalidad tendrá sobre las profesiones de la salud en el futuro.

4. La telemedicina y dimensión 5G

Antes de referirnos a su impacto sobre el trabajo, consideramos oportuno hacer una breve referencia a las posibilidades que la velocidad “5G” ofrecerá a la telemedicina del futuro. La aceleración de los tiempos va dejando atrás la Industria 4.0, mientras aparecen en el horizonte los desafíos de nuevos niveles de tecnología y nuevas transformaciones del trabajo.

Hemos ingresado en los tiempos de la 5G, es decir la “5 Generation” en materia de tecnologías de la comunicación. El camino recorrido comenzó obviamente con la 1G, es decir la “vieja” red de los primeros celulares, aquellos que parecían ataúdes en miniatura y que solo nos permitían hablar. Luego pasamos a la 2G, que introdujo los mensajes SMS y de a poco el celular se fue transformando en una verdadera computadora: la conexión 3G incorporó internet, mientras la 4G hoy nos permite ver videos y partidos de fútbol on-line (*streaming*) y usar las más modernas aplicaciones.

Las redes móviles 5G multiplicarán la capacidad y rapidez de las vías de la información, ampliarán los espacios de la llamada “banda ancha” y

mejorarán el “internet de las cosas”, es decir la posibilidad que objetos comunes de nuestra vida cotidiana - desde la heladera al automóvil - puedan conectarse en tiempo real, sin nuestra intervención.

Como expresa la BBC-Mundo: “la conectividad 5G no es simplemente una mejora de lo ya existente, como en su día supuso el paso del 3G al 4G. Es un cambio profundo en la conectividad que va a permitir, entre otras cosas, un tiempo de respuesta de la red de un milisegundo y una velocidad de conexión 100 veces más rápida que la actual red 4G, además de un ahorro de energía del 90% respecto a los sistemas actuales¹².”

La evolución de la 5G asegurará a la telemedicina rapidez y mayor alcance tecnológico, lo que en definitiva concluirá en una mayor seguridad para el paciente. En efecto, como expresa Fanelli, “La seguridad será una dimensión crítica a considerar. Estamos hablando de información sensible y confidencial, que debe ser resguardada con avanzados protocolos de privacidad y ciberseguridad”. El experto agrega que con la tecnología 5G “estaremos implementando aplicaciones que no podrán tener ninguna falla, ya que la más mínima podría generar un impacto irreversible”. Concluye recordando que “todas las oportunidades que surgirán con el avance del 5G y la telemedicina abrirán la posibilidad de realizar nuevos tratamientos médicos y modernas técnicas de rehabilitación, como elevar la precisión de exámenes y análisis; procedimientos en cirugía robótica con imágenes en resolución de 4K o superior, interacción en tiempo real, y a distancia inclusive; envío de archivos pesados (como las imágenes de escáneres); entrenamiento y formación de nuevos profesionales utilizando realidad virtual y aumentada, y la detección más rápida de enfermedades mediante la identificación de patrones a través de la Inteligencia Artificial, Big Data y *Machine Learning*”¹³.

5. Uruguay: datos iniciales

¹² <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48663470> , recuperado el 18/11/2020

¹³ FANELLI Maximiliano, “5G y Telemedicina: Un Futuro Mejor”, Buenos Aires 14/04/2020, en <https://clustersalud.americaeconomia.com/opinion/5g-y-telemedicina-un-futuro-mejor> recuperado el 19/11/2020-

Aunque evidentemente Uruguay es un país de pequeñas dimensiones, su calidad de vida y su sistema de salud son apreciados en el continente, por lo cual entendemos que nuestro país puede ser una muestra de los incipientes avances en la telemedicina, impulsada por la emergencia sanitaria del COVID 19.

La investigación promovida por Bertolotto y Viera, da cuenta que según datos del Instituto Nacional de Estadística, de la población ocupada en Uruguay en 2019 (1.624.534 personas), el 8,4 % (136.460 personas), corresponde a trabajadores del sector salud. Según datos del MSP/OPS, en Uruguay hay 172 profesionales de la salud por 10.000 habitantes, lo que corresponde aproximadamente a un universo conformado por 57.000 profesionales (médicos, licenciados en enfermería y otros técnicos)¹⁴. La investigación apunta también a la feminización de la medicina en el Uruguay, puesto que según datos de la OIT, en 2019 el 76% de los profesionales de la salud son mujeres¹⁵.

Un reciente informe del Sindicato Médico del Uruguay sobre el tema que nos ocupa recoge la opinión de la Dra, Natalia Veloso, Profesora Agregada en Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, quien indica que dentro de la telemedicina se encuentran varias modalidades: consulta con especialistas a distancia; interpretación e informe de estudios (ej.: teleradiología); consulta médica telefónica; teleconsulta (diagnóstico e indicación de tratamiento); teleasistencia (orientación) e interconsulta (consulta entre dos médicos)¹⁶.

El informe del Sindicato Médico del Uruguay destaca también el concepto de **complementariedad** (que recoge la Ley 19.869, que veremos a continuación): La telemedicina no sustituye el vínculo presencial, sino solo

¹⁴ BERTOLOTTTO Fernando y VIERA Annalet, “De la informática a la telemedicina: en los procesos de cuidados de la salud: desafíos y perspectiva para la enfermería profesional en Uruguay”, ponencia presentada en el Conversatorio del SIOT Semillero Interdisciplinario en Organización del Trabajo, Montevideo 13.08.2020.

¹⁵ *idem*, Fuente: ILO modelled estimates for 2019 for the human health and social work sector (ISIC category Q), latest available national figures for skilled health occupations (ISCO categories 22 and 32) and UN estimates for population. ILOSTAT Get the data Created with Datawrapper

¹⁶ *idem*

lo complementa, reconociéndose que la medicina presencial es insustituible¹⁷.

Boliolo, Garcia y Arnabal analizan la situación especial de la actividad médica en los sistemas de emergencia móvil, con particular referencia a las nuevas formas de organizar el trabajo, con requerimientos crecientes en el uso de aplicativos, software y tecnología médica más allá de los conocimientos propios de los profesionales de la salud, ya insuficientes para brindar una adecuada atención al usuario. Señalan que el nuevo perfil del médico incluye el conocimiento de herramientas informáticas, y el uso de tecnologías aplicadas a la medicina como parte de la formación general, aunque también se releva que la incesante innovación en la temática y creciente especialización, se vuelven un problema a solucionar¹⁸.

No solo la pandemia contribuye a expandir la tele-atención de la salud de los servicios de emergencia móvil: en nuestro país - señalan - se repiten sucesos violentos contra médicos y ambulancias de emergencia en determinados contextos barriales y ello ha acelerado la atención de consultas de manera virtual con la finalidad de evitar el ingreso a zona de riesgo para los profesionales¹⁹.

6. La Ley N° 19.869 de 2 de abril de 2020

A pocos días de la declaración de emergencia sanitaria en el país (13.03.2020), se aprobó la Ley 19.869 de 02.04.2020, que regula los “lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la telemedicina como prestación de los servicios de salud”. Es una ley que establece el marco general de la telemedicina y los principios fundamentales, sin entrar a regular la compleja casuística de las prestaciones a distancia de

¹⁷ *idem*

¹⁸ BOLILOLO Marianela, GARCIA Daniela y ARNABAL Ernesto, “Innovación, competencias y protección en el trabajo: desafíos hacia el futuro. Análisis de casos: perfiles médicos de emergencias móviles”, noviembre 2020 (inédito).

¹⁹ *idem*

la salud, que reenvía a una reglamentación aún no aprobada a fines del año 2020.

La ley - inspirada en el texto de la OMS - define la telemedicina como “la provisión de los servicios de atención sanitaria, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de atención sanitaria utilizando tecnologías de la información y comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, investigación y evaluación, y para la educación continua de los proveedores de atención sanitaria, todo en interés de mejorar la salud de sus individuos y sus comunidades”-

Establece además una serie de principios que deben sustentar la telemedicina, que así enumera:

a) *Universalidad: A través de la telemedicina se garantiza un mejor acceso de toda la población a los servicios de salud;*

b) *Equidad: La telemedicina permite derribar barreras geográficas acercando los servicios a la población en lugares remotos y con escasez de recursos.*

c) *Calidad del servicio: La telemedicina promueve una mejora en la calidad y atención integral del paciente, fortaleciendo las capacidades del personal de salud;*

d) *Eficiencia: La telemedicina permite optimizar los recursos asistenciales, la mejora en la gestión de la demanda, la reducción de las estancias hospitalarias, la disminución de la repetición de actos médicos y los desplazamientos a través de la comunicación de los profesionales;*

e) *Descentralización: La telemedicina es una estrategia de utilización de recursos sanitarios que optimiza la atención en los servicios de salud fortaleciendo el proceso de descentralización del Sistema Nacional Integrado de Salud;*

f) *Complementariedad: El ejercicio clínico de la medicina requiere el vínculo directo con el paciente. La telemedicina es un complemento a la asistencia brindada por el médico tratante (artículo 24 de la Ley N° 19.286, de 25 de setiembre de 2014);*

g) *Confidencialidad*: Se debe preservar la confidencialidad en la relación médico-paciente, garantizando la seguridad en el intercambio de información entre profesionales o centros de atención sanitaria.

La enumeración de estos principios señala algunas ventajas de la telemedicina, como la posibilidad de ampliar el espectro de atención a la salud (*Universalidad*) y superar las barreras geográficas alcanzando localidades apartadas de los principales centro médicos (*Equidad*)- También apuesta a que la telemedicina permitirá fortalecer las capacidades del personal de la salud (*Calidad del servicio*) y mejorar la eficiencia en su gestión con la disminución de actos médicos y reducción de desplazamientos de profesionales (*Eficiencia*). Ello coloca a la telemedicina como un instrumento funcional a la descentralización del Sistema Nacional Integral de Salud (*Descentralización*).

Importa destacar el principio de la *Complementariedad* que se expresa en la idea de que la telemedicina no es sustitutiva de la medicina presencial tradicional, sino que constituye un aporte complementario a las prestaciones brindadas por el médico tratante. La norma remite a la Ley 19.286 de 25 de setiembre de 2014, que aprueba el código de ética médica, y cuyo artículo 24 anticipa el principio de la complementariedad, al expresar: “El ejercicio clínico de la medicina requiere el vínculo directo con el paciente. La complementación de la asistencia médica a distancia a través de los medios de comunicación como telemedicina, seguirá los principios de este Código”.

Finalmente se afirma el principio de la *Confidencialidad* en la relación médico-paciente, que obliga a los profesionales y a los centros de asistencia sanitaria a garantizar la seguridad en el intercambio de la información. Evidentemente en época de difusión de la información en redes, la salvaguarda de los datos sobre la salud del paciente se vuelve importante, en la medida de la vulnerabilidad de la comunicación de la información.

De estos principios el que destaca en nuestra opinión es el de la *Complementariedad*, en la medida que será cada vez más difícil distinguir en

el futuro lo esencial y persona l de lo complementario en la asistencia a la salud.

El principio debe conectarse con el art. 7 de la ley, que expresa:

Para brindar servicios de telemedicina, los servicios de salud deberán recabar el consentimiento expreso del paciente por cada acto médico a realizarse, quedando sujetos a lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008.

El paciente deberá otorgar consentimiento expreso para la realización de tratamientos, procedimientos, diagnósticos, así como la transmisión e intercambio de la información personal que se desprenda de su historia clínica, con las limitaciones previstas en el literal D) del artículo 18 de la Ley N° 18.335.

El consentimiento a que refiere este artículo puede ser revocado por el paciente en cualquier momento. La revocación surtirá efectos desde su comunicación fehaciente al servicio de salud.

En el caso de que el paciente sea menor de edad o persona declarada legalmente incapaz, el artículo será aplicable a su tutor o representante legal.

Si bien el paciente a la luz de la norma sigue teniendo el poder de decidir sobre la oportunidad de recibir sus servicios en forma presencial, es evidente que su consentimiento estará cada vez más condicionado por el desarrollo de la telemedicina: en efecto, poca fuerza tendrá su voluntad a la hora de decidir entre un teleservicio ofrecido en pocos días y el mismo servicios ofrecido de modo presencial dentro de un mes o más.

Con relación a la Ley 19.689, compartimos la opinión de Sgarbi, quien afirma que “es una ley muy general que creo que pretende ser eso: una normativa para implementar y desarrollar servicios de telemedicina”. Según el médico, algunos aspectos de la tele medicina no están contemplados en la ley. “Se supone que tiene que ser abarcativa a todo lo que tiene que ser telesalud, pero siempre hace referencia a la telemedicina que es uno de los aspectos de la telesalud”²⁰.

²⁰ SMU, *Un análisis...* cit.

La ley también establece - refiriéndose a los trabajadores de la salud - que es necesario “contar con el personal adecuado y la infraestructura necesaria”, quedando sometidos a la normativa prevista por la Ley 18.331 relativa a la protección de datos personales. La ley se limita a señalar que es necesario contar con personal adecuado, pero no ingresa en la compleja cuestión de la capacitación y recapitación del personal de la salud en el uso de las nuevas tecnologías, necesarias para implementar los cuidados a distancia.

El art. 9 prevé la intervención de profesionales residentes en el extranjero, estableciendo como requisito que sean acreditados debidamente y habilitados al ejercicio de la profesión en su país de residencia.

Bertolotto y Viera señalan que en el contexto descrito, las tecnologías de la información y comunicación se vislumbran como las herramientas que sirven de nexo entre los ciudadanos y los profesionales sanitarios, lo cual permitirá poner los recursos sanitarios al servicio de la ciudadanía, de una manera más económica y eficiente²¹.

También examinan la cuestión de la profesionalidad de los egresados de Enfermería, como un subconjunto de la telesalud, expresando que dicha actividad requerirá de una normalización específica y de conceptualizaciones adecuadas a los efectos de establecer criterios de calidad e indicadores apropiados de estructura, proceso y resultados. En esta línea, deberán reformularse los términos de la relación usuario/sistema de salud; acortar distancias (escucha, contención, mediación, *advocacy*, etc.), promover la participación de la población en sus decisiones respecto a temas de salud y abordar la actualización e investigación continua de los profesionales²².

En definitiva, la definición de muchos aspectos del trabajo en la telemedicina y en la telesalud queda reenviada a la reglamentación, que se vuelve un instrumento indispensables para poder aterrizar a la realidad una

²¹ BERTOLOTTI y VIERA, ob. cit., quienes además citan el trabajo de Tejada & Ruiz, “Aplicaciones de Enfermería basadas en TICs. Hacia un nuevo Modelo de Gestión”. ENE, Revista de Enfermería, 4(2)

²² *idem*

ley, que ocupa un espacio muy teórico, con escasas indicaciones sobre cómo se regularán los nuevos servicios a distancia.

7. Las diversas repercusiones de la telemedicina en el trabajo

Los desafíos de la telemedicina refieren a nuevos espacios de interacción entre el hombre y nuevas tecnologías – especialmente aquellas vinculadas con la robótica y las TICs - que generan cambios sustanciales y rápidos en la prestación de las tareas profesionales y técnicas

Podemos ordenar algunas características positivas que acompañarán el desarrollo de la telemedicina:

- El desarrollo de nuevos conocimientos favorecerá la incorporación de aquellos trabajadores que apuestan a un crecimiento - en profundidad y variedad – de sus saberes y de sus competencias cognitivas.

- Se expandirán nuevos sectores productivos: la industria del software, la robótica, la inteligencia artificial, etc.; al mismo tiempo la variedad de la oferta de productos y servicios de la salud retroalimentará nuevas ofertas, que requerirán habilidades novedosas.

- Los ciudadanos accederán más fácilmente desde lugares remotos a los servicios médicos y se posibilitará - a través del celular (elemento democratizador de nuestros tiempos) - la conexión de los sectores más pobres de la población.

- Nuevos trabajos nacerán en torno a la industria de los software médicos: entre ellos la construcción de datos y el desarrollo de big-datas orientados a las prestaciones sanitarias.

También es cierto que la telemedicina podrá tener un “reverso” negativos, que se expresa en diversos aspectos:

- ritmos más intensos y rápidos de trabajo durante horarios prolongados;

- variabilidad e imprevisibilidad de la actividad cotidiana a realizar;

- incremento de las responsabilidades del profesional para resolver problemas de modo continuo;

- tensiones en el trabajo con generación de stress y proyecciones en la salud psicofísica del trabajador.

- alejamiento de los vínculos profesionales y sindicales;
- clima de presiones por parte de las empresas para obtener una ilimitada disponibilidad de los trabajadores del sector.

Lo expresado demuestra que las rápidas y complejas transformaciones en acto en el sector, obligan a enfocar la atención sobre el impacto que la telemedicina tendrá en el trabajo. Entendemos que dicho enfoque deberá producirse desde una perspectiva multidisciplinaria, que es la única que permite aprehender en sus diversos aspectos la cuestión del futuro de la automatización y del trabajo en la salud, que involucra a personas y organizaciones en un paradigma muy diferenciado de las tradicionales prestaciones asistenciales de vínculo presencial.

Los requerimientos de los nuevos trabajos que promoverá la telemedicina implican conocimientos, acompañados por la responsabilidad de los resultados y la mezcla de competencias técnicas y sociales, por lo cual los profesionales del sector deberán *desaprender, para volver a aprender*. Los prestadores de la salud requerirán profesionales y técnicos, que además de los conocimientos de su formación, posean: a) competencias digitales e informáticas; b) habilidades de comunicación; c) modalidades de colaboración en un ambiente de trabajo, menos jerarquizado; d) capacidades emocionales para poder vincularse con el paciente desde la distancia.

En esta línea, los conocimientos estrictamente técnicos profesionales se valorizarán o desvalorizarán en la medida que el trabajador posea otras habilidades: poseer solo amplios conocimientos de su profesión o ser un insigne profesor universitario ya no será suficiente. Los conocimientos deberán complementarse con habilidades específicas para la comunicación y resolución de problemas a distancia.

Los robots, por otra parte, no serán simplemente máquinas que se prenden y se ponen a andar, y luego se apagan. Son algo más complejo: representan parte de un sistema en que algoritmos y seres humanos deberán retroalimentarse en continuación.

En las nuevas experiencias laborales de la salud se conjugarán la fascinación de un mundo en rápida transformación y la preocupación por el ser humano, que no siempre sabrá o podrá adaptarse a las nuevas formas de prestación de los servicios.

De estos distintos aspectos, destacamos cinco temas/problemas, que entendemos centrales en la “construcción” o “destrucción” de trabajo con la llegada de la telemedicina:

7.1. La formación y reconversión profesional del personal de la salud

Como ya hemos indicado, al hablar de profesiones de la salud, nos referimos no solo a las/los médicas/os, sino también a las/os licenciadas/os en enfermería, a las/os auxiliares de enfermería y los demás técnicos de la salud.

Evidentemente el gran desafío que deberán enfrentar instituciones médicas y trabajadores en materia de empleo son: a) la formación de las nuevas generaciones y b) la reconversión profesional de los trabajadores en actividad.

Ello implica un importante desafío para el sistema educativo terciario que deberá asegurar una adecuada empleabilidad en el sector de la salud, donde los conocimientos no se limitarán a las especificidades propias de la actividad, sino que deberán complementarse necesariamente con conocimientos avanzados en el manejo de las tecnologías y las habilidades para actuar a distancia. Para ello es necesario pronosticar e individualizar a breve y mediano plazo cuáles serán las habilidades y competencias necesarias para conservar o mejorar la empleabilidad en la salud, ajustando la formación a esos requerimientos. Ello constituye un especial desafío para nuestro sistema universitario, donde los planes de enseñanza terciarios se diseñan para formar en profesiones, tareas y competencias tradicionales, con alto componente académico. Las curriculas universitaria de carreras como la medicina o la licenciatura en enfermería deberán incluir formación en el uso de tecnología, así como en la nueva organización del trabajo,

donde cada vez más el individuo interactuará con los robots. Desde nuestra perspectiva entendemos que la formación del personal de la salud deberá integrar - entre otros - conocimientos vinculados a las relaciones laborales y a la organización del trabajo.

Ante esta realidad es evidente que los jóvenes tendrán mayor facilidad que los ancianos para abordar los desafíos de la telemedicina. Como expresa Bodewig en conceptos trasladables al tema en estudio, “la edad es importante: en el mercado laboral del siglo XXI que cambia rápidamente, los trabajadores necesitan sólidas habilidades cognitivas y sociales para realizar trabajos cada vez más creativos y convertirse en aprendices exitosos de por vida. Sin embargo, los trabajadores de mediana edad y mayores en las economías emergentes y avanzadas suelen estar mal preparados: [según datos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos](#) (OCDE), estos tienden a ser menos hábiles para resolver problemas y a tener menos experiencia en el uso de la computadora, que los trabajadores jóvenes. Los jóvenes muestran una mayor capacidad para la resolución de problemas que los adultos mayores, según promedios informados para los años 2012 y 2015 por la OCDE”²³.

Por lo tanto, tan importante como la formación de las nuevas generaciones en el desarrollo de competencias que permitan ser eficiente en la medicina a distancia, serán los planes de reconversión profesional para recalificar al personal de la salud - muchos con una edad superior a los 45 años -, para los cuales el pasaje a la telemedicina puede ser un obstáculo en el desarrollo de sus carreras o - directamente - marcar la pérdida de su trabajo y la expulsión del sistema laboral de la salud.

7.2. La cuestión de la telemedicina y el multiempleo

²³ [BODEWIG](#), CHRISTIAN, “Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?” en *VOCES*, 3 9 2017, Worldbank.org, quien cita a *OCDE (2016), Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*, (<https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores>), recuperado el 18 de noviembre de 2020.

Una característica muy notoria en el sector de la salud es la presencia “normal” del multiempleo: jornadas de 6 horas, salarios bajos, necesidades continuas de personal, conforman el contexto en el que se ha desarrollado en el correr de décadas el multiempleo como característica de esta actividad. La limitación de la jornada lejos de significar un beneficio para el trabajador, se ha vuelto la ocasión de sumar “jornadas” en un mismo día, con el resultado de un trabajo muchas veces agotador, y con inevitables perjuicios psicofísicos.

Mientras que en la actividad presencial es fácil organizar turnos rotativos de trabajadores, será más difícil organizar los turnos entre teletrabajadores, especialmente en los servicios de enfermería. En efecto es más difícil de lograr la desconexión “virtual”, que la física, lo cual podría favorecer situaciones de disponibilidad continua en la red, a merced de los usuarios de los servicios. Por ejemplo, un paciente podría querer telecomunicarse siempre - a cualquier hora del día y de la noche - con el mismo médico o la misma enfermera, porque son de su confianza.

De optar por una tele-rotatividad habrá que desarrollar sistemas que permitan al médico que hace una guardia o la enfermera que asuma un turno, tomar conocimiento de la situación de los enfermos en el turno anterior. Ya existen sistemas robóticos que intervienen en la conexión entre un turno y otro del personal médico o paramédico, que deberán ser introducidos en la organización del trabajo en el sector.

7.3. La locación del trabajo en la telemedicina

Mientras en el teletrabajo tradicional, el trabajador realiza sus tareas desde su hogar hacia la empresa, en la telemedicina - en términos generales - el profesional de la salud opera - en principio - desde el centro médico hacia el destinatario ubicado “a distancia”, generalmente en su propio hogar, aunque no puede descartarse que esté localizado en otro centro médico. Lo cual permite señalar inicialmente que el teletrabajo - como fenómeno general - refiere a un trabajo deslocalizado con respecto a la empresa, mientras la

telemedicina es un trabajo localizado en la propia entidad empleadora, siendo el paciente el sujeto “distante”.

Esta precisión permite entender que mientras en el teletrabajo tradicional es el trabajador el responsable de su ambiente de trabajo y los instrumentos de comunicación, en la telemedicina la locación y los instrumentos del trabajo serán proporcionados (no necesariamente, pero sí usualmente) por el empleador. Es decir que la actividad laboral se desarrollará en el entorno organizativo de la empresa.

Esta situación facilita el control y la organización del trabajo por parte de la empresa, al mismo tiempo que la responsabiliza en las cuestiones vinculadas al ambiente de trabajo, los horarios, las reglas laborales y el poder disciplinario.

En esta línea de reflexión, la telemedicina se aparta del concepto general de teletrabajo, que refiere a la labor brindada por el trabajador desde su hogar hacia la empresa. A vía de ejemplo, el proyecto de ley sobre teletrabajo en discusión en el Parlamento, expresa en su art. 1: “A los efectos de la presente ley, entiéndese por “teletrabajo” la prestación del trabajo, total o parcial, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación, **fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador**, ya sea en forma interactiva o no (online – offline)”²⁴. La telemedicina - en principio- se prestará dentro del ámbito físico proporcionado por el empleador, por lo cual el proyecto - de transformarse en ley - no aplicaría al trabajo remoto realizado desde las propias organizaciones sanitarias.

7.4. La gestión de los recursos humanos y robóticos

En nuestra clases de relaciones laborales hemos dicho en más de una oportunidad que el gran desafío de los gerentes de recursos humanos en el

²⁴ Nos referimos al proyecto de ley presentado por la Senadora Carmen Sanguinetti el 20.IV.2020, reformulado en el ámbito del MTSS y de la Comisión de Asuntos Laborales y de Seguridad Social del Senado y que al momento de escribir el presente artículo cuenta con la sanción del Senado de fecha 20.X.2020. Las *negritas* son nuestras.

futuro, será el de organizar el trabajo de personas y robots. Esta idea, que hace uno o dos años podía despertar curiosidad, hoy se materializa plenamente en la nueva experiencia de la telemedicina.

Los grandes desafíos de la gestión de hombres y máquinas (vinculados por diversos instrumentos, desde una *tablet* a un celular, desde un aparato para tomar la fiebre o la presión a distancia hasta la realización de telediagnósticos y expedición de recetas, desde el uso de robots para la cirugía a la lectura y comprensión de las imágenes digitales) refieren precisamente a cuestiones como la organización de los tiempos de trabajo, las modalidades de conexión, las competencias y aptitudes para interactuar con la máquina, la definición de ambientes de trabajo con su respectiva conectividad.

Una parte importante de la implementación de la telemedicina - expresan Autor, Mindell y Reynolds - radicará en la colaboración entre gerentes y trabajadores en las diversas fase de introducción y afirmación de las nuevas tecnologías. Para ello los gerentes deberán ganarse la confianza de los trabajadores aclarando que las tecnologías no implican reemplazos, sino complementos para un mejor trabajo de los humanos²⁵. Entre otras cuestiones, será crucial el entrenamiento del personal en los nuevos sistemas.

A los efectos de asegurar esta confianza, los autores citados indican que las empresas deberán promover planes que incluyan los siguientes pasos:

a) trabajo grupales de profesionales y pacientes con la finalidad de promover una atención y cobertura personalizada, transmitiendo las razones de las transformaciones en acto;

b) Talleres periódicos con *leaders* en asistencia médica, expertos de tecnologías y empleados para redefinir la visión de la nueva atención de la salud;

c) Interacción temprana con las organizaciones sindicales para acordar los cambios en los procesos de trabajo y la descripción de los

²⁵ AUTOR David & al. "The Work of the Future..." cit., p. 68 - 69.

cargos, consignando en convenios colectivos el alcance de las nuevas prácticas, las eventuales compensaciones que puedan justificarse y el plan de entrenamiento.

d) involucrar a médicos, enfermeras y otros empleados para probar y perfeccionar las nuevas tecnologías, el flujo de pacientes y los ajustes del trabajo, a través de simulaciones a realizar previamente a la implementación efectiva de los cambios.

e) Asignar a los trabajadores que participaron en simulaciones el rol de “capacitadores entre pares”: este enfoque - “formar a formadores” - contribuye a cubrir las necesidades iniciales de capacitación y favorece una cultura de aprendizaje entre los propios trabajadores²⁶

También refieren a como los futuros gerentes administrarán las carreras funcionales, el poder de dirección y en especial el poder disciplinario. Una eficiente gestión de recursos humanos deberá saber valorizar el trabajo y las competencias de cada trabajador y al mismo tiempo alinearlas a los requerimientos de las máquinas, en un sistema de retroalimentación continua²⁷.

Aclaremos - como ya adelantáramos - que la gestión del trabajo en la telemedicina no refiere solo a las prestaciones médicas y de enfermería; su alcance es más amplio, puesto que incluye la gestión de los vínculos con el paciente, la administración de sus datos personales y la organización del entorno sanitario. A vía de ejemplo, la gestión incluye desde la solicitud de una hora de consulta por parte del paciente, a la notificación al profesional y el consiguiente acceso de éste al historial clínico del paciente o resultados de pruebas y el diagnóstico final.

Ello permite concluir que la telemedicina no es solamente la prestación de servicios de la salud a través de instrumentos tecnológicos, sino que se vuelve una nueva forma de hacer y organizar la provisión de servicios sanitarios. Para ello la tecnología es una herramienta y como tal debe ser valorada. Como expresa Cabo Salvador, “no todo lo que es

²⁶ *idem*

²⁷ *idem*

técnicamente posible, resulta necesario o añade valor a la organización sanitaria. De aquí la necesidad de una gestión eficiente de las tecnologías en sanidad, que introduzca las que respondan a necesidades reales o carencias del sistema”²⁸.

Ello lleva a una segunda consideración: las empresas deben asumir la obligación de formación o re-calificación de los trabajadores en las nuevas modalidades de trabajo a distancia. Esta obligación refiere a todo el colectivo de trabajadores, por lo cual el tema se vuelve central en la agenda de la negociación colectiva en la materia. Es evidente que la mayor o menor formación del personal, o la formación de unos en detrimento de la calificación y recalificación de otros, tendrá un fuerte componente de discriminación, que la organización sindical deberá evitar.

Frente a las responsabilidades y obligaciones de los empleadores entendemos que existen también una obligación por parte de los trabajadores de insertarse en los planes de formación, que le pueda brindar la empresa. Rehusarse a ello, implicará en nuestra opinión una conducta laboral, en virtud de que la obligación del empleador de “formación” tiene como correlativo la obligación del trabajador de aceptar los planes de formación que le brinde su contraparte a los efectos de asegurar la continuidad laboral.

7.5. Las competencias laborales de la telemedicina y los factores de riesgo en la salud del trabajador

Otra cuestión que impactará fuertemente sobre los profesionales de la salud será el dominio o aprendizaje de competencia laborales especiales que les permitan manejarse con solvencia y contacto en su accionar con el usuario. En la dimensión de la telemedicina, los conocimientos estrictamente técnicos (el “saber hacer”) deberán ser necesariamente complementados por habilidades especiales que permitan operar en el espacio virtual, acortando los efectos negativos producidos por la distancia.

²⁸ CABO SALVADOR Javier, ob. cit. 3.1.

Entre las competencias que serán muy requeridas en los teleprofesionales de la salud, individualizamos la necesidad de un alto grado de empatía entre profesional y paciente que permita lograr una conexión psicológica, que la falta de presencialidad dificulta. El profesional de la salud a través de su forma de comunicarse deberá lograr construir confianza con el paciente y saber escucharlo en un vínculo que siempre implica un alto grado de interacción no presencial.

Además de la empatía profesional/paciente se requerirá una empatía grupal, que permitan a todos los agentes del sistema obrar en sintonía y con la mayor disponibilidad posible.

Pero además los trabajadores deberán ser más rápidos, desarrollar una mayor responsabilidad en la resolución de problemas e intervenir con creatividad e iniciativa individual cuando sea necesario.

La contracara de esta mayor compromiso del profesional con la telemedicina se reflejará en una mayor presión para alcanzar resultados concretos en tiempos muy breves en una situación que no es la natural del vínculo presencial. Como ya adelantáramos al comienzo de este numeral, ello podrá provocar en el trabajador tensiones, situaciones de stress, desgaste emocional, trastornos como ansiedad, nerviosismo, insomnio, depresión, enfermedades cardiovasculares (hipertensión, arritmias) y digestivas (gastritis, úlceras).

8. Conclusiones

El desarrollo de la telemedicina en época de pandemia plantea cuestiones que afectan especialmente a los profesionales de la salud en la lógica de nuevas formaciones y competencias para el desarrollo de su labor. Nace una nueva dimensión de trabajo especializado, donde los humanos deberán aprender a interactuar con los robots y aplicar las indicaciones de la inteligencia artificial.

Los desafíos laborales no serán iguales para todos y las cargas se soportarán de diversas forma según las habilidades, que los trabajadores

tengan para manejar las nuevas tecnologías digitales. Para muchos - en especial para las franjas jóvenes de los trabajadores de la salud - seguramente esa conexión con las tecnologías será más natural que con las franjas etarias que superen los 45 años, en las que falta - muchas veces - la naturalización del aprendizaje tecnológico.

Un rol importante también corresponde al Estado y a la Universidad, través de su intervención con políticas públicas de educación y formación, además de planes que permitan una ágil transición desde el proceso educativo a las nuevas modalidades del trabajo en la salud.

La formación, la promoción de la educación terciaria, nuevas generaciones que crecen en un contexto tecnológicos diferente al del siglo pasado, contribuirán a formar una clase de trabajadores de la salud, que podrá insertarse más fácilmente en el nuevo modelo de la telemedicina, pero inevitablemente podría plantearse la exclusión de franjas de profesionales, que no sabrán adaptarse a las nuevas formas de prestación de los servicios.

En este contexto los conocimientos técnicos serán importante, pero tan importantes como éstos, serán las competencias que habiliten a la prestación de las tareas, entre las que importarán especialmente la adaptabilidad a los cambios, la empatía hacia los pacientes y el grupo en el que esté inserto el trabajador, la responsabilidad en la resolución de problemas, la responsabilidad individual y una mayor amplitud de conocimientos que ayuden a complementar el ejercicio a distancia de la actividad.

Es un reto para todos nosotros, que obliga a centrarnos en una nueva dimensión de la investigación de la disciplina laboral, pero que también abre nuevos espacios de estudios interdisciplinarios, que favorecen una mayor comprensión de la desafiante realidad del futuro del trabajo.

Bibliografía

- AUTOR, D., MINDELL, D. y REYNOLDS, E. (2020). "The Work of the Future: Building Better Jobs in an Age of Intelligent Machines", MIT, Cambridge (USA), julio.
- BERTOLOTTO, F. "Sobre el concepto de telesalud" (ined.)
- BERTOLOTTO, F. y VIERA A. (2020). "De la informática a la telemedicina: en los procesos de cuidados de la salud: desafíos y perspectiva para la enfermería profesional en Uruguay", ponencia presentada en el Conversatorio del SIOT Semillero Interdisciplinario en Organización del Trabajo, Montevideo 13.08.2020.
- BOLIOLO, M., GARCIA, D. y ARNABAL, E., "Innovación, competencias y protección en el trabajo: desafíos hacia el futuro. Análisis de casos: perfiles médicos de emergencias móviles", noviembre 2020 (inédito).
- CEPAL (2013). "Desarrollo de la telesalud en América Latina: aspectos conceptuales y estado actual", Editores Alaneir de Fátima dos Santos Andrés Fernández; Coordinadores Humberto José Alves Cláudio de Souza Maria do Carmo Barros de Melo Luiz Ary Messina, Santiago de Chile.
- SGARBI, N. (2020). En SMU, *Un análisis de la situación de la telemedicina en el Uruguay*, julio.

Recursos electrónicos

- CABO SALVADOR, J. "La gestión en la telemedicina", Universidad a Distancia de Madrid (UNIMA), en <https://www.gestion-sanitaria.com/3-telemedicina.html>, recuperado el 19.11.2020.
- BBC, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48663470>, recuperado el 18.11.2020.
- BODEWIG, C. (2017). "Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?" en VOCES, 3.9.2017, <https://www.worldbank.org>, recuperado el 18.11.2020.

FANELLI, M. “5G y Telemedicina: Un Futuro Mejor”, Buenos Aires 14.04.2020, en <https://clustersalud.americaeconomia.com/opinion/5g-y-telemedicina-un-futuro-mejor> recuperado el 19.11.2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2010). Global Observatory for eHealth Series. v. 2. Geneva: WHO. Available at: http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/ , recuperado el 20.11.2020.

**LA PREVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL COMO
MANIFESTACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL**

**THE PREVENTION OF LABOR HARASSMENT AS A
MANIFESTATION OF BUSINESS POWER**

Karen MARQUINA GUTIERREZ

*Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca
(España). Gerente de People Advisory Services, EY (Perú).*

kmarquina@pucp.pe

Fecha de envío: 30/11/2020

Fecha de aceptación: 07/12/2020

LA PREVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL

Karen MARQUINA GUTIERREZ

EY (Perú)

Resumen: Desde el ámbito laboral, los empleadores tienen la obligación de tomar acción frente a las conductas que califiquen como acoso laboral, implementando medidas que busquen prevenir su configuración, promover un ambiente seguro y, de ser el caso, sancionar a todo aquel que incentive o realice este tipo de comportamientos. La falta de regulación de este fenómeno no elimina la obligación del empleador a tomar acción frente a este, resaltando que esta deriva de su rol de garante dentro de la relación de trabajo.

Palabras clave: Acoso laboral - Mobbing - Poder de dirección - Riesgo psicosocial - Medidas de prevención

Sumario: 1. Introducción. 2. Acoso laboral. 2.1. Concepto. 2.2. Elementos de la conducta calificada como acoso laboral. 3. Clasificación del acoso laboral. 3.1. Acoso vertical ascendente. 3.2. Acoso vertical descendente. 3.3. Acoso horizontal. 4. Efectos de la conducta y su vinculación con la relación de trabajo. 5. Poder empresarial. 6. Ejercicio del Poder Empresarial. 7. Medidas de reacción del trabajador. 8. Conclusiones.

Abstract: From labor aspects, employers must act against any conduct qualifying as workplace harassment, implementing measures to prevent its configuration, promote a safe environment and, if applicable, sanction anyone who encourages or performs these kinds of behaviors. The lack of regulation of this phenomenon does not eliminate the obligation of the employer to act against

it, highlighting that the abovementioned derives from its role as a guarantor within the employment relationship.

Key words: Harassment at work - Mobbing - Power of management - Psychosocial risk - Prevention measures

Summary: 1. Introduction. 2. Workplace harassment. 2.1. Concept. 2.2. Elements of conduct classified as workplace harassment. 3. Classification of workplace harassment. 3.1. Ascending vertical harassment. 3.2. Downward vertical harassment. 3.3. Horizontal harassment. 4. Effects of the conduct and its link to the employment relationship. 5. Business power. 6. Exercise of Business Power. 7. Worker reaction measures. 8. Conclusions.

1. Introducción

Las relaciones que se generan en un ámbito laboral, ya sean entre el trabajador y empresario, así como entre los compañeros pueden derivar en conductas lesivas a los derechos fundamentales de una de las partes.

En este ámbito, de la propia interacción de sus miembros puede configurarse conductas que sean calificadas como acoso laboral. En este extremo, se presenta el primer problema que enfrentamos, qué entendemos por acoso laboral o, el usualmente llamado *mobbing*, toda vez que no existe una definición legal expresa sobre esta conducta, pues su definición se ha llenado de contenido mediante doctrina, jurisprudencia o documentos técnico y/o especializados sobre la materia.

Teniendo en cuenta que la conducta lesiva de derechos fundamentales se configura en el centro de trabajo, ámbito de dominio empresarial, donde el poder de dirección recae sobre el empleador y éste es el responsable de su organización, se plantea la segunda interrogante, ¿puede permanecer inactivo el empresario, cuando conoce la vulneración de los derechos fundamentales del trabajo en el ámbito de organización y dirección de la empresa?¹

Así, debemos abarcar esta materia a partir de definir el acoso laboral, cuáles son las conductas que pueden ser entendidas como tal, así como los mecanismos de protección que pueden ejercer los trabajadores y cuál es el rol del poder empresarial (empleador) frente a la protección y prevención, derivada de las potestades que ostenta.

2. Acoso Laboral

2.1. Concepto

¹ GIL Y GIL, J. "Poderes empresariales y riesgos psicosociales en España". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press, 2013.

Determinar una definición de acoso laboral es una tarea difícil, toda vez que su delimitación puede ser dada de diversas ramas del conocimiento, tales como la psicología, la medicina, el derecho penal, el derecho del trabajo, entre otros².

Desde el enfoque laboral, se puede entender como acoso laboral aquella conducta abusiva o de violencia psicológica, sistemática, con lesión de la dignidad o integridad psíquica, que se produce en el ámbito laboral, haciendo peligrar la estabilidad en el empleo o degradando las condiciones de trabajo.³ En este mismo sentido, Organización Internacional de Trabajo (OIT), lo ha delimitado como la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta⁴.

Si bien es cierto, no existe una definición unánime en relación con acoso laboral, si podemos determinar que es aquella conducta que busca la autoeliminación del trabajador mediante la denigración y vulneración de su dignidad⁵.

Como consecuencia a la difícil definición de esta conducta, pues en muchos países, no existe regulación expresa sobre las conductas que podrían ser entendidas como acoso laboral, lo cual podría generar una situación tanto de indefensión para el trabajador, así como de inacción para el empresario, teniendo en cuenta que no toda vulneración a la dignidad e integridad del trabajador puede ser considerado como acoso laboral.

² La noción de lo complicado que es establecer una definición del acoso laboral puede ser revisada en HIRIGOYEN, M. *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*, Paidós – España Libros, Barcelona, 2014, pág. 23.

³ Definición de H. Leymann recogida en la Nota Técnica Preventiva No. 854 del año 2009 emitida Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. En el mismo sentido, M. HIRIGOYEN define el acoso laboral como aquella conducta abusiva (gestos, palabras, comportamientos, actitudes) que atenta, por su repetición o su sistematización, contra la dignidad o la integridad física o psicológica de un trabajador y que pone en peligro su empleo o degrada el ambiente de trabajo.

⁴ OIT. *Violence at Work*. OIT, Ginebra, 2000. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf

⁵ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 25.

2.2. Elementos de la Conducta calificada como Acoso Laboral

No obstante, de un análisis de los diferentes documentos técnicos y de la jurisprudencia internacional se puede conciliar en cuales serían los elementos típicos de aquella conducta que puede ser entendida como acoso laboral⁶:

a) La violencia y maltrato psicológico.

La conducta requerida es aquella que atenta, sin que exista duda alguna, contra un trabajador. Teniendo en cuenta que debe ser una acción de maltrato moral, una denigración o una vejación en contra el trabajador⁷.

Dicha conducta puede manifestarse a través de una acción de presión o un comportamiento hostil contra el trabajador o, de modo tácito, al no ejercer acciones, simplemente originando el rechazo o aislamiento del trabajador.

Si bien es cierto, no existe un listado de las conductas que pueden ser entendidas como acoso laboral y, de existir, este no respondería a la realidad, toda vez que el acoso laboral refleja una conducta dinámica, la Nota Técnicas de Prevención 891 reúne seis conductas que pueden ser entendidas como acoso: el descrédito de la capacidad laboral y deterioro de las condiciones del ejercicio profesional, aislamiento social laboral, desprestigio personal, agresiones y humillaciones, robos y daños, y amenazas⁸.

Se debe tener en cuenta que no basta la existencia de un conflicto o enfrentamiento dentro de la relación de trabajo, toda vez que éstos son

⁶ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 178.

⁷ KAHALE CARRILLO, D. "El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial" en (AAVV) *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Ediciones Laborum, España, 2015, Págs. 309 y ss.

⁸ En este mismo sentido, tanto Heinz Leymann como Marie – France Hirigoyen han elaborado listas de categorías de conductas que pueden ser entendidos como acoso laboral

connaturales a la existencia de la relación, sino se debe configurar una conducta denigrante y humillante en contra del trabajador⁹.

b) El comportamiento persistente, sistemático y reiterado en el tiempo.

La existencia de acoso laboral requiere la concurrencia de una pluralidad de actos reiterados que atenten contra la dignidad e integridad del trabajador, es decir debe responder a un actuar sistemático.

El acoso laboral debe responder a una conducta, expresión sinónima de comportamiento o proceder y no a hechos aislados¹⁰, puesto que se requiere que ésta permanezca en el tiempo.

Si bien no existe determinado tiempo de vigencia de la conducta que pudiera entenderse como acoso, la Nota Técnica de Prevención (NTP) 476, actualizada por la NTP 854, plantea que el comportamiento debe prevalecer en el transcurso de seis meses. Sin embargo, dicho plazo es de carácter referencial y debe ser interpretado con flexibilidad, teniendo en cuenta la circunstancia de cada caso concreto¹¹.

c) La voluntad de dañar personalmente a la víctima.

Se analiza la intencionalidad del agresor en propiciar la conducta dañina, puesto que la finalidad del acosador es la autoeliminación del trabajador a través de actos denigrantes y humillantes.

Como consecuencia de la intención de producir daño para el trabajador resulta claro que la conducta debe ser calificada como grave o intensa, siendo el objetivo el causar un menoscabo en el trabajador.

Sin embargo, la intencionalidad sobre las conductas acosadoras va perdiendo importancia, toda vez que lo relevante en el análisis de éstas es la vulneración de las esferas del trabajador¹².

d) La producción del daño.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid del 16 de mayo de 2006. AS 2006\2028

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña del 27 de julio de 2006. JUR 2007\107554

¹¹ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág.180

¹² A mayor abundamiento sobre este cuestionamiento se puede revisar KAHALE CARRILLO, D. "El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial" y HIRIGOYEN, M. *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*.

El acoso laboral es una conducta que busca un resultado determinado, el cual incide en la eliminación del trabajador a través de hacerlo víctima de actos hostiles, denigrantes o humillantes. En este sentido, durante el análisis de la conducta de acoso se debe detectar el daño que se causa al trabajador.

Es importante señalar que el daño al que nos referimos es la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador (dignidad, integridad, etc.). Asimismo, precisamos que si bien es cierto durante las conductas de acoso se pueden generar daños en la salud de los trabajadores, éstos no serán determinantes para la configuración de la conducta acosadora; por tanto, no será indispensable que el trabajador presente alguna afección para determinar su configuración.

Se debe precisar que, si bien es cierto, 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.

A la luz de los elementos expuestos hasta este punto, podemos entender como acoso laboral aquella conducta permanente en el tiempo que se realiza en contra de un trabajador con la finalidad de vulnerar la esfera personal del trabajador y volver el centro de trabajo un espacio hostil, hasta su eliminación¹³.

3. Clasificación del Acoso Laboral

De acuerdo con lo señalado, la relación de acoso se configura por parte de un sujeto pasivo, quien es el receptor de las conductas lesivas, y, por otra, el sujeto activo, quien ejecuta las conductas destinadas a afectar los derechos del otro.

¹³ Dicha definición ha sido recogida en innumerables sentencias tales como Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid del 4 de abril de 2014 (AS 2015/282), 14 de junio de 2005 (JUR 2005/176379) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia 20 de octubre 2014 (AS 2015/282)

La relación de acoso puede desarrollarse por diversos sujetos y en diferentes niveles de la organización empresarial de forma descendente, horizontal y, en menos casos, ascendente.

3.1. Acoso vertical descendente

La forma más frecuente de configuración de la relación de acoso es de forma asimétrica, ocupando el acosador una posición prevalente respecto del acosado¹⁴. En este supuesto, nos enfrentamos a una relación de jerarquía donde el superior es el sujeto acosador y el trabajador subordinado es la víctima. La experiencia muestra que el acoso moral procedente de un superior jerárquico tiene consecuencias más graves sobre la salud del trabajador, ya que la víctima se siente aún más aislada y le es más difícil hallar recursos para su protección¹⁵.

Las conductas derivadas de una relación de jerarquía pueden resultar confusas, toda vez que el superior puede encubrir las acciones lesivas con aparentes órdenes relacionadas con la obligación del trabajador. De este modo, se configuraría la conducta cuando las órdenes buscan degradar la condición profesional del trabajador solicitándole que realice tareas de categoría inferiores, innecesarias o tareas imposibles¹⁶.

3.2. Acoso vertical ascendente

La relación de acoso menos común y, de presentarse, se le toma con poca importancia, toda vez que en este caso el sujeto o sujetos acosadores son los trabajadores de menor jerarquía quienes dirigen sus conductas lesivas hacia un trabajador de categoría superior.

¹⁴ GASCO – GARCÍA, E. “Acoso Laboral o Mobbing”, en *Documentos de Trabajo 2011/23*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. (<https://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>), pág. 8.

¹⁵ HIRIGOYEN, M. *El acoso moral en el trabajo, Distinguir lo verdaderos de lo falso*, Paidós – España Libros, Barcelona, 2013, pág. 99.

¹⁶ STSJ del País Vasco de 21 diciembre 2010. AS 2011\1697

Las víctimas de este tipo de conductas pueden verse desprotegidas, ya que no tienen a quien recurrir o bien las quejas formuladas no son valoradas debido a que el denunciante es quien ejerce el poder de dirección¹⁷.

Según HIRIGOYEN¹⁸, este tipo de acoso puede configurarse en dos conductas: el falso alegato de acoso a través del cual el acosador atenta contra la reputación y busca descalificarla definitivamente ya que, mediante la mediatización, se refuerza y resulta eficaz; y las reacciones colectivas de todo un grupo en contra de un superior jerárquico que ha sido impuesto en el cargo y no lo quieren.

3.3. Acoso horizontal

El acoso horizontal es el que se produce entre trabajadores de la misma categoría o jerarquía al interior del centro de trabajo, es frecuente cuando existe una relación de competencia o rivalidad en las partes de la relación acoso.

A partir de esta clasificación de la conducta calificada como acoso, el profesor I. Piñuel, quien es el creador del Barómetro Cisneros, herramienta para medir el acoso laboral, ha obtenido como resultado de su investigación que la conducta más recurrente es el acoso vertical ascendente, seguido por el horizontal, siendo en de menor frecuencia el descendente¹⁹:

4. Efectos de la conducta acosadora y su vinculación con la relación de trabajo

¹⁷ HIRIGOYEN, M. *El acoso moral en el trabajo, Distinguir lo verdaderos de lo falso, Op cit.*, pág. 101.

¹⁸ HIRIGOYEN, M. *El acoso moral en el trabajo, Distinguir lo verdaderos de lo falso, Ibid.*

¹⁹ Resultados del Barómetro Cisneros II sobre la violencia en el entorno laboral, el cual podría ser revisado en PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑANTE CANTERO, A. "La incidencia del *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo en España, en LAN HARREMANAK, Núm. 7, 2002-II, págs. 35 y ss.

Hasta lo aquí señalado, el acoso es una conducta pluriofensiva, toda vez que afecta a diversos derechos fundamentales de los trabajadores, tales como integridad moral, dignidad a la persona, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la salud, entre otros de reconocimiento legal²⁰.

Dichas conductas y la afectación agresiva de los derechos fundamentales del trabajador pueden generar que éste experimente depresión (desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dificultades de respiración, insomnio, mareos)²¹.

A mayor detalle, los efectos antes señalados se producirán de modo paulatino de acuerdo con la intensidad de las conductas acosadoras, precisando que al inicio de ésta no siempre se generará de modo inmediato los daños. Así, en un primer momento los trabajadores víctimas pueden enfrentar un episodio de intimidación o miedo, el cual puede devenir en una situación de inhabilitación para realizar sus funciones en el centro de trabajo. También el trabajador víctima puede encontrarse frente a un rechazo o no aceptación en el ambiente de trabajo, lo cual dificultará su integración en éste. Estos efectos pueden encrudecerse a lo largo del periodo de acoso, generando que aparezcan daños de mayor gravedad y perjudiciales para el trabajador, tales como las enfermedades.

En consecuencia, los efectos del acoso laboral son perjudiciales no solo para los trabajadores víctimas, sino que éste trasciende a la esfera familiar y social debido a los daños que viene experimentando en el centro de trabajo. Asimismo, el empresario también enfrenta las consecuencias de los daños que sufren los trabajadores, puesto que repercuten en el rendimiento laboral y en la siniestralidad, provocando un enrarecimiento del

²⁰ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 184

²¹ MELLA MÉNDEZ, L. El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés en: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press, 2013.

clima laboral, mayor absentismo, incremento en las compensaciones económicas de los trabajadores e incluso la pérdida de las cuotas del mercado²².

5. Poder Empresarial

La relación de acoso tiene como protagonistas a un acosado (trabajador víctima) y un acosador (trabajador o empresario) que se desarrolla en el centro de trabajo, la misma que puede configurarse debido a la vigencia de la relación laboral que se ha establecido entre el trabajador y el empresario.

La relación laboral genera que el trabajador se encuentre subordinado al empleador, sometiéndose al poder de este último para la organización y dirección de su prestación laboral, la misma que se encuentra regulada por el contrato de trabajo. En otras palabras, la subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador halla su correspondencia en el poder directivo de que goza el empresario²³.

El poder empresarial necesario para organizar y controlar tanto las prestaciones laborales como la actividad económica y; por ende, el centro de trabajo emana del derecho a la libertad de empresa²⁴. Es este poder empresarial el que se manifiesta mediante el poder directivo y disciplinario, los cuales tienen como finalidad que el empresario pueda utilizarlo para el buen desarrollo de la actividad económica, organización de sus trabajadores y demás finalidades de mercantiles inherentes de la persona jurídica.

La manifestación del poder empresarial se mostrará en instrucciones generales o en órdenes concretas que especifiquen el trabajo, es decir es la facultad del empresario para impartir órdenes o instrucciones. Este poder se

²² CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, *Op cit.*

²³ GIL Y GIL, J. "Poderes empresariales y riesgos psicosociales en España". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press, 2013.

²⁴ Resaltar que, en España, la libertad de empresa se encuentra regulado en el artículo 38 de la Constitución de dicho país. Por su parte, en Perú se garantiza dicha libertad a través del artículo 59 de la Constitución Política.

concretará en la organización genérica reflejándose en la propia estructura técnica de la empresa o al régimen de la prestación de servicios, así como en las órdenes específicas otorgadas a cada trabajador para la ejecución de la prestación objeto del contrato de trabajo²⁵. Como reflejo de este poder de dirección y organización, el empresario también tendrá las facultades para controlar y vigilar las actividades de cada uno de los trabajadores en derivadas de la prestación laboral. Sin embargo, los poderes empresariales deben ser ejecutados de acuerdo con el ordenamiento legal, respetando los derechos de los trabajadores, los deberes nacidos del contrato de trabajo, así como en las demás fuentes.

En esta misma línea, el empresario, como responsable de la organización y dirección de la unidad productiva, debe tener en cuenta que el trabajador es titular de derechos fundamentales²⁶ y; por tanto, tiene la obligación que, durante el desarrollo de la prestación debida derivada del contrato de trabajo, no exista vulneración alguna sobre los derechos fundamentales del trabajador. Lo antes indicado podrá conseguirse con la implementación de medidas preventivas, organizacionales y, de ser el caso, disciplinarias frente a conductas lesivas, como las del acoso laboral.

En resumen, si bien el empresario puede ejercer libremente los poderes que el ordenamiento le atribuye, no puede menoscabar, en ningún caso, los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador²⁷.

La contraposición de, por un lado, los poderes empresariales y, por otro, los derechos fundamentales del trabajador van a regularse por la buena fe que deviene de la celebración del contrato de trabajo²⁸. Así, la buena fe impone un deber de defensa de los derechos fundamentales, y sirve para lograr un equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos

²⁵ PALOMEQUE LOPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, Pág. 514.

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C. "Los derechos fundamentales inespecíficos en la negociación colectiva" en AAVV. *El modelo social de la Constitución Española de 1978*. MTAS, Subdirección General de Publicaciones. Madrid, España. 2003. Págs. 273 y ss.

²⁷ GIL Y GIL, J. "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador" en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Núm. 13, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

²⁸ Tal como lo establece el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, (...) el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. (...)

fundamentales del trabajador. Por su parte, el empresario está obligado a salvaguardar los intereses y, en especial, los derechos fundamentales del trabajador, en la medida en que resulte compatible con la libertad de empresa²⁹.

Por tanto, es importante precisar que la inacción del empresario frente a este tipo de conductas supone un incumplimiento de la obligación contractual emanada del contrato de trabajo, toda vez que permite la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador, dejando atrás su función como garante al interior del centro de trabajo.³⁰

6. Ejercicio del Poder Empresarial

En la línea de lo señalado, el empresario se encuentra obligado prevenir el menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador, a tomar en cuenta dichos derechos en la organización del trabajo, así como las medidas necesarias a fin de proteger los derechos fundamentales del trabajador.

En razón a ello, y con base en que el acoso laboral es una conducta pluriofensiva al afectar a más de un derecho fundamental, el empresario debe adoptar, con base en el poder y cumplimiento de sus obligaciones contractuales, todas las medidas necesarias para prevenir el acoso laboral en sus centros de trabajo y en contra de sus trabajadores y, de configurarse, ejercitar el poder disciplinario contra los acosadores con el objetivo de que las conductas lesivas cesen.

En adición, las diversas normativas de seguridad ocupacional han determinado que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz e integral en materia de seguridad y salud³¹, garantizando un ambiente de

²⁹ GIL Y GIL, J. "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador" *Op cit.*

³⁰ MORALO GALLEGO, S. "El mobbing o acoso moral en el trabajo. Responsabilidad Social", en AAVV MIR PUIG, C. (Dir.), *Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

³¹ Nótese que dicho mandato está recogido en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de España. En Perú se establece la obligación de los empleadores a garantizar la

trabajo sano y libre de riesgos profesionales, incluidos los de naturaleza psicológica, obligando así, a los empresarios tener en cuenta estos riesgos psíquicos y proteger eficazmente a los trabajadores³².

De acuerdo con lo señalado, frente al acoso laboral, el empresario debe adoptar las siguientes medidas³³:

a) Medidas preventivas

Las medidas preventivas serán las que el empresario implemente al interior del centro de trabajo para evitar la configuración de conductas que puedan ser entendidas como acoso laboral, como manifestación de su poder empresarial. De este modo, el empresario busca evitar la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, así como dar a conocer las consecuencias derivadas de la conducta lesiva tanto para el trabajador víctima como para el trabajador acosador.

Estas medidas pueden ser diversas, entre las cuales resaltan las campañas de información a los trabajadores sobre el acoso, las cuales publican datos relevantes relacionados con la dinámica de la conducta, efectos, canales de denuncia, entre otros. También se implementan planes de formación y capacitación tanto a los trabajadores ordinarios como a los altos funcionarios para que sean capaces de detectar este tipo de conductas y actúen antes de que se configure el acoso laboral. En esta misma línea, el empresario capacita a sus trabajadores sobre los procedimientos existentes y los protocolos relacionados con esta conducta, así como los programas de orientación referidos a éstos. Con ello, el empresario busca que todos los trabajadores, al interior del centro de trabajo, tengan información suficiente sobre el acoso laboral, cómo prevenirlo y qué hacer ante una conducta lesiva.

seguridad y salud de sus trabajadores mediante el literal a) del artículo 49 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

³² MELLA MÉNDEZ, L. El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés en: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press, 2013.

³³ La organización de las medidas ha sido recogida por ARAMBURU – ZABALA, quien realiza una referencia al instrumento NIOSH (1999), en ARAMBURU – ZABALA HIGUERA, L “Respuestas al acoso laboral. Programas y estrategias” en *Cuadernos de Relaciones Laborales* Vol. 20, Núm, 2, 2002, Págs. 337 y ss.

Como medida complementaria, el empresario puede implementar programas de promoción e integración entre los compañeros del centro de trabajo a fin de que se construya un ambiente laboral óptimo y saludable para cada uno de los intervinientes en las relaciones de trabajo, evitando así relaciones de tensión y/o presión que resulten lesivas.

b) Medidas de intervención

Estas medidas se ejecutarán al haberse detectado una conducta que pueda ser calificada como acoso laboral, teniendo en cuenta la situación laboral de la víctima; situación física y anímica de la víctima y su entorno, así como las pruebas con las que se cuenta para verificar la configuración de la conducta de acoso³⁴.

De este modo, el empresario tendrá la obligación de poner en práctica el protocolo implementado para la investigación de las denuncias de acoso laboral, salvaguardando los derechos del trabajador denunciante.

Si luego de realizado el procedimiento de investigación se detecta la configuración de acoso laboral, el empresario deberá tomar medidas para la protección del trabajador víctima y, dependiendo de la gravedad de la conducta, imponer las medidas disciplinarias al trabajador acosador.

Frente al trabajador víctima, el empresario deberá de otorgarle todas las facilidades para que el posible daño causado por el trabajador acosador pueda ser reparado.

Frente al trabajador acosador, el empresario deberá poner en ejercicio el poder disciplinario que ostenta y, dependiendo de la gravedad de la conducta detectada, podrá iniciar un procedimiento de desvinculación a través de las conductas tipificadas en la normativa laboral³⁵. Se debe tener en cuenta que el despido debe ser la última alternativa de sanción contra el trabajador acosador, toda vez que el comportamiento infractor, el cual

³⁴ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, *Op cit*, pág. 185.

³⁵ Las conductas típicas que habilitan al empresario a iniciar un procedimiento de desvinculación se encuentran reguladas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (España) y en el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad (Perú)

habilita al empresario a iniciar el procedimiento de despido, ha de ser grave y se debe tener certeza de la culpabilidad del trabajador³⁶.

No obstante, de detectar un incumplimiento que, no revista la gravedad necesaria para el despido, el empresario tendrá la facultad de imponer cualquier otra sanción, amonestaciones, suspensiones o cualquier otra de similar naturaleza.

Independientemente, de la medida de sanción, este trabajador también puede ser sujeto de modificaciones funcionales o geográficas con la finalidad de romper la relación de acoso configurada y denunciada por el trabajador.

c) Medidas de control y evaluación

Estas medidas serán las destinadas a comprobar si las acciones de prevención implementadas en la organización ante un caso de acoso laboral o las medidas tomadas luego de ser detectada una conducta acosadora, han sido eficaces. De este modo, el empresario tendrá conocimiento de si las políticas son óptimas o deficientes y, de ser el caso, modificarlas para poder conseguir un programa de prevención y de respuesta adecuado.

Estas son las medidas que van a ayudar a que los programas de prevención respondan a la dinámica de las conductas de acoso, teniendo en cuenta que no existe un modelo preestablecido para éstas, siendo cada vez más difíciles de detectar.

Estas son las medidas que, el empresario bajo sus poderes empresariales, puede materializar para prevenir y sancionar el acoso laboral, así como proteger la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, como respuesta a su obligación de garante dentro de la relación de trabajo.

La inacción del empresario en relación con las conductas de acoso laboral puede determinar la responsabilidad de los daños causados al trabajador debido al rol de garante al interior de la relación de trabajo, pudiendo ser obligado a pagar una indemnización por daños a favor del

³⁶ PALOMEQUE LOPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, Pág. 700.

trabajador. Del mismo modo, el empresario puede ser sancionado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien puede intervenir debido a la configuración de las faltas laborales relacionadas con las obligaciones sociolaborales y/o de seguridad y salud en el trabajo.

7. Medidas de reacción del trabajador

Es importante diferenciar los incumplimientos empresariales que constituyen acoso moral de aquellos otros que, a pesar de representar un uso abusivo o extralimitado del poder de dirección y de generar una situación de conflictividad laboral más o menos acentuada, no alcanzarían dicha calificación³⁷.

Encontrándonos ante una situación de acoso, si el empresario no implementa las medidas de prevención al interior del centro del trabajo o no toma acciones para evitar la continuación de la conducta, el trabajador víctima, podrá activar las herramientas para exigir el cese de las conductas, así como la protección de sus derechos fundamentales, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento laboral.

Debemos resaltar que, la falta de definición de esta conducta repercute en la ausencia de regulación específica y concreta sobre las acciones que la víctima puede activar frente a la inacción del empresario. No obstante, las acciones de la víctima podrían materializarse a través de la protección general frente a la lesión de derechos fundamentales y/o a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa de seguridad ocupacional.

A modo de referencia, y como consecuencia del análisis del ordenamiento español, esquematizamos las posibles acciones que una víctima podría ejecutar:

- a) La solicitud de rescisión del contrato de trabajo.

³⁷ CORREA CARRASCO, M. "Acoso moral en el trabajo y extinción causal del contrato" en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 14, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011

Los trabajadores víctimas de un acoso podrían optar por rescindir el contrato de trabajo bajo las condiciones reguladas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³⁸ (en adelante, el Estatuto de los Trabajadores). La ejecución de esta medida genera que el trabajador tenga derecho a percibir una indemnización de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

Cabe precisar que, durante la tramitación de todo el proceso, en caso no se encuentre de baja profesional o no haya solicitado una medida cautelar, el trabajador deberá seguir prestando servicios para la empresa, supuesto que le resta efectividad inmediata a la medida de protección. En opinión de MEJÍAS, esta medida no resultaría idónea, dado que el trabajador deberá seguir prestando servicios y, en caso de ser estimada, el trabajador perderá el empleo³⁹.

b) Solicitud de cese de conductas lesivas.

A través del mecanismo procesal de tutela de derechos fundamentales, el cual tiene atención preferente y sumaria, el trabajador víctima puede solicitar ante el juzgado competente que se declare la nulidad de las conductas lesivas y; por tanto, su cese inmediato. Esta protección es admitida, ya que el acoso laboral es una conducta pluriofensiva.

El objetivo de esta tutela es resituar al trabajador en igualdad de condiciones a las que ostentaba en el momento anterior al comienzo de la conducta lesiva y hostil⁴⁰.

c) Solicitud de indemnización por daños y perjuicios por la conducta.

El resarcimiento mediante el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios busca compensar los efectos nocivos de la conducta

³⁸ 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

³⁹³⁹ CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, *Op cit*, pág. 193.

⁴⁰ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. *Acoso Laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 365.

lesiva, dado que puede haber menoscabos de diversa índole en los bienes y derechos del trabajador⁴¹.

Nótese que la pretensión de reconocimiento de la indemnización puede ser acumulada con alguna de las acciones anteriores, dado que no son excluyentes. Cabe señalar que, en este caso, se admite la posibilidad de una doble indemnización (la del despido y la de daños y perjuicios), dado que reparan dos daños distintos, la pérdida del empleo y el daño derivado de la lesión de los derechos fundamentales⁴². Resaltamos que, en este proceso, el trabajador se encuentra en la obligación de probar y acreditar los daños causados y cada uno de los hechos que los han generado.

Similar situación se presenta en Perú, donde las víctimas tendrán las siguientes opciones:

d) Solicitar el cese de actos de hostilidad.

La víctima podrá iniciar un procedimiento de cese de actos de hostilidad regulado en el artículo 30 del Decreto Supremo No 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la LPCL). Mediante este procedimiento, el trabajador le exige al empresario que, en un plazo razonable, no menor a 6 días, se tomen las medidas necesarias para dar por terminado las conductas lesivas, las mismas que se encuentran tipificadas en cada uno de los literales del referido artículo.

Si ante la formalización del pedido, no cesan las conductas lesivas, el trabajador, excluyentemente, podrá dar por terminado el vínculo laboral y solicitar la indemnización por despido⁴³ correspondiente o mantenerse en el empleo y solicitar ante los juzgados laborales el cese de las conductas.

e) Solicitar el pago de indemnización por daños y perjuicios.

De acuerdo con los artículos 56 y 63 de la Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador tiene la obligación de evaluar,

⁴¹ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. *Acoso Laboral y lesión de derechos fundamentales*, Op cit., pág. 366.

⁴² URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. *Acoso Laboral y lesión de derechos fundamentales*, *Ibíd.*

⁴³ De acuerdo con el artículo 38 de la LPCL, la indemnización por despido arbitrario será equivalente a un salario y medio por cada año de servicios.

entre otros, los riesgos psicosociales a los que el trabajador se encuentra expuesto a fin de implementar las medidas necesarias para su prevención. Asimismo, tiene la obligación de mantener un ambiente seguro. En este sentido, si, el trabajador sufre algún daño, podrá acudir a los juzgados laborales para obtener el pago de una indemnización por daños y perjuicios con la finalidad de resarcir los daños causados.

Al igual que en el caso español, esta acción puede acumularse con el pago de la indemnización de despido.

Es preciso indicar que, junto con cualquiera de las dos acciones señaladas, el trabajador podría plantear, de modo acumulativo, el pago de una indemnización por daño moral.

8. Conclusiones

El acoso laboral, conducta no regulada en más de un ordenamiento, es un comportamiento lesivo de más de un derecho fundamental de los trabajadores, el cual se puede presentar en las relaciones laborales de jerarquía como en los lazos horizontales. Este comportamiento sistemático puede generar en los trabajadores víctimas daños emocionales, psíquicos y físicos, los mismos que, en el extremo, pueden llegar a ser la causa del deterioro de salud produciéndose la aparición de enfermedades profesionales.

Se debe tener en cuenta que estas conductas tienen como finalidad generar un menoscabo en la esfera del trabajador hasta conseguir su autoeliminación en el ambiente laboral. Si bien es cierto, no siempre pueden configurarse o detectarse los daños de la conducta, estos actos son reprochables por el simple hecho que son vulneraciones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

De este modo, y teniendo en cuenta que las conductas se materializan en el ambiente laboral, en el cual el trabajador se encuentra integrado debido a su puesta a disposición por la existencia de una relación laboral, el empresario, como parte del vínculo, debe cumplir la función de garante del

respeto de los derechos del trabajador y tiene la obligación de implementar las medidas de protección y prevención frente al acoso laboral en respuesta al principio de buena fe contractual.

Así, la implementación de las medidas de prevención y protección frente al acoso laboral en el centro de trabajo serán reflejo del poder empresarial que ostenta, facultad que viene otorgada por el ordenamiento jurídico en respuesta al derecho de libertad empresa, el cual le permite organizar y dirigir la unidad empresarial, así como la prestación laboral de cada uno de los trabajadores miembros del centro de trabajo.

Si bien en más de un ordenamiento no se impone una obligación expresa al empresario, sus deberes como empleador y diversas disposiciones generales, relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, así como la seguridad y salud ocupacional, son los que generan que éste responda de modo activo contra el acoso laboral.

De este modo, la inacción del empresario frente a la prevención y protección del acoso laboral generan que incurran en responsabilidad, habilitando así a que el trabajador ejecute las medidas de tutela otorgadas por su ordenamiento de modo general, tales como la rescisión del contrato de trabajo, el cese de conductas y/o el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios.

Por último, es necesario que el ordenamiento responda a la aparición de este nuevo fenómeno, el cual afecta cada vez a más trabajadores de modo silencioso, y su protección no derive de deberes generales sino de una obligación expresamente recogida y, del mismo modo, establecer mecanismos de tutela idóneos y eficaces.

Bibliografía

- ARAMBURU – ZABALA HIGUERA, L. (2002). “Respuestas al acoso laboral. Programas y estrategias” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 20, Núm., 2.
- CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J., MOVILLA GARCÍA, M. (2002). *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización indebida*, Comares, Granada.
- CARBONELL VAYÁ E., GIMENO NAVARRO M. y MEJÍAS GARCÍA A. (2008). *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CORREA CARRASCO, M. (2011). “Acoso moral en el trabajo y extinción causal del contrato” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 14, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. “La delimitación del concepto de acoso laboral como presión laboral tendenciosa”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf.num.76/201021/2010, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2010.
- GIL Y GIL, J. (2013). “Poderes empresariales y riesgos psicosociales en España”. En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press.
- GIL Y GIL, J. (2003). “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Núm. 13, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- HIRIGOYEN, M. (2014). *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*, Paidós – España Libros, Barcelona.
- HIRIGOYEN, M. (2013). *El acoso moral en el trabajo, Distinguir lo verdaderos de lo falso*, Paidós – España Libros, Barcelona.
- KAHALE CARRILLO, D. (2015). “El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial” en (AAVV) *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Ediciones Laboroum, España.
- KAHALE CARRILLO, D. (2015). “El acoso laboral en España: las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario” en En: *Revista Internacional y*

Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 3, Núm. 3, ADAPT University Press.

MELLA MÉNDEZ, L. (2013). El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés en: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, Núm. 4, ADAPT University Press.

MORALO GALLEGO, S. (2007). “El mobbing o acoso moral en el trabajo. Responsabilidad Social”, en AAVV MIR PUIG, C. (Dir.), *Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

OIT (2000). *Violence at Work*. OIT, Ginebra.

PALOMEQUE LOPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2016). *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

SANCHEZ PEREZ, S. (2014). “El acoso laboral y los mecanismos para su tutela jurídica” en *Revista de Información Laboral*, Núm. 5, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C. (2003). “Los derechos fundamentales inespecíficos en la negociación colectiva” en AAVV. *El modelo social de la Constitución Española de 1978*. MTAS, Subdirección General de Publicaciones. Madrid, España.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2014). *Acoso Laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete.

Recursos electrónicos

GASCO – GARCÍA, E. (2011). “Acoso Laboral o Mobbing”, en *Documentos de Trabajo 2011/23*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. (<https://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>).

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y DERECHOS LABORALES EN CUBA

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES AND LABOR RIGHTS IN CUBA

Reynaldo Jorge LAM PEÑA

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana (Cuba). Juez Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de la Habana (Cuba). Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana (Cuba). ORCID: 0000-0003-0629-4612.

reynaldo@lex.uh.cu

Roxana BLANCO MARTÍNEZ

Estudiante de la Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana (Cuba). Alumna Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Departamento de Asesoría Jurídica e Internacional de la Universidad de La Habana (Cuba).

roxana@lex.uh.cu

Fecha de envío: 10/08/2020

Fecha de aceptación: 07/12/2020

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y DERECHOS LABORALES EN CUBA

Reynaldo Jorge LAM PEÑA

Universidad de La Habana (Cuba)

Roxana BLANCO MARTÍNEZ

Universidad de La Habana (Cuba)

Resumen: El presente artículo de investigación científica pretende analizar las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como derechos sexuales y reproductivos y su repercusión en el ámbito jurídico laboral cubano a partir los futuros retos que se le presentan a la normativa cubana vigente sobre la base de los cambios sociales actuales vinculados a la importancia de una maternidad y paternidad responsable; debido a que existen en Cuba imperfecciones jurídicas en cuanto a la protección de las TRHA, pues la norma que protege la maternidad no se adecua a los nuevos avances científicos y concepciones modernas sobre las familias. La investigación se elaboró a partir de un estudio de documentos teóricos junto a métodos científicos como el exegético normativo, que busca el análisis de las normas jurídicas; el jurídico- doctrinal que combina los aspectos teóricos necesarios para entender las categorías que se ponen en discusión en este material y el jurídico comparado para analizar el fenómeno en el contexto latinoamericano. De esta forma se analizó el concepto y contenido de las TRHA y la necesidad de su repercusión en el marco laboral para luego exponer la trascendencia al ámbito laboral y familiar.

Palabras clave: Derechos reproductivos y sexuales - Técnicas de reproducción asistida - Derechos en el trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. Acerca de las técnicas de reproducción humana asistida. 3. Derechos reproductivos y sexuales. 4. Protección Internacional de las TRHA 4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 5. Reflejo normativo de las TRHA en el ordenamiento jurídico laboral cubano. 6. Elementos fundamentales de su regulación en Cuba. Desafíos para una sociedad heterogénea. 7. Conclusiones.

Abstract: The scientific research article aims to analyze reproduction techniques human assisted human rights (TRHA) as sexual and reproductive rights and their impact n the Cuba legal labor from the future challenges that are presented to the regulations Cuba in force on the basis of current social changes linked to the importance of a responsibility motherhood and patently, because there are imperfections in Cuba legal provisions regarding the protection of TRHA, since the norm that protects maternity does not it adapts to the new scientific advances and modern conceptions about families.

Key words: Reproductive and sexual rights - Reproduction techniques human assisted - Rights and work

Summary: 1. Introduction. 2. About assisted human reproduction techniques. 3. Reproductive and sexual rights. 4. International Protection of TRHA 4.1 Conventions of the International Labor Organization (ILO). 5. Regulatory reflection of TRHA in the Cuban labor law. 6. Fundamental elements of its regulation in Cuba. Challenges for a heterogeneous society. 7. Conclusions.

1. Introducción

El Derecho como ciencia no es inmutable, sino que debe adecuarse a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico. Ello debe efectuarse sobre la base de los valores y principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico a fin de contar con una legislación remozada y actual; toda vez que pueden existir ciertos vacíos en las normas discordantes con nuestra realidad.

El desarrollo de nuevos procesos médicos y biotecnológicos para la reproducción humana no es la excepción a la regla y por ello resultan un objeto de análisis interesante para el Derecho. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en lo adelante TRHA, se definen por la Organización Mundial de la Salud (2010) como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Las principales causas que provocan su empleo son los problemas de infertilidad o esterilidad. Independientemente de ello, hay otros factores que conducen al aumento en el acceso a dichos tratamientos a la hora de procrear: casos de parejas que desean reservar sus embriones para gestarlos más adelante (por ejemplo, tras la curación de un cáncer); mujeres sin parejas que desean tener un hijo en edad temprana postergando el matrimonio o una pareja estable; mujeres solteras que no desean casarse ni tener pareja estable; parejas homosexuales; parejas o mujeres solas que desean evitar el riesgo de ciertas enfermedades genéticas en su hijo; la generación de “bebés-medicamento” para tratar a otros; la obtención de células troncales para clonación o embriones para investigación, y un sinfín de posibilidades más. Incluso ya se recurre a ellas como primera alternativa sin intentar siquiera remediar la causa de esterilidad.

Surge para el ordenamiento jurídico el deber de regular las implicaciones jurídicas de estas técnicas por una cuestión de justicia social y de garantía a los derechos reproductivos y sexuales. Para el Derecho laboral, resulta evidente que la situación de los trabajadores y, sobre todo,

las trabajadoras que utilizan estas técnicas impactará de lleno en la dinámica de su relación laboral. En efecto, tales tratamientos generan al trabajador una serie de necesidades específicas relacionadas que exigirá una protección normativa al respecto.

En Cuba de la lectura de la nueva Constitución de la República de 2019, sobresale el desarrollo de una gama de derechos a tono con las organizaciones y los instrumentos internacionales de los que forma parte y ha ratificado¹. Se reconoce la dignidad humana como derecho y como valor supremo (Artículo 40); el aseguramiento por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer (Artículo 43), el derecho al trabajo (Artículo 64) y otros derechos en el trabajo (Artículo 65 al 69); el derecho a fundar familia (Artículo 81) y la protección por parte del Estado de la maternidad y la paternidad (Artículo 84); los cuales deben analizarse de manera armónica, en tanto su interpretación y aplicación le imponen nuevos retos al Derecho del Trabajo, para garantizar su pleno disfrute.

En el país resulta necesario la aplicación de estas técnicas, en gran parte, por la declinación de la capacidad reproductiva (infertilidad) de la población ante la morbilidad por infecciones de transmisión sexual, envejecimiento poblacional, razones que producen conductas que inciden en la procreación como la disminución de la mortalidad infantil, preescolar y escolar, la cual garantiza y otorga seguridad a la pareja en cuanto a la sobrevivencia de los hijos tenidos. También influyen componentes socioeconómicos, como la incorporación de la mujer a la actividad educacional y laboral; cultura social en general y sanitaria, en particular de la población en la buena práctica de la maternidad segura, oportuna y responsable, así como de la crianza de los hijos; la aún presente dificultad de vivienda para las parejas, como un elemento de decisión importante para

¹ Dentro de ellos se incluyen los Convenios 3, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de los años 1919, 1952 y 2000 respectivamente. También está la Recomendación 191/2000. Asimismo, se encuentra la convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer; la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994; la Declaración y la Plataforma de Beijing de 1995; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; la Declaración de Bioética de Gijón; la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, entre otros.

la reproducción; el nivel educacional y profesional de las personas en nuestro país.

La práctica de la interrupción de un embarazo no deseado de una manera legal e institucional y en condiciones de seguridad y las acciones desarrolladas en el campo de la planificación familiar, en función de preservar y respetar la salud y los derechos reproductivos de la mujer y de la pareja, han tenido un importante impacto en el descenso de la fecundidad, y es un componente de la anticoncepción.

Además, la población “fecundable” ha decrecido en los últimos diez años y la existente, en numerosas ocasiones ha alcanzado ya el tamaño deseado de la familia, el que según los estudios recientes siguen expectativas de pocos hijos o familias pequeñas por mutuo acuerdo de la pareja.

Con el objetivo de contribuir al incremento de la natalidad en el país, y dando respuesta al Lineamiento de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución que atañe al contexto demográfico, el Ministerio de Salud Pública desarrolla el Programa de Atención a la Pareja Infértil. Las parejas con dificultades para concebir un embarazo pueden intentar la gestación, asistidas por profesionales altamente cualificados y con la garantía de un equipamiento de primer nivel tecnológico; todo esto en consonancia con los principios básicos de nuestra medicina: humana y libre de costo.

El embarazo y la maternidad son épocas de particular vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias y por ello requiere de una especial protección para salvaguardar su salud y la de sus hijos. Estas necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren protección laboral no sólo en cuanto a la igualdad en el acceso al empleo, sino que también les garantiza el mantenimiento de unos ingresos (salario) que a menudo son vitales para el bienestar de toda su familia. Sin embargo, si bien en las instituciones y los centros laborales cubanos, se promueve y apoya a las trabajadoras gestantes, no existe una

regulación legal que respalde o proteja al trabajador durante el tiempo que se somete a estas prácticas de reproducción artificial.

La situación anterior constituye una evidencia de lagunas o vacíos legislativos, pues es importante resaltar que durante la realización de estos procedimientos para lograr la concepción, la mujer trabajadora no se encuentra todavía embarazada, de ahí que no se encuentre en un período pre ni postnatal, establecidos en Decreto Ley 339 “De la Maternidad de la Trabajadora” y por ende pudiera resultar dudoso si le asisten derechos al igual que a la madre y al padre trabajadores.²

La problemática del empleo de las técnicas de reproducción asistida y su repercusión en el ámbito laboral de la mujer trabajadora y el ejercicio pleno de sus derechos, ha desbordado el ámbito de lo estrictamente personal, familiar y médico, y se está configurando como objeto que reclama una intervención; de ahí que le concierne a organismos e instituciones sociales, al igual que al Estado, ofrecer soluciones de apoyo no solo por medio de políticas públicas sino también a través de mecanismos legales y jurídicos.

Resulta de enorme importancia esta investigación ya que ofrece un cambio de visión jurídico-laboral en cuanto a la maternidad y la paternidad. Se evidencia fehacientemente la necesidad de proteger a los trabajadores, que se encuentran utilizando alguna de las TRHA, en la etapa de preconcepción pues ante el ordenamiento jurídico cubano actual se materializa un estado de indefensión en este sentido al carecer de

² Vid. Artículos 1 y 2 del Decreto Ley 339/2017 “De la Maternidad de la Trabajadora” (GO Extraordinaria No.7 10/2/2017)

Artículo 1: El objetivo de este Decreto Ley es conceder derechos a la madre y al padre trabajadores del sector estatal, en lo que a cada cual corresponda, para propiciar la responsabilidad compartida con la familia en el cuidado y atención del hijo e hija menores de edad, en lo adelante menor. A estos fines:

- a) Asegura y facilita a la mujer trabajadora la atención médica durante el embarazo, el descanso pre y posnatal, la lactancia materna y, a ambos padres, el cuidado del menor;
- b) en caso de fallecimiento de la madre, establece una protección al padre trabajador u otro familiar trabajador de los determinados en el presente, a quien se encargue el cuidado del menor; y
- c) dispone un tratamiento diferenciado cuando el menor requiera de atenciones especiales.

Artículo 2: Los derechos contenidos en este Decreto Ley se originan por la condición de trabajadora de la madre.

reconocimiento. Además, hemos podido colegir que la utilización de estos procedimientos ya no se sustenta en problemas reproductivos o físicos sino en la autonomía de la voluntad y que constituye un mecanismo para fundar nuevas formas de familias.

2. Acerca de las técnicas de reproducción humana asistida

La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere de la colaboración estrecha de profesionales con formación clínica (ginecólogos, urólogos, andrólogos), especialistas en técnicas de laboratorio y de todo el personal de apoyo como psicólogos y personal de enfermería. Surgen con el objetivo de viabilizar la reproducción humana y permitir el acceso a la maternidad y a la paternidad a personas con problemas de esterilidad e infertilidad, o que simplemente en virtud de la autonomía de voluntad deciden tomar la decisión de usarlas. Existen una variedad de procedimientos y su aplicación depende de las características de cada persona.

La inseminación artificial (IA) consiste en el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductor de la mujer con el objetivo de conseguir una gestación. Puede ser: **IA** con semen conyugal, de pareja u homólogo o **IA** con semen de donante o heteróloga. La modalidad más aceptada es la homóloga ya que resulta menos conflictiva, pues ante la inseminación artificial heteróloga se generan contradicciones con el donante del material genético, con respecto a la filiación legal de la descendencia obtenida, así como el costo que representa mantener los bancos de esperma. Durante el proceso se requerirá de ecografías periódicas, consultas médicas reiteradas, análisis de sangre, etcétera.

La Fecundación o Fertilización in vitro que consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y femeninos (ovocitos) en pos de la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer, de aquí la diferencia con la inseminación artificial.

Asimismo, contamos con el **Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)** que es un método de diagnóstico prenatal que permite seleccionar embriones sanos para su transferencia al útero, la elección del sexo y la selección inmunológica del embrión. Esta técnica puede resultar útil en personas afectadas o portadoras de enfermedades transmisibles genéticamente y debidas a la alteración de un gen; personas portadoras de alteraciones cromosómicas transmisibles y personas con mayor riesgo de alteraciones genéticas en sus gametos, que podrían determinar la formación de embriones genéticamente anormales.

La maternidad sustituta o maternidad subrogada o también conocida como alquiler de vientre³ consiste en la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar a cabo un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días a otra persona o pareja renunciando a sus derechos de madre, con un fin altruista o a cambio de una suma de dinero. La complejidad de la práctica radica en las complicaciones jurídicas que genera: en cuanto a la determinación de la filiación materna que no se deriva del hecho biológico (el parto); quién ejerce efectivamente la patria potestad del menor, etcétera. Incluso ello se agrava cuando se analizan las parejas homosexuales sobre todo masculinas para obtener descendencia. La relativa novedad de la técnica y sus implicaciones morales, sociales, legales han generado posiciones en contra y favor de esta.

Existen **Tratamientos de Preservación de la Fertilidad** que tienen como objetivo esencial conseguir un embarazo, pero no de forma inmediata sino aplazada en el tiempo. Esta decisión se puede tomar por diferentes circunstancias, por ejemplo: el diagnóstico de un cáncer. Los tratamientos quimioterapéuticos y radioterapéuticos a los que necesariamente deben ser sometidos para sobrevivir provocan, de manera irreversible, la pérdida de ovocitos y atrofia ovárica en las mujeres. Además, hay enfermedades no malignas que requieren tratamientos similares a los oncológicos

³ ARÁMBULA REYES, A. Maternidad subrogada. Centro de Documentación Información, Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura. México. 2018.

(enfermedades autoinmunes). Quizás la mujer en virtud del libre desarrollo de su personalidad y de la voluntad procreacional no tiene un deseo de gestar inmediato y emplea las técnicas en aras de que la fecundidad asociada con la edad le impida ser madre. Algunos de estos tratamientos son: **la congelación de ovocitos; la congelación de embriones; la congelación del tejido ovárico; la congelación del semen, etc.**

3. Derechos reproductivos y sexuales

La utilización de las TRHA presupone un derecho humano referido a la voluntad de tener descendencia biológica propia y se configura como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Nos referimos al derecho a procrear, a los derechos reproductivos y sexuales. Dentro de los *derechos sexuales* podemos encontrar el derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo y sexualidad; derecho a decidir libremente con quién, cómo y cuándo ejercer la propia sexualidad; derecho a los servicios de salud sexual y derecho a la igualdad de oportunidades. Por otro lado, dentro de los *derechos reproductivos* se encuentra el derecho a decidir de forma libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos e hijas; derecho a decidir libremente con quién, cuándo y cómo tener hijos e hijas; derecho a una educación oportuna e integral en salud reproductiva; derecho a acceder a servicios de aborto legal, seguro y de calidad y derecho a los servicios de salud reproductiva, libres de discriminación y de violencia. En esta segunda categoría hay dos aspectos importantes, establecidos tanto en el Sistema Universal como Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, la autonomía y la salud reproductiva que garantizan el acceso de las personas a técnicas y tratamientos de reproducción asistida.

Las técnicas representan un factor de cambio social de apertura a múltiples posibilidades en el control de la reproducción que, va más allá de sus aspectos terapéuticos, pues constituye un medio alternativo de procreación, en función de la autonomía de la voluntad y un mecanismo para fundar nuevos modelos de familia (monoparentales u homoparentales). Se

considera que el derecho a procrear es personal y que debemos respetar la decisión positiva o negativa de cada ser humano de convertirse en madre o padre y no sólo esto sino el método, la forma de ejercer ese derecho (ya sea de forma natural o asistida), así como la idea de usar métodos anticonceptivos y el aborto.

Además, la no discriminación es el corolario del principio de igualdad y contiene la posibilidad de permitir el acceso a TRHA no sólo a parejas heterosexuales sino también a parejas homosexuales e incluso a la mujer soltera que decide saciar sus deseos maternales y emprender ese camino sola. Además, la infertilidad al ser considerada como una discapacidad para procrear, negar el acceso a TRHA estaría atentando contra los postulados de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad⁴.

Se hace necesario la existencia de disposiciones que respalden el proceso de concepción no natural como correlato de la salud reproductiva ya que si bien la infertilidad y la esterilidad no comprometen la existencia humana si puede traer consigo consecuencias psicológicas adversas para aquellos que integran la procreación en su proyecto de vida.

El Derecho del Trabajo debe insertarse en esta dinámica y en virtud del principio protectorio debe respaldar legalmente a aquellas mujeres que toman la decisión de ser madres. Existen normativas internacionales para proteger a la madre trabajadora, pero no hay referencia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero es fundamental también extender la protección de los derechos laborales al tiempo que dure el proceso de concepción del embarazo para evitar situaciones de indefensión. Si tenemos en cuenta que durante el contexto de un tratamiento de este tipo la trabajadora podría verse en la necesidad de ausentarse de su puesto de trabajo de forma puntual para asistir a las consultas médicas pertinentes e incluso los padres comitentes de un contrato de gestación por sustitución también podría encontrarse en esa disyuntiva con motivo de la ejecución de

⁴ VALDÉS DÍAZ, CARIDAD C. El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla No.39 enero-junio. México. 2017.

trámites médicos y burocráticos; resulta necesario la regulación jurídica laboral que le brinde factibilidad al derecho a procrear y al derecho de fundar una familia y evitar así despidos injustificados, afectaciones económicas por reducción de la mensualidad del salario, etcétera.

4. Protección Internacional de las TRHA

Una vez expuestas los principales cuestionamientos doctrinales en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, consideramos pertinente realizar un estudio de la normativa jurídica internacional en pos de conocer el cómo se ha implementado su regulación en el mundo. De inicio cuestionaremos los principales instrumentos internacionales que representan una voluntad de hacer uniforme las cuestiones de reproducción artificial.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto internacional (Ver anexo 1) ha tenido un desarrollo lento durante casi medio siglo. El primer referente en la materia lo encontramos en **la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán** en 1968 donde se determinó que los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos. A pesar de que constituye un precedente fueron los movimientos feministas de los años 60 los que abrieron paso al surgimiento de estos derechos sobre la base de la reivindicación de los principios de igualdad y no discriminación y exigían que el Estado no interfiriera en su libertad y debía garantizar las condiciones para ejercerla⁵

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) fue una batalla ganada por los movimientos feministas del siglo pasado en el ámbito jurídico, dicho tratado dio desarrollo a una de las principales premisas que formarán el *corpus iuris* para la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Así, el artículo

⁵ AA.VV. “El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Justicia* No. 31, enero-junio, 2017, p. 175.

16, literal e) de la Convención establece que los Estados tienen la obligación de asegurar tanto a hombres como mujeres “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. El anterior precepto desarrolla el derecho a fundar una familia, el cual había sido ya implementado en otros tratados y convenios de manera más general, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo⁶ de 1994, llevada a cabo en Egipto, se contó con la presencia de 179 representantes de países del mundo y se aprobó su **Programa de Acción** que vincula a todos los Estados participantes con carácter obligatorio.

En esta Conferencia se incluyó por primera vez la salud sexual y reproductiva como un verdadero compromiso frente al bienestar de las personas y la garantía de sus derechos. En dicha oportunidad se determinó que: La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que

⁶ United Nations Population Information Network (POPIN). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo 1994. Disponible en <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>, el 11 de octubre del 2019

permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Se realiza el empoderamiento femenino y la aceptación de que toda persona tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que quiere tener fue un triunfo frente a posiciones que afirmaban que debería ser la pareja quien decidiera de común acuerdo. Se debatió acerca del aborto y la disyuntiva de prescribirlo o despenalizarlo.

Su **Programa de Acción** en el Capítulo VII está referido a los derechos reproductivos y a la salud reproductiva y tiene como objetivos fundamentales asegurar el acceso a información amplia y fáctica y a una gama completa de servicios de salud reproductiva, incluida la planificación de la familia; propiciar y apoyar decisiones responsables y voluntarias sobre la procreación y sobre métodos que pueden elegirse para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y asegurar el acceso a la información, la educación y los medios necesarios⁷. Considera que la atención a la salud reproductiva debería incluir tratamientos adecuados y prevención de la infertilidad, formas de interrupción del embarazo, prevención del aborto, servicios de atención prenatal, entre otras cuestiones.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, China, en septiembre de 1995 aprobó la **Declaración y la Plataforma de Beijing de 1995**. Dentro de sus disposiciones se reafirman los derechos femeninos como parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales; la potenciación del papel de la mujer en la sociedad; aboga por la igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades respecto de la familia.

Se reconoce de modo explícito el derecho de las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad.

En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute

⁷ GALDOS SILVA, SUSANA: "La Conferencia en el Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos como base para la salud sexual y reproductiva", *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* No.30, 2013.

del más alto nivel posible de salud, determinó que: “La mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”

En el año 2000 representantes de 189 países se congregaron en las Naciones Unidas en ocasión de la histórica **Cumbre del Milenio y aprobaron un conjunto de objetivos** que recogen aspectos fundamentales para la mejora de la salud reproductiva a nivel global: la reducción de la mortalidad materna y el avance hacia la igualdad entre los géneros unido al empoderamiento de las mujeres; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA y otras enfermedades; fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

Estos estándares internacionales llevan a la conclusión que existe un vínculo irresistible entre estos dos aspectos, la salud y la autonomía reproductiva, por cuanto el no asegurar el libre ejercicio de esta última, necesariamente devendrá en una afectación a la primera. Esta consecuencia negativa en las libertades de las personas, a pesar de los esfuerzos por parte de la comunidad internacional para evitar su concreción, se evidencia con mayor ocurrencia, y especialmente en América Latina en casos de personas con infertilidad.

Por esto el precedente más significativo que ha consolidado el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida como garantías para el ejercicio de los derechos reproductivos, es el reconocimiento por parte de la Organización Mundial de la Salud (2009) de la Infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Dicha posición es respaldada por diversos estudios que muestran cómo la infertilidad genera: “... severas consecuencias sociales, económicas y de salud en los habitantes de los países en desarrollo; los

efectos físicos, emocionales y psicosociales negativos en la salud pueden no ser fácilmente detectables pero ya se han documentado (...)"⁸

La infertilidad es una condición individual y social, un individuo con infertilidad sufre de un cuerpo enfermo, una identidad humana sin cumplirse y presenta trastornos en sus relaciones con impacto social, político y económico.

Como respuesta a las necesidades de dicha población y con el fin de asegurar la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, Estados como Argentina, y en menor medida Colombia recientemente, han venido reconociendo su obligación de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida, mediante sus sistemas de salud a personas que de manera natural no pueden lograr dicho propósito. Estos avances en materia reproductiva se han materializado gracias al desarrollo que en términos de derechos humanos se ha venido gestando en el continente americano.

Ahora existen tratados internacionales que en alguna medida tienen una mirada sobre los temas de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Según Burstein (2013) se puede encontrar:

Convenio de Oviedo o Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina: Se aprobó por el Consejo de Europa en 1996 y fue abierto a la firma en el año 1997. Plantea la prohibición de la clonación de seres humanos; la elección del sexo del ser humano que va a nacer, salvo que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo y la creación de embriones con fines de experimentación⁹. De igual forma permite la experimentación sobre embriones *in vitro* siempre que se garantice una protección adecuada del embrión y las intervenciones sobre el genoma humano cuando medien razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una

⁸ MCDONALD, E: A global perspective on infertility: An under recognized public health issue, University Center for International Studies, The University of North Carolina, 2004.

⁹ Artículo 18 del Convenio de Oviedo

modificación en el genoma de la descendencia¹⁰. Refiere que el cuerpo humano y sus partes no deben ser fuente de aprovechamiento¹¹

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: Aprobada por la ONU en 1997 reconoce al genoma humano como unidad fundamental de todos los seres humanos y patrimonio de la humanidad¹². Estipula que cada individuo tiene el derecho a que se respete su dignidad con independencia de las características genéticas que posea y ello no puede ser un motivo para de discriminación pues se estaría atentando contra derechos humanos y libertades fundamentales¹³ Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico relacionado con el genoma de un individuo debe contar con su consentimiento y ninguna de estas ni su aplicación al campo de la biología, la medicina o la genética puede prevalecer sobre los derechos humanos.

Declaración de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras: Fue aprobada en la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 29 reunión celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre del año 1997. Determina la responsabilidad de las generaciones actuales en cuanto al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, respetando la dignidad humana. Dispone la necesidad de proteger el genoma humano y la diversidad biológica.

Declaración de Bioética de Gijón: fue aprobada en junio del 2000 y plantea que el genoma humano no puede ser patentable y constituye patrimonio de la humanidad. Concibe que una finalidad esencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada. Prohíbe la

¹⁰ Artículo 13 del Convenio de Oviedo

¹¹ Artículo 21 del Convenio de Oviedo

¹² Artículo 1 de dicha Declaración

¹³ Artículo 2 y 7 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

clonación humana y salvaguardar la dignidad humana en las prácticas investigativas y experimentales.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, emitida el 8 de marzo del 2005, plantea que los Estados deben procurar y proteger la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas; prohibir cualquier modo de clonación humana y de aplicación de técnicas de ingeniería genética que vayan en contra de la dignificación del ser humano y su protección. Asimismo, reguló la pertinencia de que los países tomen en cuenta la financiación de investigaciones médicas que tributen a las ciencias biológicas; a enfermedades como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: emitida el 19 de octubre del 2005 por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Se reivindica el respeto a la dignidad humana, de los derechos y libertades fundamentales y protege los progresos científicos de los individuos de forma privilegiada. Con respecto a ello debemos disminuir los daños en la aplicación de los conocimientos científicos, prácticas médicas o tecnologías asociadas.

A partir de este recuento legislativo internacional podemos concluir que existe una tendencia encaminada a la protección del genoma humano como patrimonio humanitario para garantizar la vida y la supervivencia. Por ello resulta uniforme la idea de implementar medidas y normas que respalden de manera efectiva dicha defensa. Se estimulan las investigaciones científicas y médicas vinculadas a este bien jurídico, pero siempre respetando la dignidad humana. Asimismo, es semejante la prohibición de la clonación humana lo cual consideramos muy acertado para evitar la comercialización y el lucro con algo tan intrínseco al individuo. Además, se resguarda los derechos reproductivos y sexuales sobre la base del libre desarrollo de la personalidad en aras de garantizar el derecho a la salud de manera general.

Esta amplia gama de instrumentos internacionales fundamenta nuestra investigación ya que justifican la lucha de todos aquellos seres humanos que deciden reproducirse artificialmente y necesitan de legitimidad

en su actuar. Además, requieren de la protección legal en cuanto a la filiación, los derechos sobre el niño o niña; los derechos laborales durante el proceso, etcétera. Los derechos reproductivos y sexuales requieren de garantías para su libre ejercicio y por medio de estos instrumentos internacionales se exterioriza la preocupación internacional en este sentido. No solo ello, sino que dichos instrumentos le ponen coto a la utilización de las TRHA pues actualmente la delincuencia organizada se lucra aprovechándose del deseo reproductivo de muchas personas y comercializa con el genoma humano lo cual está prohibido porque va en contra de la dignidad y de los derechos humanos.

4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo se ha preocupado a lo largo de la historia por preservar la salud de la madre y del recién nacido; habilitar a la mujer para que pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo; prevenir el trato desigual en el trabajo; y promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres. Sin embargo, la todavía reciente aplicación de las técnicas de reproducción asistida hace que puedan darse situaciones que impidan que estas pretensiones puedan efectivamente llevarse a vías de hecho, afectándose los derechos en el trabajo de una trabajadora, inmersa en la utilización de estas técnicas para poder procrear. En correspondencia con ello, la OIT ha adoptado tres Convenios¹⁴ sobre la protección de la maternidad en diferentes años: en 1919, 1952 y, el más reciente, en 2000. De ellos se colige que la protección de la maternidad en el trabajo tiene como objetivo garantizar que las actividades realizadas por las trabajadoras no supongan ningún riesgo para su salud y la de su hijo, y asegurar que su función procreadora no comprometa su seguridad económica y del empleo. La protección de la maternidad para las mujeres trabajadoras constituye un

¹⁴ Vid. Convenios Número 3, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo; disponibles en www.ilo.org

elemento esencial de la igualdad de oportunidades y protección de la salud. Trata de permitir a las mujeres combinar satisfactoriamente sus funciones procreadora y productiva e impedir el trato desigual en el empleo a causa de su función reproductiva. Un objetivo importante consiste en reforzar la protección de la maternidad y lograr ampliarla a todas las mujeres que trabajen en los diversos sectores de la economía (TRAVAIL, 2012). En Convenio Número 183 y la Recomendación Número 191, se destacan los elementos esenciales de la protección de la maternidad en el trabajo:

- Licencia de maternidad: el derecho de las mujeres a un período de descanso en el trabajo en relación con el embarazo, el parto y el posparto.
- Prestaciones pecuniarias y médicas: el derecho de la madre a prestaciones pecuniarias durante su ausencia por maternidad y a la atención médica en relación con el embarazo, el parto y los cuidados posnatales.
- Protección de la salud en el lugar de trabajo: para la madre y el feto durante el embarazo, así como durante la lactancia.
- Protección del empleo y no discriminación: garantía de la trabajadora a la seguridad del empleo y al derecho de reincorporarse tras su licencia de maternidad al mismo trabajo o a uno equivalente con el mismo salario que percibía con anterioridad a la licencia de maternidad. Además, una mujer no puede ser discriminada durante en el trabajo o durante el período de búsqueda del mismo por razones de su función reproductiva.
- Dispositivos para la lactancia: para ayudar a las trabajadoras a amamantar o extraerse leche en el lugar de trabajo durante un período determinado tras la reincorporación al trabajo.

5. Reflejo normativo de las TRHA en el ordenamiento jurídico laboral cubano

En Cuba ha habido un proceso de adaptación a convenios y legislaciones internacionales, es por ello que las diferentes políticas

estatales han buscado integrar a la mujer con plenos derechos en el mercado laboral en virtud del principio protectorio. En consonancia con ello y al ser Cuba miembro de la OIT, varios de los convenios de la organización han sido ratificados por el país, a tono con la normativa constitucional (Artículo 8)¹⁵, constituyendo una de las fuentes formales del Derecho Laboral Cubano (Viamontes, 2005, p. 38). En materia de maternidad, Cuba ha ratificado estos convenios (NORMLEX).

Este tema tiene una trascendencia para Cuba, manifestándose en la normativa constitucional pues se regula el aseguramiento por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer¹⁶, el derecho a fundar familia¹⁷ y la protección por parte del Estado de la maternidad y la paternidad¹⁸. En el Lineamiento No. 116 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución que atañe al contexto demográfico, en el Decreto-Ley No.339/2017 que amplía y establece nuevos derechos para la madre y el padre, para la familia en general, para la protección de la maternidad y el cuidado de los hijos menores, propicia una mayor integración de la familia

¹⁵ Artículo 8 de la Constitución de la República de Cuba (2019), establece:

“Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales”.

¹⁶ Artículo 43 de la Constitución cubana (2019):

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito. El Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades. El Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. Asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello”.

¹⁷ Artículo 81 de la Constitución cubana (2019):

“Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines.

Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley

¹⁸ Vid. Artículo 84 de la Constitución cubana (2019):

“La maternidad y la paternidad son protegidas por el Estado.

Las madres y los padres tienen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos, en correspondencia con la vida en nuestra sociedad socialista. Las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad. Los hijos, a su vez, están obligados a respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes, conforme con lo establecido en la ley”

en el cuidado de los niños y estimula la permanencia y reincorporación de la mujer al trabajo. El Decreto-Ley No.340 regula, para la trabajadora que se encuentra en el disfrute de la maternidad, enferma o accidentada, el tiempo de contribución a los efectos de obtener el derecho a la prestación económica y exonera a estas mujeres de la obligación de contribuir a la seguridad social. Por supuesto desde la normativa laboral patria, a saber el Código de Trabajo¹⁹ y su Reglamento²⁰, toda vez que dentro del conjunto de derechos reconocidos se encuentran los derechos de trabajo y de seguridad social que se confieren a la trabajadora, para proteger su maternidad y facilitar su atención médica, el descanso pre y postnatal y el cuidado de los hijos menores²¹.

Sin embargo, esa capacidad de procreación puede verse afectada lo cual pudiera acarrear el sometimiento a procedimientos de reproducción asistida. Para ello se creó en el año 2007, el Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil, que tiene como objetivo brindar cobertura nacional a la atención integral y escalonada en todos los Niveles del Sistema Nacional de Salud a esta problemática en Cuba, el cual ha sido paulatinamente perfeccionado para poder facilitar la atención a las parejas en las consultas municipales, los centros provinciales de reproducción asistida y las instituciones de alta tecnología. El país cuenta con tres niveles de atención de salud a las mismas que discurren desde (Zaldívar, 2017, p. 84):

1. Nivel primario o Consulta de atención a la pareja infértil: se realizan estudios, que incluyen una serie de análisis complementarios tanto al hombre como a la mujer, para la evaluación, diagnóstico y orientación a la pareja. En la actualidad, prácticamente todos los municipios del país cuentan con una consulta de atención a la pareja infértil, ubicada en uno de sus Policlínicos, contando con personal preparado para ello.

2. Nivel secundario o Consulta Multidisciplinaria de Infertilidad a nivel hospitalario: A este nivel se profundizan los estudios para diagnóstico

¹⁹ Vid. Ley No. 116/2013 Código de Trabajo en GO Extraordinaria No. 29 de 17/6/2014.

²⁰ Vid. Decreto No. 326/2014 Reglamento del Código de Trabajo en GO Extraordinaria No. 29 de 17/-6/2014.

²¹ Vid. Artículo 2 inciso i del Código de Trabajo.

del nivel primario. Se proyecta que en cada Provincia será creado un Centro de Reproducción Asistida de Baja Tecnología (RABT), que estará ubicado en un Hospital General o Gineco-obstétrico.

3. Nivel terciario o Servicios de Infertilidad: correspondiente a los Centros de Reproducción de Alta Tecnología (RAAT) de alta tecnología, como el hospital Holguinero Vladimir I. Lenin, Gustavo Aldereguía Lima, en Cienfuegos, y los centros capitalinos Ramón González Coro, América Arias, Hermanos Ameijeiras. Sólo en ese nivel pueden aplicarse soluciones avanzadas como la fertilización *in vitro* (FIV), la inclusión citoplasmática (ICSI), el abordaje quirúrgico por factor masculino severo y la donación de óvulos (ovodonación). A este nivel se reanaliza cada caso, a las parejas que lo requieran se les realizarán los estudios necesarios para confirmar o completar el diagnóstico y tratamiento (por ejemplo, estudio de posibles causas inmunológicas).

6. Elementos fundamentales de su regulación en Cuba. Desafíos para una sociedad heterogénea

Se considera que el vínculo que engendra la filiación genera una serie de efectos que irradian todo el campo del Derecho, desde la determinación de los apellidos, los derechos asociados al *status* de ciudadano, la obligación de los padres de proveer el adecuado desarrollo de los menores, proporcionar alimentos hasta los derechos sucesorios. Actualmente la maternidad y la paternidad no siempre devienen del hecho biológico de la procreación²². Por ello existen padres y madres también por adopción o por utilización de TRHA. Ahora, respecto a la voluntad de determinar quién sea el padre; en las TRHA se sustituye el factor biológico por el volitivo, eligiendo la fuente del material genético determinado por el usuario. Como resultado de esa voluntad se constituyen hoy diferentes tipos de familias: familias homoparentales constituidas por dos padres o por dos madres; familias

²² ZALDÍVAR MARRÓN, S. Presupuestos iusfilosóficos para la regulación de las técnicas de reproducción asistida en Cuba. La Habana: Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Derecho; Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. 2017

monoparentales, familias heterosexuales. Y es esta cosmopolita sociedad lo que impone nuevos retos a la comunidad jurídica, pues todos son seres humanos y les ampara el derecho de fundar una familia. Incluso traspasa las fronteras de las relaciones jurídicas familiares para encontrar su fundamento iusfilosófico en la dignidad del ser humano para determinados tipos de familias. A partir de aquí se provocan problemas en cuanto a la determinación de los vínculos paterno-filiares y de todos los efectos jurídicos que ello provoca. Estos efectos también se trasladan, como se ha explicado, a la esfera laboral.

Al revisar la normativa laboral²³ y la Ley de la Maternidad cubana²⁴, es posible percatarse que existe una protección a la trabajadora en lo concerniente a la maternidad, estas normas jurídicas cumplen con los elementos esenciales de la protección de la maternidad en el trabajo: el empleador debe crear y mantener condiciones de trabajo para la mujer; la trabajadora gestante que por prescripción médica no puede permanecer en el cargo por considerarse perjudicial al embarazo, recibe la protección que establece la legislación de la maternidad; la trabajadora gestante, cualquiera que sea la actividad que realiza, está en la obligación de recesar en sus labores en los términos y condiciones que establece la legislación específica; durante el embarazo y posterior al parto, la trabajadora tiene derecho a disfrutar de licencia retribuida en la forma y cuantía establecidas respecto a la maternidad de la trabajadora para el régimen general o los especiales de seguridad social.

²³ Vid. Capítulo IV del Código de Trabajo (artículos 59-63) y Reglamento del CT, Decreto No.326/2014 (artículos 84-85)

²⁴ Vid. Artículo 6 del Decreto Ley No. 339/2017 que establece que se entiende por:

a) Licencia por maternidad pre y posnatal: es la suspensión de la relación de trabajo de la madre con carácter obligatorio, para garantizar su descanso ante la proximidad del parto, así como para su recuperación posterior y la atención del menor; es retribuida o no, en correspondencia con el cumplimiento de los requisitos establecidos en este Decreto Ley; comprende las seis (6) semanas anteriores al parto y las doce (12) posteriores a este;

b) prestación económica: es la cuantía que percibe la madre durante el período de licencia retribuida por maternidad pre y posnatal;

c) prestación social: es la cuantía que se otorga a la madre, padre o familiar a quien se encargue el cuidado del menor al vencimiento de la licencia postnatal y hasta que este arribe a su primer año de vida. Las cuantías de estas prestaciones mensuales no pueden ser inferiores al salario mínimo vigente en el país; de ser así, se elevan hasta dicha cuantía.

Sin embargo, en las normativas nada se refiere sobre la protección a las trabajadoras que no pueden tener hijos espontáneamente y deben recurrir a los procedimientos requeridos para lograr este fin²⁵, y que deben ausentarse por estas razones de su centro laboral, y como toda problemática social a la que el Estado dedica especial atención, la implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida en Cuba requiere de un mecanismo de tratamiento legislativo e institucional, que lo organice y haga efectivo.

En virtud de la utilización de las TRHA debemos ampliar la concepción tradicional sobre la maternidad y la filiación con el objetivo de proteger los derechos reproductivos y sexuales garantizando el libre desarrollo de la personalidad humana. Por ello se debe reconocer y respetar la voluntad de cada ser humano de procrear mediando o no las TRHA. No solo como alternativa a la infertilidad o la esterilidad sino también producto a condicionamientos personales y sociales como: el desarrollo profesional, la decisión de fundar familias monoparentales y homoparentales, enfermedades de transmisión sexual, cáncer, entre otras.

En el ámbito laboral no se debe obviar la finalidad tuitiva y protectora de esta rama del Derecho como principio general que lo informa. Por tanto, la normativa debe interpretarse en plena correspondencia con este principio y los derechos fundamentales reconocidos pues la Constitución es fuente formal del Derecho del Trabajo. En el caso de la Constitución cubana se evidencia un reflejo de los derechos reproductivos y sexuales y la obligación estatal de garantizarlos. Por ello se deben crear mecanismos jurídicos-laborales que evidencien como se reconoce, se promueve, garantiza y respeta los preceptos constitucionales. Debe ser protegida la mujer trabajadora en el proceso de preconcepción sobre la base de la reproducción

²⁵ No existe una disposición normativa con rango de Ley que se haya dedicado a la materia en cuestión. Existe una resolución del Ministerio de Salud Pública, la N°61/2014, que regula el procedimiento excepcional para la aplicación de la ovodonación, reconociendo a la misma como una técnica de reproducción asistida de alta complejidad. La misma, establece una definición del procedimiento en la que incluye la calificación del tratamiento como una técnica excepcionalísima, donde la donante para el procedimiento puede ser familiar o anónima y la paciente receptora debe estar integrada al servicio de Reproducción Asistida del Sistema Nacional de Salud.

artificial ya que en virtud de la regulación existente no hay manifestación efectiva.

Una alternativa podría ser extender el alcance de protección de la Ley de Maternidad con la que contamos en aras de ofrecer resguardo a los derechos laborales ya reconocidos durante el proceso de aplicación de las TRHA. Nos referimos específicamente a percibir una remuneración económica durante el tiempo en que encuentra sometida a estos procedimientos médicos, a exceptuarse por motivos justificados a la jornada laboral sin afectaciones del salario ni que conlleven a una culminación de su contrato de trabajo que lesionen el derecho al trabajo como derecho constitucional. Ello posibilita que se cumpla con los indicadores que garanticen el empleo digno, no solo desde normativas jurídicas, sino desde políticas públicas eficientes en la materia que garanticen el correcto funcionamiento de instituciones y la concientización de empleadores.

También se puede ofrecer una reinterpretación de las licencias retribuidas por maternidad (específicamente las pre natales), y sustentando esta posibilidad, no en el hecho de encontrarse ya la trabajadora en el período gestacional, sino en la intención de materializar ese deseo. Debe, por tanto, la licencia anticiparse al embarazo y otorgarse cuando la persona informa a su empleador que se someterá de manera individual o junto a su pareja si la tiene a un tratamiento de infertilidad. También deben involucrarse valores tales como la solidaridad y la comprensión hacia la trabajadora o el trabajador pues estos procesos tienen costes físicos, emocionales y económicos como la decepción, la incertidumbre, la depresión ante no lograr el objetivo; todo lo cual puede provocar un bajo rendimiento en cuanto a las obligaciones laborales, de ahí que sea tan importante el pensar en una licencia preconcepción.

Resulta fundamental asimilar los cambios que se están produciendo en la percepción social de los roles de los progenitores, así como los estereotipos predominantes. Por ello debemos hablar de las licencias de paternidad pues las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan tanto a los hombres como a las mujeres. Si bien en nuestro país

se hace alusión a las licencias no retribuidas a los padres, no se refiere tampoco al período preconcepción mediante la reproducción artificial.

Ante todo, se deben prevenir y eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres con responsabilidades familiares derivadas de la necesidad personal de concebir artificialmente, y protegerlos en su relación de trabajo ante las arbitrariedades que puedan generarse. La falta de garantías formales de estos derechos podría provocar situaciones de indefensión hacia los trabajadores de cara a los poderes de dirección y control del empleador. Al no establecerse en ley y ante la necesidad práctica de ausentarse, llegar tarde, requerir tratamiento durante el proceso de utilización de estas técnicas pueden provocarse situaciones injustas que se consideran legales. Se considera primordial crear una cultura favorable en el lugar de trabajo y que los procesos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida se inserten en la dinámica laboral poniendo a disposición de los trabajadores opciones de conciliación de su empleo con el deseo de ser padres o madres. Sobre todo, que estas opciones se positiven y se conviertan entonces en garantías de los derechos de los trabajadores, que funcionen como armas de defensa.

7. Conclusiones

Los avances científicos influyen en gran medida en las relaciones jurídicas laborales por lo que se hace necesario la adecuación de los preceptos legales a los nuevos cambios que impone la Ciencia, la Medicina y la Tecnología. Las TRHA son una evidencia fehaciente de esta realidad. Resulta evidente a partir de la normativa internacional relacionada con la TRHA que se hace necesario las limitaciones a la reproducción artificial en aras de evitar la comercialización de material genético con fines lucrativos.

Además, se debe adecuar la concepción que existe sobre la maternidad en Cuba a la alternativa de procreación con la que contamos por medio de las TRHA, en aras de proteger la salud reproductiva y el desarrollo integral de los trabajadores.

En el ámbito laboral se considera inminente la correcta regulación jurídica de estos procedimientos para evitar actuaciones arbitrarias del empleador que lesionen los derechos laborales y reproductivos de los trabajadores; ofrecer alternativas de licencias, no afectar económicamente al trabajador durante el proceso de procreación artificial. En Cuba a pesar de existir programas y políticas públicas en aras de proteger a la pareja infértil no contamos con una normativa jurídica laboral que protejan estas prácticas de preconcepción lo cual desampara al trabajador ubicándolo en un estado de indefensión.

Bibliografía

- ARÁMBULA REYES, A. (2018). Maternidad subrogada. Centro de Documentación Información, Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura. México.
- VALDÉS DÍAZ, C. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla No.39 enero-junio. México.
- AA.VV. (2017). “El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Justicia* No. 31, enero-junio.
- GALDOS SILVA, S. (2013). “La Conferencia en el Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos como base para la salud sexual y reproductiva”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* No. 30.
- MCDONALD, E. (2004). A global perspective on infertility: An under recognized public health issue, University Center for International Studies, The University of North Carolina.
- VIAMONTES GUILBEAUX, E. (2007). Derecho Laboral Cubano, Teoría y Legislación, Tomo I. La Habana: Editorial Félix Varela, La Habana.
- ZALDÍVAR MARRÓN, S. (2017). Presupuestos iusfilosóficos para la regulación de las técnicas de reproducción asistida en Cuba. La Habana: Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Derecho; Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Recursos electrónicos

- UNITED NATIONS POPULATION INFORMATION NETWORK (POPIN) (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Disponible en <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>, el 11 de octubre del 2019.

LA SUSPENSION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN TIEMPOS DE LA COVID-19

THE SUSPENSION OF EMPLOYMENT CONTRACTS IN TIMES OF COVID-19

Rafael ALBURQUERQUE

Catedrático Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Santo Domingo y de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana). Doctor Honoris Causa de la Universidad Central del Este (República Dominicana). Miembro de Número y anterior Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ralca@claro.net.do

Fecha de envío: 08/12/2020

Fecha de aceptación: 11/12/2020

LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN TIEMPOS DE LA COVID-19

Rafael ALBURQUERQUE

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: En el presente trabajo se transcribe una ponencia del autor en donde se describen los impactos de la Covid-19 en las relaciones laborales y se centra en el análisis de la suspensión de los contratos de trabajo como medio empleado para sobrevivir ante la pandemia.

Palabras clave: COVID-19 - Pandemia - Suspensión del contrato de trabajo - Hecho del príncipe

Abstract: In this paper, a lecture by the author is transcribed where the impacts of Covid-19 on labor relations are described and focuses on the analysis of the suspension of employment contracts as a means used to survive in the face of the pandemic.

Key words: COVID-19 - Pandemic - Suspension of the employment contract - Act of the prince

La pandemia de la Covid-19 ha impactado drásticamente en lo que hasta ahora había sido nuestro tradicional modo de vida. No es solo que ha mostrado las debilidades de los servicios sanitarios de países industrializados y colapsado muchos de los de los países en vías en desarrollo, que ha vapuleado las economías nacionales y el orden económico internacional y que ha degenerado en graves problemas sociales para los sectores más vulnerables de la sociedad, sino que, además, nos ha obligado a confinarnos, a separarnos de nuestros seres queridos, a evitar darnos las manos y estrechar al amigo en un abrazo, a guardar distancia social y a embozarnos con una mascarilla¹.

La economía se ha descarrilado y la CEPAL nos ofrece datos verdaderamente preocupantes. Se prevé, dice la CEPAL, que la caída del producto interno bruto en América Latina será del 9.1% y que el nivel del PIB per cápita de la región será similar al observado en el 2010; asimismo, estima que aumentará el desempleo, y sus indagaciones le permiten afirmar que la tasa de desocupación regional se ubicará en un 13.5% al cierre del 2020, lo que implicará un número de desocupados de 44.1 millones, esto es, un aumento cercano a 18 millones respecto al nivel de 2019; el número de personas en situación de pobreza incrementará en 45.5 millones, con lo que el total de personas en esa condición pasará de 185.5 millones en 2019 a 230.9 millones en 2020, cifra que representa el 37.3% de la población latinoamericana; y la desigualdad se expandirá hasta alcanzar en algunos países un incremento del 8%, según el índice de Gini.

El panorama no puede ser más sombrío y sus repercusiones en el mundo del trabajo no pueden ser ignoradas, no solo en el ámbito del trabajo asalariado, el regulado tradicionalmente por el Derecho del Trabajo, sino también en el campo del trabajo autónomo, el informal, el de los trabajadores por cuenta propia que en el continente representan más del 51% de la población económicamente activa.

¹ Ponencia presentada en el “Primer Webinar sobre el Impacto del Covid en las Relaciones Laborales”, Grupo Latinoamericano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 04.12.2020.

Gérard Lyon-Caen expresaba que no había rama del Derecho más vinculada a la realidad que el Derecho del Trabajo, y esta enseñanza del maestro francés se muestra palmariamente en los difíciles momentos que se viven. Las administraciones del trabajo, los empresarios y las organizaciones sindicales han tenido que dar respuesta a los desafíos que ha representado la pandemia, con empresas cerradas sin poder funcionar y trabajadores que de súbito han tenido que permanecer en sus hogares. Curiosamente, las medidas a las que se ha recurrido no son novedosas, tal vez porque la urgencia reclamaba buscar soluciones inmediatas y no había tiempo para investigaciones y ensayos, premura que ha obligado a los actores sociales y a los poderes públicos a utilizar mecanismos ya conocidos en la órbita de las relaciones entre empresas y trabajadores asalariados.

De uno de los recursos empleados nos hablará el profesor Hugo Fábregas Vega en este “redinario”, neologismo con el que identifico a un seminario realizado por la vía de la red. Por tanto, sobre teletrabajo me circunscribo a señalar que venía abriéndose paso progresivamente en la medida que avanzaba la tecnología y mejoraba la conectividad. Su utilización en América Latina y el Caribe no ha sido uniforme, pues su expansión está sujeta al desarrollo experimentado en cada país, pero el fenómeno ha terminado por generalizarse y ya está presente en nuestro diario vivir, aunque muy pocos países sintieron la necesidad de regularlo hasta estos momentos en que nos ha golpeado la pandemia. Precursores han sido Brasil, con su reforma laboral de 2007; Colombia, con una ley especial de 2008, México, que en su reforma a la Ley de Trabajo en el 2015 lo mencionó como una modalidad del trabajo a domicilio; y Chile que lo adoptó formalmente en el 2016. Todos ante la pandemia, pero a partir de este año con el impulso que ha tomado, con la necesidad impostergable de utilizarlo, los países se han visto precisados a reglamentarlo. En el mío, el Ministerio de Trabajo acaba de hacerlo mediante una extensa resolución.

El segundo de los tecnicismos empleados para enfrentar las repercusiones de la pandemia en el mundo del trabajo también es conocido: la tercerización, que, aunque conocida desde los inicios del Derecho del

Trabajo tomó auge con el nuevo modelo de organización y producción que adoptaron las empresas con la finalidad de abaratar costos y poder competir ventajosamente en el escenario de la globalización. Forzadas a cerrar sus puertas o a reducir un personal numeroso, muchos empleadores han recurrido para paliar sus efectos, en aquellas áreas donde es factible hacerlo, a talleres de familia para que estos se ocupen de parte de su producción; a desplazar sus servicios a pequeños establecimientos que se encargan de prestarlos; o sencillamente a derivar su producción en fábricas clandestinas situadas al margen de la ley. Esta última tendencia ha sido tan escandalosa que el presidente de México ha anunciado una ley con el objetivo de prohibir el *outsourcing*, Ecuador y Venezuela lo hicieron en el pasado, pero siempre he creído que la realidad es más tozuda que el Derecho, razón por la cual me parece imposible que esa interdicción pueda tener éxito en la práctica.

El tercer medio empleado para sobrevivir ante la pandemia ha sido el de la suspensión de los efectos del contrato de trabajo, un instituto de vieja data propio de la legislación latinoamericana. Gracias a este instituto el trabajador deja de prestar sus servicios y el empleador de pagar su salario, pero el contrato de trabajo, esto es, el vínculo jurídico que les sirve de nexo se mantiene vigente. Como el contrato no se extingue, el trabajador conserva su empleo y volverá a sus actividades tan pronto cesa la causa que motiva la suspensión. Por consiguiente, como no se ha afectado la existencia misma del contrato, el tiempo de la duración de la suspensión se computará en la determinación de la antigüedad del trabajador. Se diría que el contrato se preserva en estado latente, desprovisto de sus principales obligaciones, aunque nada impide que el trabajador pueda extinguirlo sin causa, ejerciendo su derecho fundamental a la libertad de trabajo.

Algunos autores han criticado al instituto con el argumento de que privar al trabajador de su salario por una causa que tiene su origen en la empresa o en la persona del empleador es hacer recaer sobre aquel los riesgos que son propios de un negocio. En efecto, generalmente las causas que justifican la suspensión son el caso fortuito o de fuerza mayor que afecta la empresa y le impide funcionar transitoriamente o las dificultades

económicas por las que atraviesa, como la falta o insuficiencia de materia prima, falta de fondos para mantener la normalidad de sus labores, exceso de producción con relación a las condiciones del mercado o la incosteabilidad, todas contingencias derivadas de la explotación que no deberían ser trasvasadas a la persona del trabajador, quien no es socio de la empresa. El razonamiento no deja de tener su rasgo de validez, pero en la práctica los sindicatos y los trabajadores no han sido opuestos al instituto, que puede beneficiarlos cuando su causa se origina en un hecho inherente a su persona. En efecto si este contrae una enfermedad contagiosa o una que sin serlo le impida asistir al trabajo, si sufre un accidente de trabajo que le incapacita para sus labores, si debe cumplir obligaciones legales que lo fuercen a ausentarse de la empresa o si es detenido o sometido a prisión preventiva preservará su empleo, aunque su contrato quede suspendido. Incluso, en algunas legislaciones como la dominicana, el trabajador percibirá su salario en caso de enfermedad o accidente trabajo cuando su empleador no ha cumplido con sus obligaciones ante la seguridad social o cuando su prisión preventiva es causada por una denuncia de su empleador o por un hecho no intencional ocurrido durante el ejercicio de sus funciones o en defensa de su empleador.

Esta realidad ha permitido el funcionamiento del instituto sin mayores contratiempos y a él se ha recurrido de inmediato tan pronto la pandemia comenzó a golpear sobre las empresas y afectar su normal desenvolvimiento. No obstante, debido a la magnitud de lo sucedido tres singularidades pudieron observarse en su aplicación.

En primer término, como un medio de evitar posibles abusos en su ejercicio, la suspensión motivada por una causa propia de la empresa o de la persona del empleador está sometida en todas las legislaciones del Continente al cumplimiento de determinadas formalidades. El empleador que decida acogerse a una suspensión debe notificar su decisión a las autoridades administrativas del trabajo y estas procederán en lo inmediato o en un plazo muy breve a realizar las investigaciones pertinentes para determinar si procede. Solo después de esta investigación a cargo de la

inspección de trabajo las autoridades competentes dictarán la resolución correspondiente autorizando o rechazando la suspensión. Las autoridades podrán cumplir con su obligación en una época normal en que reciben la suspensión de un número limitado de empresas; incluso en un caso de fuerza mayor, como un huracán que azota una determinada región, en que puede verse afectado un número importante de establecimientos, se podrá responder con una mayor celeridad en la investigación y el involucramiento de un número superior de funcionarios. En el tema que tratamos la situación desbordó a las autoridades, pues la pandemia se propagó en un tiempo muy breve sobre el territorio nacional y de súbito todo el parque empresarial solicitaba al poder público la suspensión de los contratos. Examinar cada caso en particular, como lo dispone la ley, hubiera sido materialmente imposible si se quería actuar dentro de la legalidad, y ante la magnitud de la situación generada la inspección del trabajo de diferentes países del Continente optó por emitir una resolución de naturaleza común por la cual declaraba la suspensión de los contratos de trabajo de todas las empresas que lo habían solicitado. La sola solicitud fue suficiente para la autorización, proceder que no debería ser condenado debido a la situación excepcional por la que se atravesaba.

En segundo lugar, podría pensarse que por tratarse de una pandemia la suspensión estaría basada en la enfermedad contagiosa contraída por el trabajador. Es factible que en los inicios algunos trabajadores hayan notificado a sus empleadores estar enfermos e imposibilitados de asistir a la empresa, comunicación que por su sola recepción provocaba de pleno derecho la suspensión de su contrato, pero desde que la pandemia alcanzó un determinado territorio o arropó la geografía nacional las empresas debieron cesar su producción u ofrecer sus servicios por el cierre y el confinamiento dispuestos por el poder público. En otras palabras, una enfermedad, como es la COVID-19 no es la causa de la suspensión de los contratos de trabajo, sino el *hecho del príncipe*, la orden gubernamental, que de una manera inmediata y directa impide la ejecución de la faena, configurando así un caso de fuerza mayor, caracterizado como un riesgo

imprevisible e inevitable. Cuando se la analiza desde esta óptica se entiende la decisión de las autoridades administrativas del trabajo de autorizar la suspensión en forma colectiva y sin necesidad de una previa investigación.

Por último, la prolongación de la pandemia, con sus brotes y rebrotes ha incidido también en una aplicación particular en cuanto al tiempo de duración de la suspensión. En principio, la suspensión debe cesar cuando desaparece la causa que la ha generado, pero en algunas legislaciones se fija un término, como un modo de transparentar su transitoriedad. Esta es la naturaleza intrínseca de la suspensión, ya sea que tenga su origen en un hecho del empleador como en uno del trabajador. La enfermedad o el accidente de trabajo serán causas de suspensión si persisten por un determinado lapso, pero si aquella se prolonga por más de un cierto tiempo, fijado por la ley o si la incapacidad producto del accidente es calificada como permanente, en vez de suspenderse el contrato se dispone *ipso jure* su terminación debido a su imposibilidad de ejecución. Igualmente, la suspensión causada por un hecho de la empresa o de la persona del empleador cesará cuando ha desaparecido su causa, pero en aquellas legislaciones que han fijado un término deberá levantarse cuando este se cumpla, a menos que la autoridad de trabajo la prorrogue, sin que en ningún caso la duración máxima de la suspensión pueda exceder del tiempo fijado por la ley en un período de doce meses. Pues bien, a pesar de este límite, las autoridades administrativas del trabajo han tenido que rendirse ante la realidad y prorrogar la suspensión debido a la prolongación de la pandemia.

Estas consideraciones que he intentado exponer en el tiempo que me han concedido los organizadores del evento muestran claramente que nuestra disciplina ha podido responder y adaptarse con sus propios institutos a la anormalidad provocada por la crisis. El Derecho del Trabajo presenta así un carácter dúctil que le permite moldear sus respuestas ante la diversidad y el desarrollo del mercado de trabajo. Desde luego, hay aspectos de este que escapan a la esfera de su influencia y en esta pandemia se ha podido apreciar la extensión y amplitud de sus repercusiones.

En efecto, debido al cierre de las empresas y a la suspensión de los contratos de trabajo la seguridad social ha resultado afectada, pues empleadores y trabajadores han dejado de abonar sus cotizaciones mensuales. La sostenibilidad financiera del sistema se ha resentido, y ha comenzado a agravarse cuando ante las presiones de los afectados han debido continuar prestando los servicios de salud y pagando los subsidios, aunque se haya sobrepasado el plazo fijado por la ley para cumplir con estas obligaciones en el caso de trabajadores que han dejado de percibir sus salarios.

Asimismo, como las suspensiones han tenido que mantenerse por un largo período los gobiernos se han visto forzados a establecer programas de asistencia para proteger a los trabajadores afectados. En casi todos los países se han creado programas para ofrecer una ayuda básica, aunque inferior al salario mínimo de ley o para subvencionar a las empresas que han podido mantener su funcionamiento, pero con una reducción de su personal.

De igual modo, en el ámbito del sector no estructurado de la economía se han debido crear programas de protección social, como la fijación de una renta básica, modelos de transferencias condicionadas y de subsidios focalizados a favor de los sectores más vulnerables de la población.

Desde luego, tampoco han faltado las voces que aprovechan la severidad de la pandemia para reclamar la reducción del Derecho de Trabajo, para exigir una liberación de los mercados, sin regulaciones, como el mejor remedio para poder restaurar la maltrecha economía en que nos ha asumido la COVID-19. A nosotros, los estudiosos del Derecho del Trabajo nos corresponde levantar una vez más nuestras voces para recordar que el trabajo no es una mercancía.

**LA PANDEMIA DE COVID-19 Y SU REFLEJO SOBRE LAS
RELACIONES SOCIALES: CAMINOS HACIA LA EFICACIA DE
LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES**

**THE COVID-19 PANDEMIC AND ITS REFLECTION ON SOCIAL
RELATIONS: ROADS TOWARDS THE EFFECTIVENESS OF
WORKERS' HUMAN RIGHTS**

Luciana DE ABOIM MACHADO

Post-Doctorado en Derecho Constitucional, Universidad Federal de Bahía (Brasil) y Universidad degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara (Italia). Doctor en Derecho Laboral, Universidad de Sao Paulo (Brasil). Máster en Derecho Laboral, especialista en Derecho Laboral y Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo (Brasil). Profesor Asociado y Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Federal de Sergipe (Brasil).

lucianags.adv@uol.com.br

Fecha de envío: 25/08/2020

Fecha de aceptación: 15/09/2020

LA PANDEMIA DE COVID-19 Y SU REFLEJO SOBRE LAS RELACIONES SOCIALES: CAMINOS HACIA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES

Luciana DE ABOIM MACHADO

Universidad Federal de Sergipe (Brasil)

Resumen: La pandemia COVID-19 que aflige a los países de todo el mundo ha afectado las relaciones laborales, particularmente en Brasil, donde hay tasas significativas de desigualdades sociales, creando abismos entre las personas y obstáculos a la realización de los derechos humanos, particularmente ante la precariedad laboral. Por lo tanto, es fundamental buscar formas de resolver problemas que afectan a varias naciones del mundo en una sociedad transnacional en la que las fronteras son cada vez más estrechas y hoy hablamos en un mundo digital.

Palabras clave: Derecho Laboral - Organización Internacional del Trabajo - Sociedad Transnacional

Sumario: 1. Introducción. 2. Los efectos del Covid-19 en las relaciones laborales desde una perspectiva internacional. 3. Nuevas reglas laborales para el enfrentamiento del Covid-19: medidas provisorias nº 927, 936 y otras medidas. 4. Conclusión.

Abstract: The COVID-19 pandemic that afflicts countries around the world has affected labor relations, particularly in Brazil, where there are significant levels of social inequality, creating gaps between people and obstacles to the realization of human rights, especially in the face of precariousness. at work. Therefore, it is essential to seek ways to resolve issues that affect various nations of the globe

in a transnational society in which the borders are increasingly narrower and, today, we speak in a digital world.

Key words: Labor Law - International Labor Organization - Transnational Society

Summary: 1. Introduction. 2. The effects of Covid-19 on labor relations from an international perspective. 3. New labor rules to deal with Covid-19: provisional measures No. 927, 936 and other measures. 4. Conclusion.

1. Introducción

Más de cuatro meses después de la declaración de la Organización Mundial de la Salud de una pandemia mundial como resultado del COVID-19¹, es imperativo observar ya los impactos en las relaciones laborales de todo el mundo y, en particular, en Brasil.

La pandemia ha convertido al Derecho Laboral en el protagonista de las discusiones, ya que el impacto en la economía y la demanda de los consumidores, generan repercusiones directas e inmediatas en las relaciones laborales.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las medidas adoptadas por el Gobierno brasileño durante este período de pandemia y que están relacionadas con el derecho laboral, así como determinar si surten el efecto propagado de reducir los impactos negativos en este ámbito. Además, investigar si existe una manera de conciliar la lucha contra las medidas eficaces adoptadas para preservar la salud pública (como el aislamiento social), con el mantenimiento del empleo y la garantía de medios de vida decentes para los trabajadores.

Estas cuestiones han sido planteadas principalmente por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha unido fuerzas con las Naciones Unidas (ONU) y otras entidades internacionales para buscar soluciones al problema presentado.

En este artículo primero analizaremos qué y cómo vienen recomendando las entidades internacionales sobre el tema. A continuación, pasaremos al análisis desde una perspectiva nacional con miras a las medidas que se están adoptando actualmente para las relaciones laborales y en qué medida las normas implementadas, como un “Derecho Laboral de Emergencia”, observan el principio de la dignidad del trabajador, epicentro de nuestro ordenamiento jurídico que guía el equilibrio de los derechos humanos en la sociedad transnacional.

¹ Pandemic fue declarada el 11/03/2020, según las noticias extraídas del sitio web de la ONU: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>.

2. Los efectos del Covid-19 en las relaciones laborales desde una perspectiva internacional

En consonancia con los efectos perjudiciales de la pandemia sobre las naciones, la OIT anunció el 18/03/2020² que el número de desempleados en todo el mundo puede aumentar en 24,7 millones, en el peor escenario. En un escenario más favorable, la entidad estima un aumento de 5,3 millones, lo que también es preocupante.

La Agencia Nacional de Estadísticas de China, por ejemplo, publicó investigaciones que mostraban la reducción del valor industrial de las empresas chinas en un 13,5% en los dos primeros meses de 2020³.

La OIT señala que la pandemia tiene la particularidad de afectar no sólo la oferta de servicios, con la imposición de aislamientos sociales en todo el mundo, sino también la demanda, ya que reduce el consumo de numerosos bienes y servicios, así como las inversiones, que afectan inicialmente a Asia, donde comenzó la crisis, extendiéndose por todo el planeta a gran escala.

La OIT ha hecho especial hincapié en el rápido deterioro del número de puestos de trabajo y en la calidad de éstos, ante la recesión económica que ahora existe.

Ello se debe a que, además del propio desempleo, el subempleo también aparece con especial énfasis, ya que la reducción del empleo y de los salarios es una consecuencia esperada de la crisis económica. Además, el trabajo autónomo no encontrará el mismo espacio para aumentar y, por lo tanto, no podrá ser un medio para detener la crisis laboral.

Además, con la restricción a la movilidad impuesta como medida de contención de la curva de crecimiento de la contaminación por COVID-19, se fortalece el mundo digital, lo que, por un lado (aspecto positivo), aproxima

² El Estudio puede ser encontrado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf.

³ La investigación puede ser encontrada en: http://www.stats.gov.cn/english/PressRelease/202003/t20200316_1732244.html.

a las personas geográficamente separadas, reduciendo los sentimientos negativos del distanciamiento social, pero, por el otro, intensifica la jornada de trabajo ejercida en un sistema de "home office", dificultando el derecho a la desconexión. Pasa a existir una nueva realidad en las relaciones laborales, que se deslizará hacia el futuro del trabajo.

El impacto será más fuerte con grupos vulnerables como los trabajadores de menor rango en la jerarquía de los puestos de trabajo, las mujeres, los mayores y los más jóvenes e inexperientes.

Estos efectos llegan con mayor vehemencia en América Latina, ya que presenta un gran número de trabajadores desprotegidos y precarios.

En opinión del Director Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, Vinícius Pinheiro⁴:

“Las previsiones de empleo en América Latina no eran buenas y, tras la llegada de la pandemia COVID-19, son peores. Enfrentamos una emergencia que está infectando al mundo del trabajo y ahora es una prioridad actuar eficazmente para reducir las consecuencias en los mercados laborales de la región”.

Otro efecto nocivo esperado con la pandemia, según el estudio de la OIT, es el aumento de la pobreza entre 8,8 millones y 35 millones de seres humanos, mientras que las perspectivas eran de una disminución para el año 2020.

La propuesta de la entidad es que haya una rápida acción política coordinada a nivel nacional y en todo el mundo, para garantizar la desaceleración de los impactos en el trabajo, tal como se llevó a cabo en la última crisis económica importante de 2008/2009.

Se debe resaltar, sin embargo, que la mayor prioridad siempre ha de ser la preservación de vidas dignas que jamás deberían ser sustituidas en beneficio de la economía. Es oportuno recordar, entre tanto, que constituye un fundamento de la República Federativa del Brasil, expresado en la primera de la Constitución Federal, el valor social del trabajo y la iniciativa

⁴ PINHEIRO, Vinicius. América Latina e o emprego nos tempos de pandemia. 27 mar. 2020. Disponible en: http://ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740030/lang--pt/index.htm?shared_from=shr-tls. Acceso en: 23 mayo. 2020.

libre, para que el valor social no sólo llegue al trabajo, sino también a la economía que debe desarrollarse de manera sustentable.

Por lo tanto, la búsqueda de la reducción de los efectos nocivos de este virus en las relaciones laborales, debe constituir una agenda de debates políticos y académicos desde una perspectiva global, incluso con miras a proteger las nuevas formas de trabajo resultantes de los avances tecnológicos, que se han intensificado en el contexto actual de la sociedad transnacional.

En este sentido, Guy Ryder⁵, Director General de la Organización Internacional del Trabajo adujo que:

“Las dimensiones humanas de la pandemia COVID-19 superan con creces el alcance de la respuesta sanitaria crítica. Todos los aspectos de nuestro futuro se verán afectados— económicos, sociales y de desarrollo. Nuestra respuesta debe ser urgente, coordinada y a escala mundial y debe proporcionar ayuda inmediata a los más necesitados”.

Por lo tanto, la OIT esgrime que se adopten medidas urgentes en una dimensión global para proteger a los trabajadores y estimular la economía junto con el empleo, garantizando nuevos puestos de trabajo e ingresos.

Para la concreción de esas medidas básicas recomendadas por la OIT, es esencial ampliar la protección social del trabajador, en cualquier lugar donde realice su trabajo, así como en cualquier forma de prestación laboral.

Del mismo modo, es necesario otorgar beneficios fiscales y financieros, especialmente en lo que respecta a las micro, pequeñas y medianas empresas, así como la acción conjunta de las organizaciones internacionales en la lucha contra el "dumping social", utilizando, entre otros, el "compliance laboral", las "cláusulas sociales" en los acuerdos y "etiquetas sociales".

Se observa que el número de trabajos informales está aumentando. En un llamamiento de apoyo a esta situación, el Consejo de Sindicatos

⁵ COVID-19 PÔS EM EVIDÊNCIA A FRAGILIDADE DE NOSSAS ECONOMIAS. Organização das Nações Unidas. 01 abr. 2020. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-pos-em-evidencia-a-fragilidade-de-nossas-economias/> Acceso en: 10 mayo 2020.

Mundiales emitió una declaración en la que aboga por la urgente necesidad de la aplicación de las opciones de acogida y la preservación de los ingresos de los trabajadores más desprotegidos. Véase⁶:

“Los trabajadores están a la vanguardia de los impactos económicos, sociales y sanitarios causados por el coronavirus COVID-19. Si no se los protege, aumentará la propagación de la enfermedad. Deberían establecerse disposiciones especiales para prorrogar inmediatamente los derechos de licencia por enfermedad retribuidos a los trabajadores que no los tienen, así como mejorar las licencias por enfermedad y garantizar condiciones y acuerdos de trabajo que mantengan su protección”.

La expansión de las hipótesis de protección es, por lo tanto, una medida urgente para garantizar la supervivencia mínimamente digna de los trabajadores que no están en vínculos formales y estables. Como aduce Guy Ryder⁷:

“Debido a que no tienen derecho a una licencia por enfermedad pagada, muchos proveedores de servicios de automóviles y de entrega, las personas de las que todos dependemos ahora, están constantemente bajo presión para seguir trabajando, incluso si se encuentran enfermas”.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet⁸, dejó en claro la necesidad de adoptar medidas para contener el contagio del virus, pero también de la principal preocupación por la profundización de las desigualdades sociales que pueden ser causadas por la crisis. Véase:

“Como médico, entiendo la necesidad de implementar una serie de medidas para combatir el COVID-19 y, como Jefe de Estado, entiendo que a menudo es difícil equilibrar las difíciles decisiones que se deben tomar (...).

⁶ Nota Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2020/03/sindicatos-estado-crise-coronavirus/>.

⁷ COVID-19 DESTACÓ LA FRAGILIDAD DE NUESTRAS ECONOMÍAS. Naciones Unidas. 01 de abril de 2020. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-pos-em-evidencia-a-fragilidade-de-nossas-economias/> Acceso: 10 de mayo. 2020.

⁸ CORONAVIRUS: LA RESPUESTA DEBE BASARSE INTEGRALMENTE EN LOS DERECHOS HUMANOS, AFIRMA BACHELET. Naciones Unidas. 6 de marzo 2020. Disponible en: <https://acnudh.org/coronavirus-la-respuesta-debe-basarse-integramente-en-los-derechos-humanos-afirma-bachelet/>. Consultado: 20 de mayo 2020.

Pero nuestros esfuerzos para luchar contra el virus no serán recompensados a menos que apliquemos un enfoque holístico, lo que significa que debemos proteger cuidadosamente a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, tanto desde el punto de vista médico como económico”.

Bachelet sostiene que los derechos humanos son la dirección necesaria para los Jefes de Estado. La construcción de caminos, destinados principalmente a remediar los impactos del COVID-19 en las relaciones sociales, debe realizarse a través de instituciones internacionales, mediante tratados y el uso de "power embarrass", entre otras medidas para la eficacia social de los derechos humanos para hacer frente a condiciones de vida precarias.

Por lo tanto, las medidas que deben adoptar los gobiernos de todo el planeta han de priorizar principalmente la subsistencia digna del ser humano, en especial de aquellos que ya se encuentran en una situación más vulnerable.

Por cierto, el Consejo de Sindicatos Mundiales observa que:

“Ampliar inmediatamente los subsidios pagados por licencia por enfermedad, mantener los ingresos y extender la protección a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores formales, de aplicaciones, precarios e informales, independientemente de su situación laboral;

Promulgar paquetes de estímulo con gasto estatal destinados a mantener el empleo y la economía, proteger los salarios, el bienestar de los trabajadores y las pequeñas y medianas empresas (PYMES); y

Cooperar y comprometerse con las instituciones multilaterales y aumentar la ayuda a los países con menores capacidades para responder a las amenazas planteadas por COVID-19 y garantizar que las instituciones financieras multilaterales evalúen las necesidades nacionales y respondan adecuadamente”⁹.

⁹ MAMACENA, Joshua. Sindicatos de todo o mundo pedem ação do Estado contra a crise e soluções negociadas. 21 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2020/03/sindicatos-estado-crise-coronavirus/> Consultado: 30/05/2020.

Siguiendo la misma dirección, el Fondo Monetario Internacional publicó un artículo de Georgieva y Ghebreyesus¹⁰, señalando que había un falso dilema constantemente planteado durante esta crisis entre “salvar vidas” o “salvar empleos”.

Cuestionando este dilema comúnmente planteado en los últimos días, los autores sostienen que la posición de la Organización Mundial de la Salud es apoyada por el propio FMI, es decir, que habría una necesidad primaria de proteger la salud de las personas. La prioridad debe ser siempre que la vida de las personas se ejerza con dignidad, de modo que la protección de la salud pública se asocie a la necesidad de reanudar el crecimiento de la economía. Es importante recordar la interdependencia de los derechos humanos, a fin de buscar siempre caminos que conduzcan a su máxima eficacia social.

La crisis económica ya ha llevado a 85 países -dicen los autores- a pedir préstamos al FMI, que, según la institución, sería un número récord en sus 75 años de historia. A continuación, la entidad hace un llamamiento para que los valores encausados se inviertan principalmente en la garantía de salud pública para las personas, con la inversión en el fortalecimiento de los sistemas de salud en todo el mundo:

“Dado que la financiación para apoyar los presupuestos públicos severamente limitados llega a los países necesitados, nuestro llamamiento conjunto es que los gastos sanitarios se pongan en la parte superior de la lista de prioridades. Pagar salarios a médicos y enfermeras, apoyar hospitales y salas de emergencia, establecer clínicas de campo improvisadas, comprar equipo de protección y equipo médico esencial, llevar a cabo campañas de concientización pública sobre medidas simples como el lavado de manos, estas son inversiones críticas para proteger a las personas contra la pandemia”¹¹.

¹⁰ <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/03/vs-some-say-there-is-a-trade-off-save-lives-or-save-jobs-this-is-a-false-dilemma>.

¹¹ En libre traducción: “À medida que os recursos começam a chegar para reforçar orçamentos severamente pressionados nos países mais necessitados, nosso apelo conjunto é para que a saúde esteja no topo da lista de prioridades. Pagar salários de médicos e enfermeiros, apoiar hospitais e prontos-socorros, montar hospitais de campanha, comprar equipamentos de proteção

Además, cabe destacar que las medidas económicas deben complementar los gastos necesarios para mejorar la atención de las personas en los hospitales y los programas de transferencia de ingresos, con subsidios gubernamentales para garantizar una vida digna.

Mike Davis (2020) señaló de modo pertinente, que el brote expone instantáneamente la división de las clases en salud, mientras que aquellos que tienen una condición financiera cómoda que les permite tanto el acceso a planes de salud estructurados, como el mantenimiento del aislamiento social sin pérdida de ingresos, son precisamente quienes se verán menos afectados al lograr la restricción de cuarentena. Si bien la gran masa de trabajadores, que ya reciben salarios bajos, no podrán mantenerse alejados del trabajo presencial y estarán sujetos a la salud pública.

El autor sugiere entonces una inversión mundial en cobertura sanitaria universal y la concesión por parte de los gobiernos de todo el mundo de licencias pagadas. Por lo tanto, es urgente la solidaridad internacional para apoyar a los grupos económicamente más vulnerables a fin de garantizar una atención sanitaria y alimentaria mínima.

3. Nuevas reglas laborales para el enfrentamiento del Covid-19: medidas provisionales nº 927, 936 y otras medidas

En este momento de crisis social y económica, en la que la reducción estimada del Producto Interior Bruto de Brasil es del 5%¹², la tasa de desempleo en el primer trimestre alcanza un nivel del 12,6%¹³, el Gobierno toma medidas para flexibilizar la legislación laboral con el fin de minimizar los efectos perjudiciales de la pandemia.

e suprimentos médicos essenciais, realizar campanhas de conscientização do público sobre medidas simples como lavar as mãos – são todos investimentos fundamentais para proteger as pessoas contra a pandemia.”.

¹² Estimativo divulgado por el Banco Mundial, conforme noticia encontrada em el sitio electrónico: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/12/interna_internacional,1137890/banco-mundial-diz-que-pib-do-brasil-caira-5-em-2020-devido-a-covid-19.shtml.

¹³ De acuerdo con la “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua” (PNAD Contínua) divulgada por IBGE en el sitio electrónico: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?t=resultados>.

El Decreto Legislativo No 6 de 03/20/2020, reconoció el estado de calamidad pública en Brasil debido a la emergencia pandémica que afecta a la salud pública, seguida de medidas provisionales y determinación de acciones para combatir la crisis en todo el país. Lo que se ha notado en Brasil, sin embargo, es que incluso con el intento de los Estados y Municipios de promover una cuarentena con aislamiento social y cierre de actividades no esenciales, la población más marginada económicamente sigue siendo obligada a someterse a aglomeraciones, por ejemplo en los transportes públicos¹⁴, para no perder su empleo, postura corroborada con las divergentes orientaciones adoptadas por el poder público y la muy baja fiscalización.

Como ha señalado el mencionado estudio de la OIT, la pandemia y la crisis económica son males que castigarán más desproporcionadamente a ciertos segmentos de la población, aumentando la diferencia social y marginando aún más a los grupos ya vulnerables. La respuesta encontrada por el Gobierno brasileño a las dificultades laborales que atormentan a los ciudadanos, se produjo a través de la Ley No 13.979/2020¹⁵, que se ocupa de las medidas para hacer frente a la emergencia de salud pública que se presenta ante el brote COVID-19, estableciendo medidas para proteger a la comunidad, con indicios de aislamiento y cuarentena para sectores no esenciales de la producción y actividad. Además, advinieron las Medidas Provisionales N° 927 y 936, que analizaremos en este tópico, estableciendo una regulación laboral de la crisis generada por la pandemia.

Antes de entrar en el análisis de las medidas provisionales antes mencionadas, hay que decir que los empleadores brasileños también han adoptado en muchos casos el llamado "teletrabajo", siguiendo el ejemplo del acto GDGSET No 126/2020 del Tribunal Superior de Trabajo que autoriza a

¹⁴ Quienes necesitan viajar en autobuses abarrotados y exponerse a diario para su propia subsistencia se han visto más afectados en su salud, acentuando el abismo de la diferencia social. Este hecho lo demuestran los datos sobre muertes ocurridas en los barrios más periféricos de las grandes capitales brasileñas: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/em-cidades-da-grande-sp-periferias-sao-as-mais-afetadas-por-covid-19.shtml>.

¹⁵ Disponible en el sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm.

los funcionarios y magistrados a producir en “home office”¹⁶ y, en la misma dirección, la Corte Suprema también autorizó medidas de trabajo a distancia¹⁷. Incluso la Justicia de los Estados Unidos ya ha suspendido las actividades presenciales, cancelando audiencias y juicios y adoptando restricciones al acceso a sus instalaciones¹⁸.

Este hecho, desde otra perspectiva, ha demostrado que en muchas situaciones ya no es necesaria la presencia física del trabajador para la producción, lo que genera incluso un ahorro de costes para la empresa.

En defensa del teletrabajo, por lo tanto, aboga Guy Ryder¹⁹:

“El teletrabajo ofrece nuevas oportunidades para que los trabajadores continúen en actividad y los empleadores sigan con los negocios durante la crisis. Sin embargo, los trabajadores deben poder negociar estos acuerdos a fin de mantener el equilibrio con otras responsabilidades, como el cuidado de sus hijos, los enfermos o los ancianos y, por supuesto, de ellos mismos”.

El teletrabajo se presenta como una alternativa recomendada, no sólo para garantizar la eficacia del aislamiento social, sino también para no suspender la producción económica en el país. Fichtner (2020) brega que²⁰:

“En esta línea, la flerte recomendación de la adopción del teletrabajo temporal, se justifica plenamente por la determinación del aislamiento social. Esta medida puede ser adoptada en toda la empresa o sólo en sectores o funciones y actividades que puedan realizarse fácilmente de forma remota desde el entorno empresarial. Deben ser priorizados, además, en la organización del teletrabajo, las personas mayores, los trabajadores con enfermedades respiratorias y con baja inmunidad, que se someten a

¹⁶ El acto puede ser consultado en dirección electrónica: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/169435>.

¹⁷ Resolución puede ser encontrada en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/Resoluc807a771o.pdf>.

¹⁸ Noticia obtenida en: <https://migalhas.com.br/quentes/321579/tribunais-dos-eua-suspendem-atividades-por-conta-do-coronavirus>.

¹⁹ COVID-19 PÓS EM EVIDÊNCIA A FRAGILIDADE DE NOSSAS ECONOMIAS. Organização das Nações Unidas. 01 abr. 2020. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-pos-em-evidencia-a-fragilidade-de-nossas-economias/> Acceso en: 10 mai. 2020.

²⁰ FICHTNER, Priscila Mathias. Impactos do coronavírus nas relações de trabalho. 17 mar. 2020. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321859/impactos-do-coronavirus-nas-relacoes-de-trabalho> Acceso en: 30 mai. 2020.

tratamientos o aquellos que, por recomendación médica, deben evitar el contacto social en esta etapa de la pandemia”.

En cuanto al teletrabajo, la propia OIT ha puesto en marcha una guía²¹ para orientar a empleadores y trabajadores sobre este formato de prestación de servicios que inevitablemente se amplificará a partir de COVID-19.

Según la OIT, la humanidad está entrando en una nueva era de productividad, dadas las medidas de aislamiento social impuestas con cierres de escuelas, cancelaciones de vuelos, prohibición de apertura de tiendas, todo para evitar aglomeraciones de personas y detener la expansión de la contaminación por virus (OIT, 2020, p. 2). La OIT señala que antes de la pandemia sólo una pequeña fracción de los trabajadores trabajaba ocasionalmente desde la casa²², escenario que cambió radicalmente a partir de comienzos del corriente año, tan rápidamente que ni siquiera hizo posible que los empleadores y los empleados se prepararan.

Y hasta que no haya una vacuna o un tratamiento, la OIT considera que el teletrabajo seguirá siendo indispensable para salvar vidas. Sin embargo, la Organización señala (OIT, 2020, p. 4) que la perspectiva es que la expansión del uso del teletrabajo está aquí para quedarse y no retrocederá después de la pandemia, convirtiéndose en parte de la "nueva y mejor normalidad". La propia OIT (2020, p. 5) indica que en un estudio se llegó a la conclusión de que los trabajadores en el hogar tienden a trabajar durante más horas que cuando están físicamente presentes, además de trabajar más por la noche y los fines de semana, lo que no ocurriría si fuera presencial. Este hecho sugiere una preocupación necesaria por la salud física y mental de este trabajador.

Con el fin de disciplinar las relaciones laborales afectadas por el necesario aislamiento social resultante de la pandemia, la Medida Provisional No 927 de 03/22/2020 implementó una pequeña reforma laboral

²¹ La guía puede ser encontrada en el sitio electrónico: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_751232.pdf.

²² Por ejemplo, en Argentina apenas 1.6% de los trabajadores cumplían sus funciones en teletrabajo (OIT 2020, p. 2).

para señalar como posibles soluciones para que las empresas se enfrenten a la crisis de la disminución de la demanda: el teletrabajo, la anticipación de vacaciones individuales, la concesión de vacaciones colectivas, el uso y anticipación de feriados, el banco de horas, la suspensión de exigencias administrativas en seguridad y salud en el trabajo, el direccionamiento del trabajador para su formación y el aplazamiento de la recaudación del Fondo de Garantía de Tiempo de Servicio (FGTS).

Cabe notar que algunas de estas opciones señaladas por la ley, coinciden con las soluciones sugeridas por la propia OIT, incluida la adopción del teletrabajo, por ejemplo. Señala a la Organización²³ que la pandemia que atravesamos no justifica ninguna restricción de los derechos fundamentales del trabajo, debiendo existir un respeto pleno a tales garantías, las cuales son condición previa para el diálogo social eficaz. Tal diálogo, aduce la OIT, solamente puede ser implementado a partir del fortalecimiento de los actores de la relación de trabajo (empleador y trabajador), no sólo en las negociaciones que son de suma importancia, sino también en la amplificación de acuerdos en el mundo pos pandémico, en función del alto nivel de desempleo y pobreza generados.

Por otra parte, en el Brasil, aparecen medidas que se refieren a la salud y la seguridad de los trabajadores en el medio ambiente de trabajo (art. 225, I, CRFB), como la suspensión de los requisitos administrativos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que pueden hacer que el empleado sea aún más vulnerable a los accidentes laborales en un momento de pandemia en el que la capacidad de los hospitales estará colapsada.

La posibilidad de ingreso de un empleado sin la obligación de realizar un examen médico de admisión, puede terminar permitiendo la contratación de personas con enfermedades o discapacidades para ese trabajo y aumentar el número de licencia por enfermedad e indemnizaciones.

²³ Noticia extraída del sitio electrónico: https://www.ilo.org/actrav/events/WCMS_751868/lang--en/index.htm.

Además, el Gobierno no presentó en dicha Medida Provisional ninguna medida que ayude a los empresarios y trabajadores con recursos públicos para contener el peso económico de la crisis

De hecho, estas normas laborales implementadas, ampliaron la tendencia que ya se había observado en Brasil, especialmente con la llamada "Reforma Laboral" (Ley No 13.467/17) de flexibilización de las normas de orden público para la protección de los trabajadores, con autorización de reducción salarial, aun sin autorización de la norma colectiva.

Este tema trae amplias controversias, ya que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estiman como de observación necesaria la imposición constitucional prevista en el art. 7, VI, que garantiza la irreductibilidad salarial del empleado, salvo lo dispuesto en un convenio o acuerdo colectivo.

Otra norma que regulaba las relaciones laborales en el período de aislamiento social, fue la Medida Provisional No 936/2020 de 04/01/2020.

Una nueva forma de flexibilización de la legislación laboral autorizada por la ley y regulada por la MP 936/2020 es la suspensión total o parcial del contrato de trabajo, el llamado "*lay off*"; en estos casos, la remuneración será cubierta en parte por el gobierno de acuerdo con una proporción relacionada con el monto del salario y siempre que se celebre un acuerdo individual entre el empleado y el empleador.

Se plantean cuestionamientos sobre la constitucionalidad en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad de N° 6.377 y 6.380, impugnando las disposiciones de la Medida Provisional No 927/2020 y la Acción Directa de Inconstitucionalidad controvierte normas de la Medida Provisional No 936.

La ADI No. 6.377 tuvo un pedido preliminar denegado el 11 de mayo de 2020²⁴, permaneciendo vigente con su texto promulgado.

La ADI N° 6.380, a la vez, tuvo una medida preliminar juzgada parcialmente como procedente el 15 de mayo de 2020 para suspender la eficacia del art. 29 de la MP N° 927/2020 que apartaba de plano el nexo el

²⁴ Información obtenida en "andamento processual da ADI" directamente en el sitio electrónico del STF: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5890777>.

vínculo epidemiológico de los empleados contaminados por COVID-19 en el trabajo. Ya la ADI No 6.363 está concluida para el juzgamiento con el relator desde el 26 de mayo de 2020²⁵.

Se cuestiona la constitucionalidad de los acuerdos individuales para la suspensión del contrato de trabajo, ya que no cumple con el requisito de una norma colectiva previa prevista en la Constitución.

A este respecto, se dictó un mandamiento judicial el 04 de junio de 2020 en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) No. 6.363, para determinar que los acuerdos individuales para reducir las horas de trabajo y los salarios, e incluso la suspensión temporal del contrato de trabajo durante el período de urgencia previsto en la Medida Provisional No 936/2020, sólo serán válidos si los sindicatos son notificados en un plazo de 10 días y se expresan sobre su validez, ya que afectan las cláusulas de los derechos individuales de los trabajadores, como la irreductibilidad salarial. Sin embargo, el 17 de abril de 2020, la citada medida cautelar no fue respaldada por el pleno del Supremo Tribunal Federal, cayendo sus efectos y, por lo tanto, retornando el reglamento original de la Medida Provisional.

Otro punto de constitucionalidad cuestionado, es el artículo 6 de la MP 927/20 que flexibilizó las reglas de la CLT para la concesión de licencias individuales y colectivas, para autorizar el pago del tercio constitucional de vacaciones hasta el día 20 de diciembre. La inconstitucionalidad incoada se refiere a la disposición expresa de la Consolidación de las Leyes Laborales – CLT, determinando que el pago de las vacaciones debe ser pagado hasta dos días antes de su disfrute.

Otra medida para hacer frente a la pandemia en el aspecto laboral, fue la promulgación de la Ley No 13.982/2020, que fijó un ingreso de emergencia por un monto de R\$ 600.00 por tres meses (art. 2) al trabajador que, acumulativamente, sea mayor de 18 años o madre adolescente, no

²⁵ Conforme: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>.

tenga un empleo formal activo y no sea titular de un beneficio de seguridad social o asistencial²⁶.

La referida ley establece los criterios y la reglamentación. Puede abogar por la prestación si tiene bajos ingresos, pudiendo ser un trabajador informal, un desempleado, un trabajador autónomo o un microempresario individual. En estos casos, el ingreso familiar mensual por persona no podrá exceder de una cuarta parte del salario mínimo, es decir, R\$ 522,50 (quinientos veintidós reales y cincuenta centavos), o los ingresos familiares totales no podrán exceder R\$ 3,135.00 (tres mil ciento treinta y cinco reales). El solicitante también debe comprobar que, en el año 2018, no ha recibido ingresos imposables superiores a R\$ 28.559,70 (veintiocho mil, quinientos cincuenta y nueve reales y setenta centavos).

Además, será exigido que se inscriba como microempresario individual, o que sea un contribuyente individual u opcional del Sistema General de Seguro Social, o que trabaje informalmente y esté inscrito en el Registro Único del Gobierno Federal. Para los trabajadores informales aún no registrados, se abrirá una ventana de solicitud para comprobar las necesidades de ingresos máximos.

El Programa de Renta Básica de Emergencia llega en un momento de extrema relevancia para la subsistencia de los trabajadores económicamente más vulnerables, teniendo un papel indispensable para ayudar a la sociedad en la travesía de la crisis.

Otro programa creado por el Gobierno brasileño es el Programa de Emergencia en el Apoyo al Empleo, establecido por la Medida Provisional No 944 de 04/03/2020 que incorpora operaciones de crédito a empresarios, sociedades empresariales y sociedades cooperativas, exceptuadas las compañías de crédito, con el propósito de pago de la nómina a sus empleados.

La ayuda se produjo en un momento providencial en el que las empresas carecen de opciones para pagar la nómina en medio de la fuerte

²⁶ La Medida Provisoria n° 937, de 2 de abril de 2020, por su turno, abre crédito extraordinario necesario, en favor del Ministerio de Ciudadanía, para implementar las medidas de renta de emergencia previstas en la Ley N° 13.982/20.

caída brusca de la demanda y la limitación del funcionamiento de gran parte de los sectores.

La Medida Provisional No 945, de 4 de abril de 2020, también prevé medidas temporales para el sector portuario a fin de proteger a estos trabajadores, obligando al Órgano de Gestión de mano de Obra (OGMO) a remitir a la autoridad portuaria la lista de trabajadores que, por ventura, estén imposibilitados de prestar servicios como resultado del COVID-19.

A estos trabajadores se le garantiza el pago de una indemnización compensatoria mensual por un valor equivalente al 50% (cincuenta por ciento) sobre el promedio mensual recibido por ellos a través del OGMO, entre el 1º de octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020.

La referida medida provisional determina que la prestación en cuestión tendrá naturaleza indemnizatoria, no integrando la base de cálculo para el impuesto a la renta, la contribución a la seguridad social y al FGTS.

Por otra parte, el 07/04/2020 se publicó la Medida Provisional No 946/2020²⁷ que extingue el Fondo PIS-PASEP, transfiriendo sus activos al Fondo de Garantía de Tiempo de Servicio. A la par de eso, trae una importante medida de liberación temporal de efectivo de los saldos del FGTS, hasta el límite de R\$ 1.045,00 (mil cuarenta y cinco reales) por trabajador, como una forma de mitigar la reducción de los ingresos en este período de crisis.

Estas medidas protegerán los ingresos para la subsistencia de los trabajadores y sus familias, dificultando que estas personas sean marginadas y expuestas a la pobreza extrema sin proporcionar un ingreso que garantice la compra mínima necesaria para la supervivencia.

Otras medidas legales implementadas en el sistema jurídico-laboral brasileño se pueden encontrar en el sitio web del Planalto²⁸, en el que existe una concentración en un sólo lugar a fin de facilitar la búsqueda y la comprensión de las medidas normativas que están siendo adoptadas.

²⁷ Disponible en: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-946-de-7-de-abril-de-2020-251562794>.

²⁸ En dirección electrónica: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19>.

Es importante resaltar, además, que para las empresas que actúan en el ramo de servicios esenciales²⁹ y están autorizadas a mantener el funcionamiento presencial, resulta imprescindible que haya una disponibilidad para sus empleados de máscaras e guantes en caso de ser necesario, que haya orientación para los empleados en cuanto a lavar sus manos constantemente, que sea suministrado el uso de alcohol en gel, que el ambiente de trabajo no se encuentre aglomerado y que siempre que sea posible este aireado a fin de reducir las chances de contagio entre los trabajadores.

La Organización Mundial de la Salud³⁰ también sugiere que las empresas tomen la temperatura de sus empleados, con el fin de identificar aquellos que se encuentren experimentando un cuadro de fiebre –aún bajo– no ingresen al medio ambiente de Trabajo y permanezcan aislados.

Dado que no ha habido tiempo para adaptarse a la prevención de los riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo en esta nueva fase laboral, la OIT (2020, p. 12) señala la existencia de un mayor desgaste, dado que trabajar desde casa o incluso presencialmente durante la pandemia, no es igual a trabajar en las condiciones normales, debido a las dificultades externas. El estrés sin duda afecta la salud mental, además del miedo a sufrir la enfermedad y también existe el temor de que la recesión y la crisis causada por la pandemia lleguen a sus puestos de trabajo. Así, esta organización propone (OIT, 2020, p. 13) una mirada más cuidadosa al aspecto de la salud, ya sea la promoción del bienestar mental, la seguridad del trabajo presencial, o incluso la adaptación ergonómica del lugar de Trabajo en la casa.

Por lo tanto, es importante que las empresas no dejen de centrarse en la salud y la seguridad en el trabajo, ya sea en la exigencia del trabajo presencial, o incluso en el formato de teletrabajo, que requiere que

²⁹ La lista de servicios considerados esenciales por el Gobierno Federal brasileiro puede ser consultada en: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46569-coronavirus-presidente-determina-servicios-que-nao-podem-parar>.

³⁰ Informaciones que pueden ser encontradas en: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875.

se conceda la misma protección que en la labor prestada en el ambiente físico de la empresa.

Serán necesarios grandes esfuerzos en todo el mundo para contener los efectos nocivos de la pandemia causada por COVID-19, pero con la coordinación y actuación proactiva de los países, podrá haber una moderación en los impactos nocivos para las relaciones laborales, a fin de que no experimentemos, como humanidad, un retroceso en las conquistas sociales.

Como afirmó el respetable jurista brasileño Canado Trindade³¹: “Por encima de los Estados, están los seres humanos que los componen”. En este sentido, la atención primaria debe encaminarse principalmente a las personas, por encima incluso de la preocupación por la economía o con las personas jurídicas.

La protección de la dignidad del ser humano promoviendo el trabajo decente, es lo que debe guiar la agenda de los Gobiernos para resolver esta grave crisis que se está profundizando. La necesaria valorización de los derechos humanos es aún más evidente con la crisis generada por COVID-19, constituyendo una verdadera prueba para los Gobiernos y la sociedad, con el fin de encontrar soluciones para cooperar con la mitigación no sólo del virus, sino también de los males sociales que asolan todos los rincones del planeta.

4. Conclusión

En tiempos de crisis que afligen a diversas naciones, es preciso concentrar los esfuerzos para buscar alternativas de preservación de las empresas, y respectivamente de los puestos de trabajo, con la garantía de los derechos humanos de los trabajadores, proporcionando el desarrollo sostenible de la economía mundial.

Es de gran importancia utilizar el diálogo social para lograr el valor social del trabajo y de la libre iniciativa, inmersos en la Constitución como

³¹ https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/31/internacional/1396300000_175731.html.

principios fundamentales de la República Federativa del Brasil, ensayando discusiones entre la clase de los trabajadores, la clase de los empresarios y el Gobierno, de modo que todas las propuestas sean escuchadas y guiadas en el interés público primario y que la flexibilización del Derecho Laboral no sea la única y constante respuesta para todos los problemas que se presentan.

Desde marzo, el Gobierno brasileño ha adoptado diversas medidas normativas, expuestas en el curso de este trabajo, para hacer frente a la crisis y preservar los ingresos de los próximos meses, sin aprovechar, sin embargo, el importante instrumento democrático que es el diálogo social.

Sin duda, existen medidas estatales urgentes de apoyo económico a gran escala para promover los ingresos, disminuir los impactos en el empleo y la supervivencia del sector productivo para el futuro recalentamiento de la economía, de forma proactiva y conectada con los restantes países del mundo.

Sin embargo, la maduración que proporciona el diálogo entre las categorías productivas de la sociedad es fundamental para garantizar que todas las partes sean oídas en el debate y disminuyan las tensiones sociales creadas.

Las alternativas normativas presentadas directamente a las empresas para reducir la disminución de la producción son variadas, incluyendo, por ejemplo, el teletrabajo, como la expansión de las hipótesis de suspensión parcial y total del contrato y la preservación de los ingresos para los trabajadores.

Es imperioso valorar los Derechos Humanos en el seno de la sociedad transnacional, para que las soluciones buscadas en este momento de crisis, en una perspectiva global resultante de la pandemia, se basen en los valores de la dignidad de los seres humanos afectados más severamente.

Sin duda este año 2020 dejará marcas para siempre en todas las naciones. La crisis de salud causada por el covid-19 provoca transformaciones sociales en todo el mundo, aportando conceptos como cuarentena, aislamiento y restricciones a los derechos humanos.

Observamos la sanción de diversas normas jurídicas en varias naciones del mundo que han estado formando un verdadero sistema jurídico de crisis.

La pandemia ha traído un nuevo direccionamiento en el papel del Estado y de la sociedad. Ciertamente es la unión y la solidaridad lo que debemos tener en la mira para luchar contra el enemigo común.

Estos momentos difíciles que estamos viviendo y que pronto pasarán, por lo que queremos diseminar la importancia de los derechos humanos que proporcionan una semilla de esperanza para una sociedad cosmopolita más justa y fraterna.

Recursos electrónicos

- DAVIS, M., et al (2020). Coronavirus and class struggle. Terra sem Amos: Brasil. Disponible en: www.inthesetimes.com. Acceso: 05/04/2020.
- FICHTNER, P. (2020). Impactos del coronavirus en las relaciones de trabajo. 17 de marzo. 2020. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321859/impactos-do-coronavirus-nas-relacoes-de-trabalho> Consultado: 30 de mayo. 2020.
- MAMACENA, J. (2020). Los sindicatos de todo el mundo piden acciones estatales contra la crisis y soluciones negociadas. 21 de mayo. 2020. Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2020/03/sindicatos-estado-crise-coronavirus/>. Acceso: 12 Jun. 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2020). Coronavirus: La respuesta debe basarse íntegramente en los derechos humanos, afirma Bachelet. 6 mar. 2020. Disponible en: <https://acnudh.org/coronavirus-la-respuesta-debe-basarse-integramente-en-los-derechos-humanos-afirma-bachelet/> Acceso en: 20 mai. 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2020). COVID-19 põs em evidência a fragilidade de nossas economias. 01 abr. 2020. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-pos-em-evidencia-a-fragilidade-de-nossas-economias/> Acceso en: 10 mai. 2020.
- PINE, V. (2020). América Latina y el empleo en tiempos pandémicos. 27 de marzo. 2020. Disponible en: http://ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_740030/lang-pt/index.htm?shared_from=shr-tls. Acceso: 13 Jun. 2020.

**DEBATE: LAS CRISIS ECONÓMICAS Y LA FLEXIBILIZACIÓN
DE LAS NORMAS LABORALES**

En el mundo del trabajo suele aparecer, con reiterada invocación, el discurso que apela a la necesidad de introducir reformas laborales. ¿Será que ello está en consonancia con el significado etimológico del verbo reformar, que evoca la idea de modificar, enmendar y corregir la realidad existente? Porque apenas se le plantea al ciudadano corriente la propuesta de impulsar una reforma, incluida la que puede operar sobre normas que tienen décadas de haber sido creadas, es natural que se piense que ello habrá de incidir sobre un estado de las cosas anquilosado y pasado de tiempo, para *aggiornarlo* y mejorarlo, y por tanto, que tal renovación siempre resultará beneficiosa.

Sin embargo, no podemos desatender la carga distorsiva que en muchas ocasiones, un concepto tan polisémico puede conllevar con relación a lo que creemos que constituyen sus propósitos y resultados. De allí que María Luz Vega Ruiz haya planteado con agudeza que hablar de “reforma laboral”, aparece como una frase mágica y de variados contenidos, apta para resolver los problemas del empleo y abrir la puerta a soluciones fáciles, capaces de contentar a todos los sujetos que intervienen en la relación laboral...”¹.

Pese a haber transcurrido ya varias décadas desde que el neoliberalismo impuso soluciones desreguladoras y flexibilizadoras poco exitosas, subsiste –como bien anticipara Graciela Bensusán- una intensa discusión teórica acerca de sus efectos en el desempeño económico y social de los países en los que ello ocurrió².

La integración de las economías de todo el mundo, a través del comercio y los flujos financieros, generó el epifenómeno de la globalización, despertando visiones contrapuestas en la comunidad internacional. “Derribar las fronteras comerciales ha conectado a todos los trabajadores del mundo ... Las nuevas tecnologías y la globalización hacen que producir, así como gestionar el transporte y la atención al cliente, sea más barato, rápido y efectivo, pero no han mejorado la calidad del trabajo ni sus condiciones, sino todo lo contrario³.

¹ La reforma laboral: ¿un paso necesario?, IUSLabor 3/2006.

² Reformas laborales en países desarrollados y en desarrollo: entre el conservadurismo y la innovación institucional, investigación del Conacyt, 2004.

³ Luis Martínez Martín, “La cara negativa de la globalización del trabajo”, en el Orden Mundial en el S.XXI, Madrid, 24/02/2019.

Juan Pablo Bohoslavsky señala en una detallada investigación que “más de 130 países (de los cuales 96 son países en desarrollo), se han embarcado en los últimos años “en reformas de políticas y normas laborales “pro austeridad”, con el fin de superar contextos económicos recesivos o prevenir crisis financieras. Esas reformas usualmente consisten en la congelación o reducción de los salarios, la ampliación de la jornada laboral, la imposición de contratos precarios, la limitación de seguros por accidentes o enfermedades laborales, la facilitación de los despidos y la reducción de la plantilla de empleados públicos. También se incluyen las reformas que han afectado a los sistemas de negociación colectiva, por ejemplo, restringiendo el alcance de los acuerdos sectoriales y rebajando el nivel de la negociación al lugar de trabajo, o permitiendo la negociación con representantes ajenos a los sindicatos”⁴.

En este universo, existen ciertos ejemplos paradigmáticos; es así que tras la experiencia iniciada en 2012 en España, muchos actores políticos y sociales, investigadores y académicos, se han preguntado para qué ha servido la reforma laboral⁵. Similares cavilaciones planteó la reforma laboral instaurada en Brasil durante el breve gobierno de Temer en 2017, que no sólo tuvo una repercusión local, sino que ha sido objeto de planteos y dilemáticas en casi todos los países de la zona⁶.

Pero en los actuales momentos, otro elemento alterativo domina el escenario planetario y la pandemia COVID-19 ya transcurre con aristas nuevas y distintas que inciden en la organización del trabajo y en las relaciones laborales. Muchas de ellas no pueden ser consideradas como transformaciones temporales, sino que cambiarán sustancialmente la realidad del futuro y han llegado para permanecer.

Por ello es ya se plantean nuevas interrogantes y entre ellas inevitablemente habrán de exponenciarse soluciones basadas en más

⁴ ¿En qué países dio resultado el ajuste laboral?, Anfibia, Universidad Nacional de San Martín, Argentina, 2020.

⁵ un extracto de las más variadas opiniones pueden verse en el artículo de la periodista Isabel Munera, en el periódico El Mundo, España, nota editada el 01/11/2015.

⁶ véase –por ejemplo- la opinión de Juan Raso en su Blog, “Una reforma laboral uruguaya: ¿posible?”, 22/10/2017.

reformas normativas que faciliten un aligeramiento de numerosas regulaciones protectoras conquistadas en el pasado.

La OIT apuesta a los mejores logros, impulsando el diálogo social y la asistencia de los Estados para sostener el número de puestos de trabajo, en condiciones decentes, pero no lamentablemente no todas las realidades nacionales habrán de responder en forma simétrica. Son muy diferentes los indicadores y muchas naciones enfrentan elevados niveles de desempleo e informalidad, debilitación del aparato productivo y de las economías, una creciente desigualdad exponencial y el avance de la pobreza, lo que aúna a cambios tecnológicos, la automatización y los nuevos modelos de negocios, por lo que previsiblemente no podrán evitar retrocesos cualitativos de las condiciones salariales, de trabajo y de empleo, así como tampoco *respecto* de los cambios sustanciales que desafían a las relaciones colectivas entre los actores, el Estado y la sociedad en general.

Ante interrogantes que presagian ser tan disruptivas, la Dirección de la Revista Jurídica del Trabajo ha creído necesario traer al centro del Debate en el presente número, el frecuentado tema de las reformas laborales con el fin de que nuestros lectores valoren, desde distintas perspectivas, las fortalezas y debilidades de muchas iniciativas ensayadas y propuestas que se formulan. De ese modo será posible sopesar la dinámica de la normativa, en la búsqueda de un equilibrio razonable entre la regulación jurídica y la razón de ser del propio Derecho del trabajo.

Los análisis exhaustivos que aportan en sus respectivos análisis Luiz Carlos Amorim Robortella (de Brasil) y Alejandro Castello (de Uruguay), recorren el firmamento de las reformas laborales con una amplísima y detallada información comparada, aportando además una clara exposición de sus aspectos negativos y positivos, en un contrapunto sumamente enriquecedor que cumple a cabalidad el objetivo trazado.

Jorge Rosenbaum Rimolo
(Coordinador del tema de debate del N° 3)

**FLEXIBILIZACIÓN DE LAS LEYES LABORALES EN BRASIL Y
LA REFORMA DE 2017. IMPACTOS DE LA PANDEMIA**

**FLEXIBILIZATION OF LABOR LAWS IN BRAZIL AND THE
REFORM OF 2017. IMPACTS OF THE PANDEMIC**

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Socio fundador de Robortella e Peres Advogados, San Pablo (Brasil). Doctor en Derecho Laboral por la Universidad de San Pablo (Brasil). Director de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

luiz.carlos@robortella.com.br

Fecha de envío: 18/11/2020

Fecha de aceptación: 07/12/2020

FLEXIBILIZACIÓN DE LAS LEYES LABORALES EN BRASIL Y LA REFORMA DE 2017. IMPACTOS DE LA PANDEMIA

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Academia Brasileña de Derecho del Trabajo (Brasil)

Resumen: La crisis de empleo en muchas economías, agravada por la pandemia de COVID-19, exige mayor intervención económica estatal y, por otro lado, un mayor proteccionismo colectivo y no individual. Las reformas laborales de los últimos años en Europa y América Latina flexibilizaron las leyes bajo la influencia de la flexiseguridad y documentos comunitarios. La Reforma brasileña de 2017 creó el primado de la negociación colectiva sobre la ley, aumentó el poder de gestión patronal y exigió mayor representatividad y responsabilidad de los sindicatos.

Palabras clave: Reforma laboral - Pandemia - Derecho colectivo - Flexibilización

Sumario: 1. Tendencias internacionales. 2. Impactos de la pandemia. 3. Líneas generales de la reforma brasileña. 4. Impactos en el derecho colectivo. 5. Perspectivas.

Abstract: The employment crisis in many economies, which was worsened by the Coronavirus pandemic, requires more state intervention in the economy and, on the other hand, higher collective protectionism instead of the individual. The labor reforms in the past years in Europe and Latin America made laws more flexible, under the influence of flexicurity and community documents. The Brazilian reform in 2017 created the supremacy of collective bargaining over the law, increased the power of employer management, which will in turn require more representativeness and responsibility from the unions.

Key words: Labor reform - Pandemic - Collective law - Flexibility

Summary: 1. International trends. 2. Impacts of the pandemic. 3. General lines of the Brazilian reform. 4. Impacts on collective law. 5. Outlooks.

1. Tendencias internacionales

Cualquier cambio en la legislación laboral que busque reducir el costo del trabajo enfrenta una enorme oposición, siendo las reformas, por tal razón, graduales y puntuales, tocando raramente la estructura del modelo proteccionista.

En los últimos años, ante los crecientes impactos de la globalización, del avance tecnológico y de los altos índices de desempleo, las reformas en diversos países europeos y latinoamericanos están promoviendo una verdadera revisión, con clara inspiración neoliberal, de los principios y valores del derecho laboral.

No obstante, la pandemia de COVID-19 engendró una aparente paradoja al exigir políticas sociales intervencionistas para asegurar ingresos a los millones de personas sin trabajo confinadas en sus hogares.

La cesantía aumentó en todo el mundo, incluso en los países ricos, exigiendo medidas proteccionistas de carácter más colectivo que individual. Se busca desesperadamente un nuevo modelo de diálogo o de pacto social que incentive la reanudación de las inversiones y la generación de trabajo.

Nos parece compatible la nueva ideología reformista con las recientes políticas intervencionistas, puesto que se trata de armonizar el ordenamiento jurídico con la realidad económica, social y tecnológica, una especie de derecho del mercado de trabajo y no solo del derecho laboral.

Las nuevas leyes amplían los poderes de gestión empresarial, flexibilizan alteraciones del contrato individual con o sin negociación colectiva, disminuyen el costo y la burocracia para el despido, incluso el colectivo.

Por otra parte, ofrecen mayor cantidad y calidad de inserción en el mercado de trabajo mediante políticas activas de mano de obra que favorecen la empleabilidad.

Ese modelo, en sus diversos matices, tiene puntos de contacto con la flexiseguridad, que genera mucha controversia y que hasta el momento se resume a los países nórdicos, con mayor énfasis en Dinamarca.

Pero su influencia ha crecido, incentivada por varios documentos sociales europeos, estremeciendo la fuertísima tradición tutelar iberoamericana.

La moderna gestión del mercado de trabajo busca distribuir la protección para alcanzar a quienes están empleados y a quienes no lo están.

Golpea en su esencia el modelo tradicional que protege demasiado al empleado clásico y excluye a los demás, que permanecen en la periferia y pagan la factura de la tutela excesiva de la ley.

Las nuevas reformas proporcionan mayor funcionalidad a la norma laboral, más racionalidad y eficiencia a la gestión empresarial, con beneficios para la empresa, el trabajador y la sociedad.

Reemplazan el proteccionismo estático de la ley por el proteccionismo dinámico que tanto valora la negociación colectiva.

En fin, un modelo diferente de organización social que reconoce el papel central del mercado, nos guste o no, e imprime racionalidad económica a la globalización.

La realidad actual es compleja: el inversor quiere más ganancias, el consumidor menor precio, el trabajador mayor salario, siendo frecuente que la misma persona reúna estas exigencias contradictorias.

En las relaciones de producción hubo enormes transformaciones: autónomos exclusivos, microempresas, E-commerce, consumidor/trabajador, plataforma digital, empresa líquida etc.

Ante tal constatación, el Estado no puede basarse tan solo en la «hard law», viéndose obligado a admitir formas de «soft law».

Por lo tanto, el nuevo paradigma de protección, con el protagonismo de emergencia del Estado, devuelve al derecho laboral su papel de instrumento efectivo de política social y económica.

2. Impactos de la pandemia

La pandemia de COVID-19 exige rápidas y profundas alteraciones en el sistema capitalista de producción, en la política internacional, en las naciones, en las empresas y en los seres humanos.

Ya no volveremos a ser los mismos.

En diversos niveles, de acuerdo con la evolución de cada país, nuevas estrategias de protección de la salud crearán barreras sanitarias en las fronteras, exacerbando la xenofobia y la discriminación étnica.

Habrà un expresivo aumento del intervencionismo estatal con inversiones en investigación y desarrollo científico, además de políticas económicas y sociales de combate a la desigualdad. Las personas sin asistencia que viven en condiciones de pobreza y miseria merecen cuidados sanitarios, incluso para inhibir la proliferación de este virus actual y de otros que la ciencia tendrá que enfrentar, conforme previsto por los especialistas.

La parálisis económica ha provocado un cierto renacimiento ambiental del planeta, debido a la reducción de los niveles de consumo y contaminación.

En el plano individual, la limitación de la libertad y de la movilidad lleva a la implantación generalizada del teletrabajo y del *home office* en los sistemas productivos.

Hay nuevos estándares de vida familiar y trabajo, como también la expansión de los sentimientos de solidaridad y colaboración social ante la enorme tragedia que se ha abatido sobre nosotros.

Los modelos políticos deben combinar, a partir de este momento, eficacia económica y social, protección de la salud y de los recursos de la naturaleza.

El conocido concepto de economía social de mercado debe agregar dos valores que la realidad nos impone: la salud y el medio ambiente.

El capitalismo tradicional valoriza en exceso el dinero y los bienes producidos, olvidándose de la protección de la naturaleza y del ser humano en sus múltiples dimensiones. Para MAX WEBER, la economía se convirtió

en el principal signo de la sociedad moderna, pero sin una ética específica de poder¹.

El desarrollo no puede significar tan solo riquezas económicamente mensurables. La creación de riqueza y de valor congrega lo económico, lo social, lo ético y lo ambiental² para conseguir una sociedad más justa, equilibrada y en armonía con la naturaleza.

Todos los sectores públicos y privados son convocados a participar en ese proyecto que, en realidad, implica la propia supervivencia de la humanidad³.

La riqueza de las naciones debe medirse por el respeto a los derechos humanos, la salud, la ecología y la ética de los negocios. El moderno capitalismo no se preocupa tan solo por las ganancias, sino también por los medios para alcanzarlas. Debe crear cadenas de producción éticas y humanas, capaces de convivir con la globalización⁴.

Es un tipo de capitalismo natural que requiere grandes cambios para generar la transformación de la sociedad. El mundo busca una nueva arquitectura política, económica y social que se ajuste al proceso de globalización.

La normatividad es más pluralista e interactiva, mediante técnicas de negociación y cooperación horizontales y coordinadas. El proceso de elaboración de normas se sujeta cada vez más a negociaciones, funcionando el Estado como árbitro y regulador⁵.

Necesitamos un capitalismo colaborativo, en el que el objetivo de la empresa sea crear valor para todos los involucrados en su actividad: inversores, empleados, proveedores, consumidores y la misma comunidad.

¹ LOPEZ, Justo. El derecho del trabajo al final del siglo XX. Evolución del Pensamiento Juslaboralista - Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, 1997, pp. 230/231.

² PASQUERO, Jean. Le RIODD au coeur des défis de la SER. In: La Responsabilité sociale de l'entreprise – Nouvelle régulation du capitalisme ? Postel, Nicolas et alii (org.). Presses Universitaires du Septentrion: Villeneuve d'Ascq, 2011, p. 12.

³ Ibidem, p. 12.

⁴ BEAUCHARD, Renaud. Responsabilité sociale des entreprises: la communication saisi par le droit. Revue de Droit du Travail: Paris, junio 2011, p. 396.

⁵ CHEVALLIER, Jacques. L'état post-moderne. Paris: Lextenso éditions. 3ª Edición, 2008, p. 240/241.

Es lo que se denomina capitalismo de *stakeholder*, es decir, va mucho más allá del interés del *shareholder* (accionista) porque parte de una visión holística de inserción de la empresa en la comunidad.

En el Foro Económico de Davos, en enero de 2020, ese concepto de gestión responsable —denominado ESG, sigla en inglés para *environment, social and governance*— dominó las discusiones y se convirtió en uno de los principales temas del evento, siendo incluso un criterio que sirve de base a los inversores en el mercado de capital⁶.

3. Líneas generales de la reforma brasileña

Brasil está inmerso en una grave crisis ética, política y económica desde el final del gobierno Dilma Rousseff/Michel Temer y la ascensión al poder del populista de derecha Jair Bolsonaro en 2019, ampliada ahora por los impactos de la pandemia sobre la masa de trabajadores clandestinos, informales, precarios y de baja calificación.

En 2017 la ley 13.467, después de corta tramitación, brindó profundos cambios en el ordenamiento jurídico laboral individual, colectivo y procesal. En tan solo cinco artículos añadió, suprimió y alteró decenas de normas de la Consolidación de las Leyes de Trabajo (CLT), que estaba en vigor desde 1943 con texto ya significativamente modificado.

A eso debemos añadir el activismo judicial exacerbado de la Justicia del Trabajo que, con sus casi 1.300 precedentes resumidos y orientaciones jurisprudenciales, aumenta significativamente el costo del trabajo.

Los ejes de la Reforma de 2017 pueden resumirse en doce objetivos:

1. Seguridad jurídica
2. Tutela de la buena fe y de la voluntad individual
3. Intervención mínima en la negociación colectiva
4. Reducción de la informalidad
5. Reducción del costo del trabajo
6. Aumento del nivel de empleo

⁶ REVISTA EXAME, 15.4.20, pp.30/39.

7. Reconocimiento de formas atípicas de trabajo
8. Desburocratización del despido colectivo
9. Libertad de subcontratación, independientemente de la actividad-medio o actividad-fin
10. Más garantías de defensa del deudor laboral
11. Límites al activismo judicial
12. Mayor responsabilidad y carga de las partes en el proceso.

La nueva ley buscó adaptar el modelo legal brasileño a los nuevos tiempos, incentivar la inversión productiva y la generación de empleos, temas que adquieren mayor realce después del desastre sanitario mundial de 2020.

Incluso ante la fuerte oposición de instituciones laborales estatales y de la propia Justicia Laboral, además de los naturales conflictos de interpretación, esas reglas poco a poco están penetrando y asentándose en las relaciones económicas y sociales.

4. Impactos en el derecho colectivo

Al ser una cuestión que depende de reforma constitucional, todavía prevalece el sistema de unicidad sindical obligatoria, con encuadre de los trabajadores en categorías previamente definidas por ley, con poca libertad para modificaciones.

Tal modelo impide la negociación colectiva por medio de sindicatos por empresa, una de las tendencias del sindicalismo mundial.

De todas formas, en el plano infraconstitucional, la reforma alteró profundamente el sistema de financiación de los sindicatos, creó una nueva jerarquía de fuentes de las normas y disminuyó la interferencia estatal en la negociación colectiva.

Es importante describir aquí sus principales temas:

- Extinción del impuesto sindical obligatorio (art. 578)
- Límites al derecho adquirido con el fin de ultraactividad de la norma colectiva (artículo 614, párrafo 3º.)

- Prevalencia **sobre la ley** del convenio colectivo y del acuerdo colectivo de trabajo en lo que se refiere a varios temas expresamente previstos, sin exclusión de otros (art. 611-A)
- Prevalencia del acuerdo colectivo sobre el convenio colectivo de trabajo (artículo 620)
- Validez de la norma colectiva, independientemente de la expresa indicación de contrapartidas en caso de reducción de derechos o ventajas (art. 611-A, párrafo 2º.)
- Intervención mínima de la Justicia Laboral en el contenido de la negociación colectiva, debiendo atenderse al cumplimiento de los elementos esenciales del negocio jurídico (artículo 8º., párrafo 3º.)
- Efecto de conmutación de la nulidad de cláusula colectiva, afectando a las dos partes (art. 611-A, párrafo 4º.)
- Representación interna de los empleados de la empresa (artículo 510, 510-A, 510-B, 510-C, 510-D).

En resumen, se amplió la flexibilización por negociación colectiva en diversos temas contemplados en el nuevo artículo 611-A de la CLT, sin exclusión de otros, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales.

Incluso por negociación individual, esos temas pueden sobreponerse a la ley para empleados con nivel universitario y sueldo mensual superior a dos mil dólares estadounidenses aproximadamente (diez veces el sueldo mínimo).

Esta norma, que parece ajustada a la heterogeneidad del mercado, es objeto de discusiones doctrinarias sobre su constitucionalidad a la luz del principio de la igualdad.

En el campo de la negociación, el nuevo artículo 611-A explicita los temas que se pueden regular:

- Duración, banco de horas anual, intervalo intrajornada (mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas), modalidad de registro de horario de entrada y salida, cambio de feriado, prorrogación en la actividad insalubre.

- Para mayor libertad de negociación, los descansos e intervalos se excluyeron del capítulo de medicina y seguridad del trabajo (párrafo único artículo 611-B).
- Remuneración.
- Reducción salarial sin el límite del 30% de la ley anterior.
- Plan de carrera, cargos y sueldos, incluso funciones de confianza.
- Bono de productividad colectiva o individual.
- Premios de incentivo en bienes o servicios.
- Participación en las ganancias y resultados.
- Reglamento de empresa.
- Complementación de jubilación.
- Criterios de despido individual o colectivo.

En lo que se refiere a la ultraactividad de la norma colectiva, el Resumen n. 277 del Tribunal Superior Laboral la admitía expresamente, pero se convirtió en inválido en consideración al nuevo artículo 614, párrafo 3º. de la CLT:

«No se permitirá estipular duración de convención o acuerdo colectivo de trabajo superior a dos años, prohibiéndose la ultraactividad».

La ultraactividad obligatoria, sin negociación de las partes, es realmente un obstáculo porque incorpora la norma a los contratos individuales independientemente del plazo del convenio colectivo. Sacraliza los derechos individuales y desincentiva nuevas concesiones patronales.

Tal rigidez es incompatible con la naturaleza de la norma colectiva. La negociación debe tener flexibilidad para modificar condiciones contractuales o incluso derogar cláusulas, como ocurre en diversos sistemas jurídicos. Los convenios colectivos no tienen vocación de eternidad. No hay cómo garantizar derechos individuales cuando ya no corresponden a la voluntad del grupo.

La norma debe ser la expresión de la autonomía colectiva.

En muchos sistemas legales, el derecho adquirido solamente deriva de normas del contrato individual entre empleado y empleador, sin que se aplique como regla (hay excepciones) cuando la ventaja proviene de la

negociación colectiva. Además, la ultraactividad obligatoria segmenta a los trabajadores e inviabiliza la planificación empresarial.

Debemos considerar que ni siquiera la ley se incorpora al contrato individual, aplicándose inmediatamente la nueva legislación, respetados los derechos adquiridos y no meras expectativas de derecho.

El fin de la ultraactividad llega para incentivar la libre negociación colectiva.

Finalmente, cabe decir que la Reforma favorece el florecimiento de sindicatos con verdadera representatividad, reduciendo significativamente el recurso al obsoleto poder normativo de la Justicia Laboral que, en realidad, depende del mutuo consentimiento de las partes en conflicto. Quedó definitivamente calificado como arbitraje estatal facultativo de naturaleza judicial.

5. Perspectivas

Los críticos de las reformas no entienden el papel del Estado, los sindicatos, la negociación colectiva, la informalidad, así como de la heterogeneidad de trabajadores y empresas en este siglo XXI.

No perciben que la realidad se rebeló contra la ley y le dio la espalda.

No ven el mercado informal que instituye la peor de las flexibilidades y es producto de la diferencia radical de protección entre los empleados y los demás trabajadores.

No se interesan por los desempleados, considerando tan solo el empleo formal. En Brasil, la tasa de desempleo oficial (en noviembre de 2020 del 14,4%) corresponde a la mitad de los trabajadores informales.

También fue limitado por la reforma el exagerado activismo judicial alimentado por el neoconstitucionalismo, con sus decisiones y precedentes creativos, innovadores y sin base en la ley.

Las nuevas leyes entienden que la generación de empleos no es solo un problema de la empresa, sino también de los sindicatos y la sociedad.

La prevalencia del acuerdo sobre la negociación colectiva y de ambos sobre la ley, dentro de los límites constitucionales, permite adaptabilidad y plasticidad de las relaciones de trabajo en la micro, pequeña, media y gran empresa.

Favorece la creación y mantenimiento de empleos con normas ajustadas a cada realidad, aplicándose la ley tan solo a derechos irrenunciables y espacios no ocupados por la norma colectiva.

La tutela genérica, imperativa y homogénea, al alejar normas adaptables que preservan empleos e inversión, es incompatible con la tendencia a la individualización de las relaciones laborales.

La ley debe ser válida, justa y eficaz; sin esos atributos se distancia de la realidad.

La ideología proteccionista de la CLT tiene noventa años porque comenzó en 1930, con inspiración fordista, abstracta, genérica y autoritaria que despreciaba la negociación colectiva.

Todo está en la ley, pero las empresas no la cumplen, los sindicatos tienen poco espacio de negociación y el Estado no consigue fiscalizar la aplicación de las reglas.

La norma producida por los interesados es más respetada y mejor entendida, siendo esencial la participación sindical en los mecanismos de regulación del mercado de trabajo.

La negociación colectiva tiene carácter estratégico, con avances y retrocesos. Es un instrumento de gestión empresarial.

Los trabajadores son reconocidos como ciudadanos de la empresa, que no es un campo de batalla. No pueden ser tratados como incapaces.

El sindicato actúa en el conflicto y en la alianza con el capital.

Le corresponde a la empresa favorecer el desarrollo, pagar dividendos a sus accionistas, proteger el medio ambiente, generar calidad de vida e ingresos para los trabajadores. No hay más espacio para la utopía que señala la dogmática laboral.

Además de la protección al empleado, hay otros valores como la supervivencia de la empresa y la eficacia económica y social.

Ya no podemos aferrarnos a la estabilidad en el empleo, las funciones rígidas, los sueldos irreversibles, la acumulación progresiva y permanente de ventajas económicas.

El derecho tiene un rol importante en ese proceso, no puede mantenerse neutral.

Tenemos que caminar, y el camino es largo, hacia la construcción de un «workfare state».

El trabajo es esencial para la vida en sociedad.

Bibliografía

- BEAUCHARD, R. (2011). Responsabilité sociale des entreprises: la communication saisie par le droit. *Revue de Droit du Travail*: Paris, junio.
- CHEVALLIER, J. (2008). *L'état post-moderne*. Paris: Lextenso éditions. 3^a Edición.
- LOPEZ, J. (1997). *El derecho del trabajo al final del siglo XX. Evolución del Pensamiento Juslaboralista - Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- PASQUERO, J. (2011). *Le RIODD au coeur des défis de la SER*. In: *La Responsabilité sociale de l'entreprise – Nouvelle régulation du capitalisme ?* Postel, Nicolas et alii (org.). Presses Universitaires du Septentrion: Villeneuve d'Ascq.

**EN CONTEXTOS DE CRISIS ECONÓMICA ¿SE REQUIERE
FLEXIBILIZAR EL DERECHO LABORAL?**

**IN CONTEXTS OF ECONOMIC CRISIS, IS IT REQUIRED TO
MAKE LABOR LAW FLEXIBLE?**

Alejandro CASTELLO

Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de la República (Uruguay). Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de la República (Uruguay).

acastello@rcj.com.uy

Fecha de envío: 08/12/2020

Fecha de aceptación: 10/12/2020

EN CONTEXTOS DE CRISIS ECONÓMICA ¿SE REQUIERE FLEXIBILIZAR EL DERECHO LABORAL?

Alejandro CASTELLO

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: El artículo plantea un panorama descriptivo en términos históricos de los problemas del mundo del trabajo en el contexto de las crisis económicas, las respuestas brindadas por la sociedad y las diversas visiones en torno al rol que debe cumplir el Estado en el mercado de trabajo. Asimismo, se ponderan los resultados de las diversas respuestas brindadas ante las crisis económicas, destacando que la flexibilidad del mercado de trabajo y el desmontaje de las regulaciones protectoras no aseguran la mejora de la eficacia empresarial y la creación de empleo.

Palabras clave: Flexibilización - Crisis económicas - Desregulación - Autonomía - Intervención - COVID-19

Sumario: 1. Introducción. 2. Respuestas de la Sociedad ante los problemas del mundo del trabajo. 2.1. Las dos grandes visiones sobre el rol del Estado en el mercado de trabajo: autonomía vs. intervención. 2.2. Los resultados. 3. Las respuestas ante la crisis económica. 3.1. Derecho laboral flexible o desregulado. 3.2. Consecuencias de las políticas desreguladoras: precariedad laboral y aumento de la desigualdad. 4. Pandemia COVID-19: una nueva crisis económica y su posible impacto en el Derecho laboral. 5. Apuntes finales.

Abstract: The paper presents a descriptive panorama in historical terms of the problems of the world of work in the context of economic crises, the responses provided by society and the various views regarding the role that the State must play in the labor market . Likewise, the results of the various responses given to

the economic crises are weighted, highlighting that the flexibility of the labor market and the dismantling of protective regulations do not ensure the improvement of business efficiency and job creation.

Key words: Flexibility - Economic crises - Deregulation - Autonomy - Intervention - COVID-19

Summary: 1. Introduction. 2. Responses of the Society to the problems of the world of work. 2.1. The two great views on the role of the State in the labor market: autonomy vs. intervention. 2.2. The results. 3. Responses to the economic crisis. 3.1. Flexible or unregulated labor law. 3.2. Consequences of deregulatory policies: job insecurity and increased inequality. 4. COVID-19 pandemic: a new economic crisis and its possible impact on labor law. 5. Final notes.

1. Introducción

En los últimos 100 años el mundo ha conocido más de diez crisis económicas de escala internacional. Las más recordadas son la Gran Depresión de la década del 30 del siglo XX y la Gran Recesión de los años 2008-2009 del presente siglo.

La Pandemia ocasionada por la COVID-19, que ha afectado a todos los países del mundo desde marzo de 2020 en adelante, ha generado una tormenta perfecta en todas las sociedades, produciendo una crisis económica y social de magnitud extraordinaria.

Es que, cuando la economía mundial no había logrado aun la recuperación total y la estabilidad de los mercados luego de la Gran Recesión provocada por la crisis financiera del año 2008, la Pandemia irrumpió en el mundo para ocasionar la paralización, retracción o deterioro de la oferta y la demanda de manera simultánea, afectando casi todos los rubros y sectores de la economía.

Es muy claro que esta nueva crisis económica que vive el mundo a raíz de la Pandemia, es mucho más profunda y seguramente será más prolongada que la Gran Recesión de 2008, y tal vez, que la Gran Depresión de los años 1930-32 (cuyas consecuencias negativas se vieron durante casi 10 años). Todas las proyecciones de los Organismos internacionales indican que la Pandemia ocasionará una caída de la economía mundial¹, cuya magnitud será tan importante que demorará no menos de dos años en que los países logren volver tan solo a los niveles del año 2019, que ya eran magros o flacos. A su vez, se pronostica que la zona más golpeada del

¹ Banco Mundial; *Perspectivas Económicas Mundiales*. Informe julio 2020. El BM señala que “la COVID-19 ha provocado la recesión mundial más profunda que se ha experimentado en décadas. Si bien el resultado final aun es incierto, debido a la pandemia la gran mayoría de los mercados emergentes y de las economías en desarrollo se contraerá, con un daño perdurable en la productividad laboral y el producto potencial. Del mismo modo, el Informe del Fondo Monetario Internacional de octubre de 2020 indica que la economía mundial seguramente se contraerá un 4,9% durante el año 2020, previéndose una desaceleración profunda y sincronizada de casi todos los países del mundo, que impactarán fuertemente sobre el consumo, la producción de bienes y servicios y la elevación del desempleo: FMI; *Perspectivas de la Economía Mundial*, Informe de 11 de octubre 2020.

mundo será América Latina, lo que aumentará la brecha económica que ya existe entre esta región y el mundo desarrollado.

Las consecuencias laborales que generalmente tienen las crisis económicas, financieras o bancarias sobre el mundo del trabajo son muy conocidas: profundización de la desigualdad social, aumento de la pobreza, crecimiento del desempleo, deterioro del poder adquisitivo de los trabajadores, precariedad e inestabilidad laboral, desmejora de las condiciones de trabajo y empleo, aumento de los falsos autónomos, pérdida de poder sindical, retracción de la negociación colectiva y dificultad para el ejercicio de derechos colectivos, entre otros.

En los contextos de crisis de los mercados económicos, una de las preguntas que siempre surge es si el camino que debe seguirse para la sostenibilidad de las empresas, el combate al desempleo y alcanzar la creación de nuevos puestos de trabajo, es flexibilizar las normas laborales y reducir los niveles de protección.

La Pandemia de la COVID-19 volverá a plantear estas preguntas y generará muy probablemente un nuevo debate en muchos países, especialmente en aquellos cuyos Gobiernos son más afines a las políticas de libertad de los mercados, sobre la conveniencia de desregular el Derecho laboral.

En el presente trabajo se analizarán cuáles han sido las diferentes soluciones que se hayan ensayado para combatir el desempleo, en el marco de las crisis económicas, y los resultados que han tenido las mismas, en vistas a determinar qué es lo que se puede esperar si se vuelven a utilizar esas políticas ante la Depresión creada por la COVID-19.

2. Respuestas de la Sociedad ante los problemas del mundo del trabajo

2.1. Las dos grandes visiones sobre el rol del Estado en el mercado de trabajo: autonomía vs. intervención

Si bien no existen dos países que tengan el mismo ordenamiento laboral, lo cierto es que en los últimos 200 años han existido dos grandes respuestas ante los problemas del mundo del trabajo y, particularmente, frente a las derivadas de la debilidad negociadora que suelen tener los trabajadores en relación a los empleadores para concertar las condiciones de trabajo y empleo: a) mantener una amplia libertad para las partes y confiar en que la ley de la oferta y la demanda fije el valor de las remuneraciones y corrija “naturalmente” las malas condiciones de contratación, y, b) la intervención del Estado y de los sindicatos mediante la creación de un marco mínimo y obligatorio al cual deben ajustarse las partes de las relaciones individuales de trabajo para la contratación del trabajo.

El primer “modelo” se identifica generalmente con el que generalmente han seguido los países anglosajones (por ejemplo, Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, etc.), caracterizado por la baja intervención estatal y la preponderancia de la autonomía de la voluntad individual y colectiva como mecanismo para fijar las condiciones de empleo.

El segundo modelo, tradicionalmente vinculado a los países de Europa continental, ha tenido como rasgo esencial la confianza en que el equilibrio se obtiene con la utilización de la ley como mecanismo de fijación de condiciones mínimas de empleo, y la promoción del actor sindical.

2.2. Los resultados

Como se sabe, para una corriente de opinión que comenzó hace más de 200 años con Adam Smith², se considera que si se eliminan las regulaciones y se permite a los mercados -incluyendo el de trabajo- que funcionen de manera libre, la economía crecerá ya que la “mano invisible” y el interés propio actuarán como el motor de la oferta y la demanda. Ese pensamiento, que fue actualizado a comienzos del siglo XX por la escuela conservadora austríaca liderada por Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek y, más tarde, revitalizada y expandida universalmente por la Escuela de

² SMITH, Adam; *La riqueza de las naciones*. Ed. Folio, Barcelona, 1997, p. 127.

Chicago durante la década del 80, sostiene que la intervención del Estado en el mercado de trabajo genera ineficiencia y entorpece el crecimiento y la creación de empleo, proponiendo una serie de medidas en favor del libre mercado laboral que incluyen, entre otras, la prevalencia de la autonomía de la voluntad individual y la libre contratación en materia de condiciones de trabajo entre empleador y trabajador.

Según explica **Yuval Noah Harari**, para la opinión predominante a nivel político y económico que reinaba en los siglos XVIII y XIX, enseñaba que:

“la política económica más sensata es mantener a la política lejos de la economía, reducir los impuestos y la normativa gubernamental a un mínimo y dejar a las fuerzas del mercado libertad para tomar su camino. Los inversores privados, libres de consideraciones políticas, invertirán su dinero allí donde puedan obtener el máximo beneficio, y así la manera de asegurar el máximo crecimiento económico (que beneficiará a todos, industriales y obreros) es que el gobierno intervenga lo menos posible”³.

Las consecuencias de la libertad de contratación y de la admisión de la autonomía total de la voluntad individual, aplicadas al contrato de trabajo, son bien conocidas: salarios bajos, extensas jornadas de trabajo, ausencia de descansos, condiciones deplorables de higiene y seguridad, trabajo infantil, abusos del empleador aprovechando su posición dominante, precariedad e inestabilidad laboral, pobreza de los trabajadores, etc. Si a los dos factores anteriores se agrega que la revolución industrial y la libertad de mercado generaron que la oferta de mano de obra fuese más abundante que su demanda, fácil es advertir que la situación económica y laboral de los trabajadores era notoriamente desfavorable para los mismos⁴, siendo inclusive peor que la que tenían durante la edad media.

³ HARARI, Yuval Noah; *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Ed. Debate, Buenos Aires, 2017, p. 360-362. El autor señala que la revolución industrial y el capitalismo, que se extendieron por toda Europa durante el siglo XIX, enriquecieron a banqueros y propietarios de capital, pero condenaron a millones de trabajadores a una vida de pobreza abyecta (ob. cit. p. 365).

⁴ El economista Bernard de Mandeville decía en el siglo XVIII que “es manifiesto que en una nación libre donde no se permiten los esclavos, la riqueza más valiosa es tener una multitud de

Ante ese panorama, y sobre todo luego de la Gran Depresión que afectó a Estados Unidos y los países europeos a comienzos de la década del 30 del siglo XX, muchos países comenzaron a desarrollar políticas públicas de intervención en los mercados, incluyendo al mercado de trabajo, lo que generó con el paso de los años la constitución del **Derecho laboral tuitivo y garantista**, basado en el dogma que la intervención estatal es necesaria para proteger a la parte más débil de la relación de empleo: el trabajador subordinado.

Este modelo se desarrolló en el marco de un importante crecimiento económico en la mayor parte del mundo, que fue acompañado de tasas muy bajas de desempleo (en algunos países se alcanzaron metas de pleno empleo), fuerte estabilidad laboral, aumento del poder adquisitivo de los trabajadores y la creación del llamado Estado de bienestar social.

Cuando el crecimiento económico se estancó y los mercados de trabajo comenzaron a mostrar debilidades, los cuestionamientos hacia el rol del Derecho laboral protector y garantista se hicieron sentir en todo el mundo, especialmente en los países que habían tenido un estilo regulatorio basado en la intervención del Estado. Como señalan **Robert y Edward Skidelsky**, el aumento de la inflación y del desempleo que afectó a la mayoría de los países en las décadas del 70 y 80 del siglo pasado, sobre todo después de las dos grandes subidas del precio del petróleo de 1973 y 1979, provocaron el auge del pensamiento de los partidarios del libre mercado, el abandono del compromiso con el pleno empleo y un nuevo enfoque sobre el papel del Estado en lo que respecta a la gestión, propiedad, regulación, asignación y distribución de recursos, abandonando los Gobiernos las políticas orientadas a la intervención en el mercado de trabajo para obtener resultados socialmente deseables⁵.

¿Las leyes protectoras fueron las culpables de la inflación, el estancamiento del PBI, el crecimiento del desempleo y el crecimiento del

trabajadores pobres”: DE MANDEVILLE, Bernard; *La fábula de las abejas: o los vicios privados hacen la prosperidad pública*. Ed. Fundación de Cultural Económica de España, Madrid, 2004.

⁵ SKIDELSKY, Robert y SKIDELSKY Edward; *¿Cuánto es suficiente? “Qué se necesita para una buena vida”*. Ed. Crítica, Barcelona, 2012, p. 206-207.

déficit fiscal de los gobiernos? ¿los países con menor grado de intervención estatal en el mercado de trabajo tuvieron resultados económicos y sociales más satisfactorios?

Esta cuestión la abordamos en las líneas que siguen.

3. Las respuestas ante la crisis económica

3.1. Derecho laboral flexible o desregulado

Como señala **Héctor-Hugo Barbagelata**, a mediados de la década del 70 del siglo pasado, favorecida por la crisis del petróleo y otras crisis que sobrevinieron luego de los “treinta gloriosos” en los países más desarrollados, la doctrina neoliberal volvió a tomar impulso a partir de los discípulos de Friedrich Von Hayek, especialmente en el entorno académicos de las Universidades de Yale y Chicago, provocando un revisionismo de las ideas de Keynes. Para esta corriente de pensamiento, dice **Barbagelata**, “la legislación social y laboral, los sindicatos y los demás instrumentos concebidos para el mejoramiento de las condiciones laborales, se miran como productores de consecuencias perniciosas inclusive para aquellas a quienes pretenden beneficiar”⁶.

Compartiendo la visión neoliberal, el ensayista francés **Guy Sorman** resalta que:

“con la caída del muro de Berlín en 1989 y la liberación de Internet en 1995, el mundo ha cambiado de sistema económico: toda economía, en mayor o menor grado, es hoy necesariamente liberal y mundial; vale decir, está sujeta a las reglas del mercado y no tiene fronteras. Los gobiernos se adaptan a regañadientes a estas nuevas normas que no suprimen la necesidad del estado de derecho, pero modifica profundamente los modos

⁶ BARBAGELATA, Héctor-Hugo; *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Ed. FCU, Montevideo, 2009, p. 268 y ss.

*de intervención. El poder político retrocede; el poder económico progresa; la distinción de funciones persiste, pero la frontera se desplaza*⁷.

La creencia que reinaba en ese tramo final del siglo pasado era que el desempleo era ocasionado por las regulaciones laborales, las cuales generaban un gran peso económico para las empresas, restándoles competitividad y eficiencia. Se consideraba entonces que, para crear empleo, se debían reducir o eliminar las normas y beneficios que generaban esos costos empresariales.

En el caso de América Latina, en esa época once países implantaron reformas laborales favorables a la flexibilidad, que facilitaron la contratación temporal, el despido y la negociación colectiva descentralizada. Las reformas siguieron básicamente las orientaciones y lineamientos del Fondo Monetario Internacional, el Gobierno de Estados Unidos y el Banco Mundial, que pregonaban la liberalización del comercio y los flujos de inversión, la desregulación de la economía, la privatización y el control inflacionario.

En el caso del Banco Mundial en el informe *El Mundo del trabajo en una economía integrada. Informe sobre el desarrollo mundial 1995*, se sostenía que la mundialización requería mercados de trabajo flexibles, con flexibilidad salarial y movilidad de los trabajadores para facilitar la reestructuración y el ajuste para permitir a las empresas recobrar competitividad. Se argumentaba por este Organismo internacional de crédito e inversión que las normas limitativas de la contratación temporal y el despido, así como las políticas que incentivaban la centralización de la negociación colectiva, favorecían solamente a las personas que tenían empleos bien remunerados, en detrimento de los desempleados y la economía informal.

Explica **Alice Monteiro de Barros** que la flexibilización siempre fue una reivindicación del sector empresarial, que ha perseguido la adopción de políticas que permitan menores costos laborales y mayor gobernabilidad del factor trabajo, pero esa aspiración se hizo mucho más fuerte hacia fines del

⁷ SORMAN, Guy; *La economía no miente*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, p. 11-12.

siglo pasado, cuando la apertura económica, la liberalización del comercio y la aceleración de la revolución tecnológica impactaron sobre la competitividad de los países y las empresas. Como consecuencia de ello, algunos países adoptaron modelos de flexibilización y desregulación laboral normativa, impuestas unilateralmente por el Estado, mientras otros ordenamientos optaron por una flexibilización autónoma o convencional, por vía de la negociación colectiva, admitiendo la sustitución de garantías legales por garantías convencionales⁸.

3.2. Consecuencias de las políticas desreguladoras: precariedad laboral y aumento de la desigualdad

La flexibilidad y desregulación laboral pasaron a aplicarse entonces por muchos países, pero los resultados, salvo el control de la inflación y la disminución del déficit fiscal, fueron magros y negativos en la mayor parte del mundo. Así, en el caso de América Latina, como apunta **Lydia Fraile**, en la década de los noventa del siglo pasado el crecimiento del PBI fue débil e inestable, se lograron escasos avances en la reducción de la pobreza, aumentó la desigualdad de ingresos, no disminuyó significativamente el desempleo y se agravó la inestabilidad laboral⁹.

Las consecuencias de la flexibilidad del mercado de trabajo en Europa, fueron bien descritas en la famosa obra de **Viviane Forrester** “*El horror económico*”, publicada en el año 1996, que da cuenta de los problemas laborales que siguieron a las medidas de debilitamiento de la regulación laboral y el desmembramiento de las relaciones colectivas de trabajo. En ese orden, señala que “al contrario de la esperada propagación

⁸ MONTEIRO DE BARROS, Alice; *Curso de Direito do Trabalho*, 5ª edición, Ed. LTR, San Pablo, 2009, p. 87-89.

⁹ FRAILE, Lydia; “*La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980*” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128 (2009), núm. 3, OIT, Ginebra, p. 236-237. La autora señala que algunos expertos sostienen que el fracaso de las reformas flexibilizadoras se debió a que las medidas adoptadas fueron demasiado tímidas, pero a su juicio ese argumento pierde peso si se tiene en cuenta que, en realidad, tanto la movilidad laboral como la flexibilidad salarial, que eran dos objetivos inmediatos de las reformas, alcanzaron cotas muy elevadas en la región latinoamericana.

de la prosperidad, se observa la mundialización de la miseria, su extensión a regiones hasta ahora favorecidas, con una equidad que hace honor a los partidarios de este término tan en boga”¹⁰.

En la misma dirección, **Robert Castel** señala que, con el advenimiento del nuevo régimen de capitalismo postindustrial, producto de la liberalización económica, la globalización y la mundialización, la mayoría de los países europeos ingresó en una dinámica de descolectivización o de reindividualización del trabajo, asistiéndose a un “deterioro o a una desestabilización de ese acoplamiento entre trabajo y protecciones, cuyos indicios se multiplican -la desocupación masiva, la precarización de las condiciones de trabajo, la multiplicidad de los tipos de contratos de trabajo, el desarrollo de situaciones entre trabajo reconocido y no trabajo- (...) algunos observadores extrapolan el sentido de estas comprobaciones y hablan de “pérdida de la centralidad del trabajo”¹¹.

Refiriéndose a la situación mundial y a la estadounidense en particular, el premio Nobel de Economía **Joseph E. Stiglitz** ha hecho notar otros efectos negativos de las políticas de desregulación, explicando que:

“uno de los aspectos sorprendentes de las revoluciones del “mercado libre” iniciadas por el presidente Ronald Reagan y la primera ministra del Reino Unido, Margaret Thatcher, fue que quedó olvidada la serie de casos en que los mercados no consiguieron proporcionar resultados eficientes: los repetidos episodios en que los recursos no se utilizan plenamente. A menudo la economía funciona por debajo de su capacidad, cuando millones de personas que quisieran encontrar trabajo no lo consiguen, con fluctuaciones esporádicas en las que más de una de cada doce personas no puede encontrar un empleo y con cifras que son mucho peores en el caso de las minorías y los jóvenes. La tasa oficial de desempleo no da una imagen completa: muchos de los que quisieran trabajar a tiempo completo están trabajando a tiempo parcial porque ése ha sido el único empleo que han

¹⁰ FORRESTER, Viviane; *El horror económico*. Ed. Fundación de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997, p. 128 y ss.

¹¹ CASTEL, Robert; *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, p. 69-71.

*podido encontrar, y no están incluidos en la tasa de paro. La tasa tampoco incluye a las personas que se suman a la lista de discapacitados, pero que estarían trabajando si tan sólo pudieran conseguir un empleo. Ni tampoco incluye a las personas que están desanimadas por su fracaso a la hora de encontrar un empleo que han dejado de buscar*¹².

Joseph E. Stiglitz apunta también que en Estados Unidos, hasta la década del 70, del siglo XX el 1% más alto de los perceptores de rentas recibía el 12% de la renta nacional, mientras que a comienzos del siglo XXI ese porcentaje trepó al 20%. En el mismo período, el 90% de los trabajadores aumentó su poder adquisitivo un 15%, en tanto que el 1% más alto de la escala de ingresos tuvo un incremento del 150% y el 0,1% superior, más del 300 por ciento. Para el premio Nobel de Economía, “en pocas palabras, la historia de Estados Unidos es esta: los ricos se están haciendo más ricos, y los más ricos de entre los ricos se están haciendo todavía más ricos, los pobres se están haciendo más pobres y más numerosos, y la clase media se está vaciando. Los ingresos de la clase media están estancados o disminuyendo, y la diferencia entre sus miembros y los ricos de verdad están aumentando”¹³.

Los magros resultados de las políticas de flexibilidad y desregulación del Derecho laboral y los mercados de trabajo, generaron que hacia fines del siglo XX y comienzos del actual, buena parte de los países del mundo hiciesen transformaciones en sus legislaciones, que en algunos casos significaron el retorno a la filosofía garantista (es el caso de Argentina,

¹² STIGLITZ, Joseph E.; *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Ed. Taurus, Buenos Aires, 2010, p. 49.

¹³ STIGLITZ, Joseph E.; *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Ed. Taurus, Buenos Aires, 2012, p. 52-54. Según el autor, los defensores de la teoría económica del goteo predicaban que la concentración de la riqueza terminaría beneficiando a todo el mundo, porque derramaría recursos a todos los estratos sociales, pero esa argumentación fue desacreditada por las estadísticas, que habrían demostrado que una mayor desigualdad social no ha dado lugar a más crecimiento, y que las riquezas se han acumulado en los más alto, a expensas de los de más abajo. De ahí que, para Stiglitz, el pronóstico de que “la subida de la marea iba a levantar a todas las barcas”, en los hechos no solamente no se haya verificado sino que, por el contrario, existe evidencia de que aumentó la polarización social, la inseguridad económica, el declive del nivel de vida, la pobreza y descendió la igualdad de oportunidades.

Uruguay, Brasil, Bolivia, entre otros), en tanto que otros países comenzaron a transitar por modelos de *flexi-seguridad*.¹⁴

Como expresa **Lydia Fraile**, “al llegar el nuevo milenio, la mayoría de los gobiernos latinoamericanos empezó a abandonar el planteamiento neoliberal. Si bien existen diferencias significativas entre estos gobiernos, comparten una línea política que es crítica –en diversos grados- con las reformas neoliberales anteriores y defiende la justicia social”¹⁵.

En el caso específico de América Latina, como pone de manifiesto **Jorge Rosenbaum** en dicho período:

*“se producen fuertes reacciones políticas y sociales que exhiben ese debilitamiento del impulso neoliberal, y en varios países resultan elegidos gobiernos progresistas”, coexistiendo “en el mismo espacio temporal, con otros gobiernos de la región cuya impronta no responde a estas características políticas y que claramente no se presentan afines a la izquierda ni poseen un sesgo populista, sino a corrientes conservadoras o de centro-derecha. Ello no impide encontrar también en estas realidades, muestras de adaptaciones positivas del Derecho del trabajo”*¹⁶.

En resumen, la nueva orientación basada en la no intervención en el mercado de trabajo y la libertad de los agentes del mismo para negociar salarios y condiciones de empleo para así bajar el desempleo y mejorar la eficiencia empresarial, no logró los resultados esperados. En ese sentido, un estudio realizado por **Zoe Adams, Louise Bishop, Simon Deakin, Sara Martinsson, Giudy Rusconi y Colin Fenwick** sobre la evolución de las leyes del trabajo y su relación con los cambios en el empleo, el desempleo, la productividad y la desigualdad, a partir del Índice de Reglamentación

¹⁴ Señala **Paul Vandenberg** que el vocablo compuesto “*flexiseguridad*” se acuñó en Europa a finales de los años noventa, para caracterizar un nuevo principio del régimen de gobierno del mercado de trabajo, en virtud del cual los elementos fundamentales de la estabilidad de los trabajadores se “socializan” mediante políticas y programas públicos como el readiestramiento profesional y el seguro de desempleo: VANDENBERG, Paul; “¿Está adoptando Asia la *flexiseguridad*?” en Revista Internacional del Trabajo, volumen 129, marzo 2010 (1), OIT, p. 35-36.

¹⁵ FRAILE, Lydia; “*La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980*”, ob. cit., p. 237.

¹⁶ ROSENBAUM, Jorge; “*Rumbos actuales del Derecho del Trabajo en Sudamérica*” en revista Derecho Laboral, tomo LVII, No 254, abril-junio 2014, Montevideo, p. 203-204.

Laboral desarrollado en el Centro de Investigación Empresarial de la Universidad de Cambridge, referido al período 1990 a 2013, que incluyó a 113 países del mundo, demostró que la visión de que las leyes sobre empleo generan un impacto negativo sobre la economía y las tasas de empleo, y que los países que menos regulan tienen un sistema más eficiencia, no está corroborado en la práctica. El informe demostró que los efectos del Derecho laboral sobre el empleo no son negativos y que, por el contrario, las instituciones del mercado de trabajo son necesarias para facilitar la coordinación y distribuir los riesgos en la relación laboral. En particular, estas instituciones proporcionan elementos de seguridad y estabilidad de los ingresos que producen efectos positivos para el mercado en general¹⁷.

Lo anterior fue, en cierto modo, confirmado en el año 2012 por el propio Banco Mundial, que tras una revisión de investigaciones recientes el Organismo consideró que los efectos estimados de la legislación laboral «suelen ser relativamente modestos en la mayoría de los casos», por lo que, «en general, las instituciones y políticas laborales no son ni el principal obstáculo ni la fórmula mágica para la creación de buenos empleos para el desarrollo en la mayoría de los países»¹⁸.

4. Pandemia COVID-19: una nueva crisis económica y su posible impacto en el Derecho laboral

En el año 2007 comenzó en el mundo desarrollado una nueva crisis, conocida como “Gran Recesión”, que generó un descenso o estancamiento del PBI durante más de tres años consecutivos, un incremento del desempleo, la reducción de las tasas de empleo, el aumento del empleo precario, la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores, el aumento del déficit fiscal, el cierre de empresas, la acentuación de la desigualdad de

¹⁷ ADAMS, Zoe et al.; “La importancia económica de la legislación de protección del empleo y sobre modalidades diferentes de empleo en 117 países, 1990-2013” en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 138 (2019), núm. 1, OIT, p. 2 y ss.

¹⁸ BANCO MUNDIAL; *Informe sobre el desarrollo mundial. Panorama general: Empleo*. Washington, Banco Mundial, 2012, p. 238.

ingresos, el crecimiento de la informalidad y la pobreza, entre otras consecuencias sociales y económicas negativas.

Como consecuencia de todos estos factores de crisis, en los últimos años varios países desarrollados realizaron reformas laborales de orientación flexibilizadora, con el objetivo de que la empresa se torne más eficiente y se estimule a las mismas a contratar más trabajadores.

Así, son conocidas las reformas laborales que hicieron España (2010 y 2012), Italia (2015), Portugal (2012), Grecia (2010-2012), Alemania (2010), Inglaterra (2010), Irlanda (2012 y 2016), Francia (2013), entre otros. En la mayoría de los casos, las reformas buscaban flexibilizar las causales de despido, las modalidades atípicas de contratación, el sistema de fijación de salarios, el régimen de la jornada laboral, la movilidad interna de los trabajadores y otros aspectos de las condiciones de empleo.

Como contrapartida, en algunos países estas medidas de flexibilización del mercado de trabajo han sido acompañadas por algunas mejoras en la cobertura de la seguridad social, así como la concesión de algunos espacios de participación de los sindicatos a nivel de las empresas.

Cuando el complejo panorama económico, social y laboral que se desató con la Gran Recesión parecía comenzar a ceder y surgían nuevamente los cuestionamientos hacia las políticas neoliberales y desreguladoras del Derecho, irrumpió en el mundo la Pandemia de la COVID-19 y con ella, la crisis de la economía a nivel global.

¿Qué puede esperarse entonces para el Derecho del trabajo en el nuevo escenario internacional de depresión económica y crisis del empleo?

Si bien es posible que en el mediano y corto plazo veamos un aumento de la intervención del Estado en la economía, a través de la modalidad de subsidios para estimular la demanda, volviéndose así a las políticas keynesianas, no es claro que eso mismo ocurra en el caso del mundo de trabajo.

Como lo ha puesto de manifiesto el gran jurista francés **Alain Supiot**, en las últimas décadas se ha ido imponiendo de manera progresiva pero incesante, el *law shopping*, en virtud del cual el propio Derecho está

considerado en él como un producto que compite a escala del mundo, donde tiene lugar la selección natural de los ordenamientos jurídicos más complacientes con el propósito de acumular ganancias financieras, lo que ha sido reforzado con las orientaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que proclama el derecho de una empresa a eludir las normas del Estado en que se ejerce todas sus actividades, inscribiéndose en otro Estado cuyas normas son menos exigentes¹⁹.

En igual dirección, **Richard Hyman** señala las crisis económicas recurrentes han llevado a una remercantilización del trabajo en Europa, alentada por la idea de que la superación de las dificultades por las que atraviesan los mercados puede alcanzarse por la vía de su desregulación²⁰.

Es probable entonces que la crisis provocada en el mundo por la Pandemia, tengan efectos perniciosos en el mundo del trabajo y el Derecho laboral. Así, es posible que el plano de las relaciones colectivas de trabajo veamos una retracción de la negociación colectiva, una mayor dificultad para la creación de sindicatos y una pérdida de poder de los mismos. La descentralización de las negociaciones volverá a colocarse en el centro de discusión de los países, ya que las dificultades de las empresas generarán un incentivo para las prácticas de negociación en unidades o ámbitos funcionales más acotados o reducidos (empresa). La negociación por rama o sector de actividad probablemente se debilite durante los próximos años.

En el plano de las relaciones individuales de trabajo, es posible que en el corto y mediano plazo nuestros países vean un deterioro del poder adquisitivo de los trabajadores y una reducción de las condiciones de empleo. También veremos, probablemente, un aumento de la informalidad.

¿Para combatir el desempleo, las dificultades de competitividad de las empresas y la recesión económica, es conveniente volver a aplicar las técnicas de flexibilización o desregulación del Derecho laboral?

¹⁹ SUPIOT, Alain; “*Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008*” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 129 (2010), núm 2, OIT, Ginebra, p. 170-171.

²⁰ HYMAN, Richard; “*Tres hipótesis sobre el futuro de las relaciones laborales en Europa*” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 134 (2015), núm. 1, OIT, Ginebra, p. 8-10.

Como señalan **Simon Deakin**, no existe evidencia empírica de que el Derecho laboral y sus protecciones, genere desempleo y distorsione la competitividad empresarial. Por el contrario, el análisis de los datos de países con modelos diferentes demuestra que:

“las leyes laborales en general promueven la igualdad de los ingresos y mejor los resultados del desarrollo humano. Su efecto en el empleo es positivo o neutral. Estamos lejos de haber escuchado la última palabra sobre los efectos en el desarrollo de las leyes laborales de protección de los trabajadores”²¹.

5. Apuntes finales

No existe evidencia empírica de que la reglamentación del mercado de trabajo tenga como consecuencia, el aumento del desempleo, la destrucción de empleo y la ineficiencia económica de las empresas. Los países con mercados de trabajo menos regulados no han tenido mejor desempeño económico, que aquellos que tienen un mayor grado de intervención.

La Pandemia del COVID-19 traerá consecuencias muy negativas para la economía del mundo, incluyendo la pérdida de puestos de trabajo, por lo que seguramente retornarán los programas, propuestas y políticas tendientes a retirar la reglamentación del mercado de trabajo, con miras a generar empleo.

Las Reformas laborales que ha vivido el mundo desde la década del 80 del siglo pasado hasta la fecha, no han logrado los objetivos planteados, por lo que difícilmente vayan a proporcionar ahora una solución a los problemas laborales mencionados.

Ya vimos que en la década del 90 del siglo XX las reformas flexibilizadoras que se aprobaron en varios países de América Latina (Argentina, Bolivia, Chile, Perú, Colombia, etc.), tuvieron efectos perniciosos

²¹ DEAKIN, Simon. “Derecho laboral y desarrollo” en *Laborem*, N° 18/2016, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2016, p. 69.

para el mercado de trabajo y los trabajadores. Lo mismo sucedió en Europa, donde las políticas de desregulación laboral solo han logrado aumentar la desigualdad de ingresos, la precariedad laboral, la caída del poder adquisitivo y la pérdida de beneficios sociales.

Es cierto que las regulaciones laborales excesivamente engorrosas y onerosas pueden ser un desestímulo para la contratación de trabajadores y pueden perjudicar la eficiencia económica de las empresas, un sector o inclusive un país. Es muy claro que, en contextos de crisis económica, no es viable aumentar las protecciones laborales, creando nuevos costos para las empresas y tornando más rígidas las relaciones de empleo.

Pero la flexibilidad del mercado de trabajo y el desmontaje de las regulaciones protectoras tampoco aseguran la mejora de la eficacia empresarial y la creación de empleo. Tanto las empresas como los trabajadores necesitan niveles razonables de estabilidad y seguridad laboral. La rotación permanente de los trabajadores aumenta los costos de selección y adiestramiento, disminuye la productividad, desmotiva al trabajador y reduce su compromiso con la empresa.

Las normas laborales cumplen fines políticos y jurídicos inocultables: protegen a la parte más débil de la relación de trabajo y limitan los abusos del empleador, amplían la libertad del trabajador y mejoran su situación económica. Pero también cumplen una función económica innegable: al mejorar la posición del trabajador, se fortalece el consumo y la demanda de bienes y servicios y se dinamiza la oferta en el mercado.

El futuro próximo que nos espera no parece venturoso para el Derecho laboral y el empleo. Esperamos que las soluciones que se propongan, tengan en cuenta las experiencias del pasado y sobre todos el principio de dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Bibliografía

- ADAMS, Z. et al. (2019). “*La importancia económica de la legislación de protección del empleo y sobre modalidades diferentes de empleo en 117 países, 1990-2013*”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 138, núm. 1, OIT.
- BARBAGELATA, H. H. (2009). *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Ed. FCU, Montevideo.
- BANCO MUNDIAL (2012). *Informe sobre el desarrollo mundial. Panorama general: Empleo*. Washington, Banco Mundial.
- BANCO MUNDIAL (2020). *Perspectivas Económicas Mundiales*. Informe julio 2020.
- CASTEL, R. (2010). *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- DE MANDEVILLE, B. (2004). *La fábula de las abejas: o los vicios privados hacen la prosperidad pública*. Ed. Fundación de Cultural Económica de España, Madrid.
- DEAKIN, S. (2016). “*Derecho laboral y desarrollo*” en *Laborem*, N° 18/2016, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.
- FMI (2020). *Perspectivas de la Economía Mundial*, Informe de 11 de octubre 2020.
- FORRESTER, V. (1997). *El horror económico*. Ed. Fundación de Cultura Económica, Buenos Aires.
- FRAILE, L. (2009). “*La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980*” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128, núm. 3, OIT.
- HARARI, Y. N. (2017). *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Ed. Debate, Buenos Aires.
- HYMAN, R. (2015). “*Tres hipótesis sobre el futuro de las relaciones laborales en Europa*” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134, núm. 1, OIT, Ginebra.
- MONTEIRO DE BARROS, A. (2009). *Curso de Direito do Trabalho*, 5ª edición, Ed. LTR, San Pablo.

- ROSENBAUM, J. (2014). “*Rumbos actuales del Derecho del Trabajo en Sudamérica*” en revista Derecho Laboral, tomo LVII, No 254, abril-junio, Montevideo.
- SKIDELSKY, R. y SKIDELSKY, E. (2012). *¿Cuánto es suficiente? “Qué se necesita para una buena vida”*. Ed. Crítica, Barcelona.
- SMITH, A. (1997). *La riqueza de las naciones*. Ed. Folio, Barcelona.
- SORMAN, G. (2008). *La economía no miente*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Buenos Aires.
- STIGLITZ, J. E. (2010). *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Ed. Taurus, Buenos Aires.
- STIGLITZ, J. E. (2012). *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Ed. Taurus, Buenos Aires.
- SUPIOT, A. (2010). “*Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008*” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 129, núm 2, OIT, Ginebra.
- VANDENBERG, P. (2010). “*¿Está adoptando Asia la “flexiseguridad?”*” en Revista Internacional del Trabajo, volumen 129, marzo (1), OIT.

NORMAS PARA AUTORES

El Equipo editorial invita desde ya a quienes tengan interés en publicar sus trabajos o estudios en la próxima edición de la Revista, con la única limitante de ajustarse a la pautas de edición y a la aprobación arbitrada de los mismos. Para ello, el artículo deberá cumplir con los requisitos que se describen seguidamente:

1. EXTENSIÓN no menor a 10 páginas y no mayor a 30 páginas en formato Microsoft Word (.doc o .docx), fuente Arial, tamaño de fuente 12, interlineado 1.5, márgenes superior e inferior de 3.0, márgenes izquierdo y derecho de 2.5 y texto justificado.

Para el caso de los apuntes breves del tema de actualidad definido en cada número, regirán las mismas pautas, salvo en cuanto a su extensión, que no podrá superar las 10 páginas.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS A PIE DE PÁGINA, en orden correlativo según su aparición en el artículo. Numeración arábica. Tamaño de fuente 10. Se deberá usar el Estilo Chicago de citado (Chicago-style of citation).

3. REFERENCIAS EN EL CUERPO DEL TEXTO

En el caso de las citas textuales, estas irán incorporadas al texto de no exceder las 40 palabras y deberán colocarse entre comillas (“ ”). En caso la cita textual tenga una extensión de 40 palabras o más, esta deberá aparecer en un nuevo párrafo, sin entrecomillado, sangrada y con una fuente de tamaño 11.

4. PRIMERA PÁGINA

- **TÍTULO:** en español e inglés, un título de hasta 60 caracteres;

- **NOMBRE DEL AUTOR** (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como el correo electrónico del autor;
- **RESUMEN** (Abstract): texto breve en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (hasta 400 palabras);
- **SUMARIO**: se consignará en español e inglés un resumen de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo;
- **PALABRAS CLAVE** (key words): en español e inglés (mínimo 3, máximo 5).
- En caso que el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la referencia correspondiente.

5. ANEXO Y LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para el caso de un comentario jurisprudencial, al final del documento, en un apartado de anexo, se transcribirá el texto de la sentencia judicial comentada.

Asimismo, se detallará en un apartado de referencias bibliográficas, toda fuente citada en el texto: libro, capítulo de libro, artículo de revista, libro clásico traducido, artículo de una publicación seriada, tesis no publicadas, artículos en un libro de referencia y contenidos de Internet. La lista de referencias solo debe incluir las fuentes a las que se hace referencia en el texto. No debe incluirse en dicha lista obras consultadas adicionalmente que no hayan sido mencionadas en el cuerpo del texto.

6. ORIGINALIDAD E INEDITUD del artículo, siendo requerimiento que el artículo no haya sido divulgado ni esté en proceso de serlo en alguna otra publicación. La Revista mantiene una política antiplagio que vela para que todos los trabajos publicados sean inéditos, para garantizar su originalidad.

Cualquier intención de publicar un artículo preparado o de preparar un artículo para su publicación puede ser enviado a: revistajuridicadeltrabajo@gmail.com.

Los plazos para la recepción de los trabajos vencerán los días 1 de abril (primer cuatrimestre), 1 de agosto (segundo cuatrimestre) y 1 de diciembre (tercer cuatrimestre).

La Revista Jurídica del Trabajo agradece cualquier intención de publicar o preparar un artículo para nuestra revista, sin comprometerse a la efectiva publicación del mismo.



www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

